

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 969

(Ano XII)

(01/08/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O julgamento “fake” news e a continuidade da ilegalidade
Eduardo Luiz Santos Cabette, 05.

ARTIGOS

Os direitos da personalidade do empregado em fase do exercício do poder diretivo do empregador.

João Paulo Domingos de Sousa, 09.

Uma análise crítica acerca das controvérsias do estado puerperal no crime de infanticídio

Camila Caires Rangel, 35.

Responsabilidade socioambiental à luz do direito tributário

Mirela Reis Caldas, 47.

Aspectos das espécies de nacionalidade na Constituição Federal de 1988

Rafaela Vieira Leme, 57.

O trabalho no âmbito religioso: voluntariado ou vínculo empregatício

Thomaz Daniel de Oliveira e Layla Andressa Matos de Lara, 70.

Análise da efetividade do Estatuto do Desarmamento na obtenção de armas de fogo por particulares e seus reflexos na punição dos crimes por ela elencados

Elgliston Duarte Barbosa dos Santos, 81.

Sintetizando o processo coletivo ambiental e sua complexidade funcional: O escopo da tutela coletiva em matéria ambiental

Filipe Ewerton Ribeiro Teles, 97.

Auxílio emergencial indevido e investigação criminal tecnológica

Higor Vinicius Nogueira Jorge e César Henrique Sanfelice Rocha De Oliveira 113

Direitos das gestantes em situação de rua e a proteção à criança

Lorena Silva e Silva Faustino, 116.

Pandemia: o retorno das atividades e seus efeitos

Ronaldo Nogueira Martins Pinto e Dirceu Ancelmini, 124.

Execução fiscal: peculiaridades da recuperação do crédito fazendário

Marília Cardoso Yokozawa, 133.

O artigo 926 do CPC e a postura do STF nas ADCs 58 e 59

Elder Soares da Silva Calheiros, 167.

A crise de legitimidade da Suprema Corte brasileira e do paradigma de controle de constitucionalidade

Atos Henrique Fernandes, 173.

O direito do jovem Marx

Matheus de Almeida, 193.

Animais não-humanos e dignidade: uma análise do ordenamento jurídico brasileiro

Natascha Alexandrino de Souza Gomes e Vanessa Damacena Moura Tavares, 211

A utilização do bitcoin- cabo na condição de meio para configuração do crime de evasão de divisas

Leandro Bastos Nunes, 227.

Estabilidade do servidor público: uma guerra constitucional que se avizinha no Supremo

Elder Soares da Silva Calheiros, 242.

Avaliação de desempenho como instrumento de uma gestão por competências e eficiência nos serviços públicos

Daniela Peixoto Nogueira, 250.

Eu amo, tu amas, ele ama: discutindo poliamor, estado e direito

Erika de Oliveira Cavalcanti e Riberti de Almeida Felisbino, 276.

O conflito de princípios em tempos de pandemia

Danilo França Falcão Pedrosa, 294.

A seletividade da Justiça Criminal: um reflexo do racismo no sistema penal brasileiro e a teoria do labeling approach

Cinthya Raquel de Moura Sousa, 299.

Breves considerações a respeito das tutelas provisórias

Nehemias Domingos de Melo e Marcia Cardoso Simões, 335.

O papel do juiz das garantias na salvaguarda da imparcialidade do julgador no sistema acusatório brasileiro

Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino N. S. de Santana, 348

Juizado Especial Criminal e suas características

Regilaine de Carvalho Inacio, 360.

Organização internacional, e a importância do Tratado de Assunção no Mercosul

Delfizo Antonio Pedro Junior, 375.

Os sistemas de governo: Presidencialismo e Parlamentarismo

Gabriel Gorga Gomes, 381.

TESE

El federalismo fiscal y las desigualdades regionales de los países del Mercosur

Cláudio Celio de Araújo Lopes, 391.

O JULGAMENTO “FAKE” NEWS E A CONTINUIDADE DA ILEGALIDADE

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

O Supremo Tribunal Federal concluiu em 18.06.2020 o julgamento sobre a (i) legalidade do Inquérito 4781/DF, conhecido como “Inquérito das *Fake News*”.

Como já era esperado, a conclusão foi pela “legalidade” (sic) do feito em votação por 10 a 1, sendo o único dissidente o Ministro Marco Aurélio. [1]

Não há como não perceber que esse julgamento em si mesmo foi absolutamente ilegal pelos mesmos motivos pelos quais o próprio Inquérito 4781/DF é ilegal! Sobre essas ilegalidades do Inquérito remete-se o leitor a outro trabalho já publicado.[2] Advirta-se que aqui, novamente, não se irá lançar mão de maiores indicações bibliográficas, mas apenas tecer breve comentário acerca do caso, já que se trata de uma obviedade somente não acatada por cegos voluntários. O esforço acadêmico na discussão dessa questão seria uma espécie de tiro de canhão para matar pombos ou, talvez, mosquitos.

Ora, a questão versa especialmente sobre o reconhecimento unânime (ao menos desde a evolução do Sistema Inquisitório para o Acusatório) de que um magistrado não pode ser investigador, sob pena de ser parcial, fato este já reconhecido pelo próprio STF quando analisou o juiz inquisidor previsto na antiga Lei do Crime Organizado (Lei 9.034/95 – artigo 3º.), declarando sua inconstitucionalidade.

Também se refere à indiscutível impropriedade (para usar de um recurso eufemístico) de que sedizentes vítimas de supostas infrações penais sejam as responsáveis, seja pela investigação ou por qualquer atuação processual ou pré – processual num caso concreto.

Partindo desses pressupostos básicos, de trivial conhecimento até por iniciantes dos cursos de Direito, é absolutamente indefensável a legalidade de uma

investigação levada a efeito por magistrado, muito menos quando este é vítima. Ao magistrado cabe julgar, não investigar. Além disso, se é vítima deve assim se comportar, ou seja, como vítima e não como investigador, julgador, instrutor, juiz das garantias etc. Isso é de notoriedade absoluta e insofismável!

Tendo em vista que todos os Ministros do STF são apontados como potenciais vítimas dos supostos crimes em apuração no famigerado Inquérito 4781/DF, não poderiam investigar e nem mesmo julgar nada a respeito. *Ademais, o próprio julgamento sobre a (i) legalidade do referido Inquérito é, desde logo, eivado de vício absoluto, pois todos são claramente impedidos de proferir esse julgamento. Se forem vítimas supostas desses crimes em tese investigados no Inquérito, como podem ser isentos para proferir um julgamento sobre a legalidade do Inquérito que os envolve??!!?*

O próprio placar é eloquente (10X1). E o voto do Ministro Marco Aurélio, *não se pode afirmar com absoluta certeza*, mas aparenta muito mais uma dissidência amiga numa tentativa de dar impressão de alguma discussão sobre a questão na Corte. Lembra aquelas lutas – livres combinadas que antigamente passavam na televisão. Como disse, *não se pode afirmar com certeza*, mas é o que *parece*. E é importante lembrar, ainda uma vez mais, que a imparcialidade deve ser subjetiva (interna ao julgador) e objetiva (demonstrada publicamente com segurança para a população a serviço de quem está o Poder Judiciário de qualquer instância). *A imparcialidade objetiva, neste caso, se perde completamente. Perde-se mais ainda quando os responsáveis pelo próprio Inquérito, Ministros Dias Toffoli e Alexandre de Moraes, proferem votos num julgamento que trata de possíveis ilegalidades cometidas por eles mesmos!!!! Ilegalidades que poderiam resultar para eles em responsabilizações de várias espécies, criminal (Abuso de Autoridade, em tese), administrativa e civil. Agora não são apenas vítimas que são investigadoras e juízas, são imputados que julgam a si mesmos!!!!*

A retórica (negativa – erística) utilizada nos votos é assustadora. Citações de decisões antecedentes que não dizem respeito exatamente ao caso, alegação de Ministro de que as “formalidades” (sic) devem ceder espaço, tratando como “formalidades” a imparcialidade do julgador e do investigador no Sistema Acusatório, a competência ou incompetência do órgão julgador, a falta de atribuição do órgão incumbido da investigação, a violação da legalidade entre outros problemas gravíssimos, que jamais serão meras “formalidades”, mas garantias mínimas de um processo legal devido, pois sabe-se que forma é garantia! O Ministro em questão trata de fins primários e básicos do devido processo legal como se fossem meros instrumentos, confundindo de maneira inaceitável meios com fins.

Não é preciso seguir em nossas críticas, já bem delineadas no outro texto indicado em nota de rodapé neste trabalho.

É necessário dizer que com o malfadado julgamento, outro Inquérito já instaurado foi também, por reflexo, legitimado, e com ordens de busca e apreensão e de prisão de pessoas decretadas por Ministro do STF quando tais pessoas não têm foro por prerrogativa de função e não há competência originária! Portanto, ordens emanadas de magistrado absolutamente incompetente!

Trata-se da alardeada prisão de Sara Winter por determinação do mesmo Ministro Alexandre de Moraes, também apontado como vítima de ameaça e injúria perpetradas, segundo consta, pela investigada (Inquérito STF 4828). Inclusive já há denúncia do Ministério Público contra a imputada e figurando o Ministro citado como vítima! [3] Novamente é preciso indagar: como pode a suposta vítima de infrações penais em tese conduzir uma investigação e, pior que isso, decretar medidas cautelares processuais penais restritivas, inclusive privativas de liberdade????!!!!

As ilegalidades são tão patentes como antes, mas não há, ao menos por agora, qualquer esperança de mudança desse quadro inusitado, principalmente porque, ao que parece, ao arrepio da Constituição e das leis, tudo continuará sendo decidido por juízo incompetente e impedido, desprovido de qualquer imparcialidade por decisão desse mesmo juízo que avalia a sua própria legitimidade de atuação!

Como a situação se apresenta somente as instâncias internacionais poderão impedir o prosseguimento dessa situação que se perpetuou e autolegitimou com o julgamento proferido a respeito da (i) legalidade do Inquérito 4781/DF, ensejando clima para todo tipo de abuso sem que haja por parte dos prejudicados a quem recorrer no âmbito jurídico interno.

NOTAS:

[1] D'AGOSTINHO, Rosanne. STF conclui julgamento e decide que é legal inquérito que apura fake news e ameaças a ministros. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/18/stf-conclui-julgamento-e-decide-que-e-legal-inquerito-que-apura-fake-news-e-ameacas-a-ministros.ghtml>, acesso em 18.06.2020.

[2] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Inquérito Judicial das "Fake News": as obviedades que precisam ser explicadas. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/854579298/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas>, acesso em 18.06.2020.

Também disponível na Revista Estudos Nacionais: <https://www.estudosnacionais.com/25326/inquerito-judicial-das-fake-news-as-obviedades-que-precisam-ser-explicadas/>, acesso em 18.06.2020.

[3] SARA Winter é presa em Brasília por ordem de Alexandre de Moraes. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-15/sara-winter-presa-brasilia-ordem-alexandre-moraes>, acesso em 18.06.2020.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO EM FASE DO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.

JOÃO PAULO DOMINGOS DE SOUSA

RESUMO: Este presente artigo tem por objetivo identificar os direitos da personalidade do empregado em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador. O presente trabalho se enquadra em um gênero de pesquisa: teórica. O Código Civil brasileiro esculpiu no capítulo dos atos ilícitos a repulsa ao abuso de direito. O abuso do poder é manifestado no contrato do trabalho. A noção de abuso de poder se valeu dos princípios esculpido na noção de abuso de direito para caracterizar o mau uso do poder. Assim, o poder deve ser tutelado, a fim de resguardar os direitos individuais. O poder de dirigir está esculpido no contrato de trabalho, porque é neste que deflagra a possibilidade de o empregador monitorar as atividades do empregado. Por direitos da personalidade entende-se serem eles direitos subjetivos constitucionalmente garantidos. Por outro lado, a CLT ainda trata do tema dos direitos de personalidade timidamente.

Palavras-chave: abuso de direito, abuso de poder, poder diretivo do empregador, direitos da personalidade do empregado.

ABSTRACT: This study aims to identify the personality rights of the employee against the abusive exercise of power steering employer. This work fits into a genre of research: theoretical. The Brazilian Civil Code insculpiu chapter of torts revulsion abuse of rights. Abuse of power is manifested in the contract work. The notion of abuse of power made use of the principles carved in the notion of abuse of rights to characterize the misuse of power. Thus, the power must be protected in order to protect individual rights. The power to govern is carved in the employment contract, because it is this that triggers the possibility of the employer to monitor employee activities. For personality rights means they are subjective rights constitutionally guaranteed. On the other hand, the CLT also addresses the issue of personal rights shyly.

Keywords: abuse of rights, abuse of power, directive power of the employer, the employee's personality rights.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DO ABUSO DO DIREITO. 1.1 Aspectos do abuso de direito. 1.2 Consequências dos atos praticados com abuso de direito. Responsabilidade civil Indenização. 1.3 Abuso de poder no contrato de trabalho. 1.4 Abuso de direito e abuso de poder. Desvio de poder. 1.5 Limites do abuso de poder. 2. O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. 2.1 Trabalho: humanização, inclusão social. 2.2 O poder na relação empregado-empregador. 2.3 Poder diretivo do empregador.

3. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO. 3.1 Casuística sobre direitos da personalidade do empregado e exercício abusivo do poder diretivo do empregador. 3.1.1 A intimidade e a vida privada. 3.1.2 A honra e a imagem. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O poder é a própria regra em plenitude, fundindo-se na ideia de direito; declarando, mais, que o poder é necessário à realização do direito positivo (Burdeau apud Rosas, 2011, pág.11). Atualmente é comum na esfera trabalhista os inúmeros julgados por danos morais ou materiais em face de atos abusivos emanados de empregadores, que se acham no direito de, no exercício da profissão, extrapolar o poder de ordenar e organizar a atividade empresarial em face dos trabalhadores.

Segundo fiscalizações dos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, os casos de abuso de poder do empregador acontecem comumente no quadro de funcionários das empresas. Um caso comum foi da Ambev que, “foi condenada pela Justiça do Trabalho, em 2006, em primeira instância, a pagar a indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 1 milhão, decorrente da prática de assédio moral contra seus funcionários” (Pavelski, 2009, pág. 21).

Os casos de abusos de poder vão do controle das metas até o tempo gasto nas refeições, principalmente nas empresas em que os trabalhadores dispõem de local apropriado para se alimentar. É comum a pressão nesses intervalos que, o trabalhador tem o direito de descansar, ser interrompido, ao até mesmo nem chegar a se concretizar, para o cumprimento das metas estabelecidas, que, na busca de atrair clientes, muitas vezes abala a saúde do trabalhador, física e psicológica e o argumento dos empregadores é o mesmo: produtividade e competitividade.

Considerando os sujeitos da relação trabalhista, quais sejam, empregado e empregador, bem como o princípio da pessoalidade que, evidencia que é inseparável a atividade realizada pelo trabalhador da sua pessoa, tornando mais relevante o confronto entre o abuso de poder e os direitos da personalidade do empregado, haja vista o liame empregatício forte envolvendo as duas partes que, transcende da realização da atividade e do salário pago pela prestação do serviço.

É neste contexto que se faz relevante o estudo dos casos de abuso de poder contra o trabalhador, porque tais estudos contribuem para limitar o poder diretivo do empregador, consubstanciado nos princípios da “boa-fé objetiva, nos fins sociais e econômicos do contrato de trabalho e nos bons costumes” (PAVELSKI, 2009, pág. 22).

Subjacente a questão do poder diretivo do empregador, respalda-se o estudo relacionado ao alcance e ampliação dos direitos da personalidade do empregado, presente na ordem jurídica constitucional, assumindo a posição de direitos fundamentais, aplicando-se nas relações entre particulares.

Cumprido ressaltar que, para que se configure abuso de poder do empregador, faz-se necessário os requisitos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam, onerosidade, pessoalidade, habitualidade e subordinação, bem como relações de trabalho, presente no art. 114, I, da Constituição Federal, tendo em vista que, aqui, se abraça os casos do trabalhador autônomo, que não é subordinado.

É neste contexto que emergem as seguintes questões: qual a origem sobre a teoria do abuso dos direitos e os atuais entendimentos a respeito do assunto? Como se aplica o abuso de direito na relação de emprego? Quais são os direitos da personalidade do empregado no contrato de trabalho? Quais as situações de abuso de poder diretivo do empregador e direitos da personalidade do empregado? Assim, o objetivo geral do trabalho é identificar os direitos de personalidade do empregado em face do exercício abusivo do poder do empregador.

A pesquisa enquadra-se em um gênero: teórica. Para Michel (2005, p.34,35), a pesquisa teórica se dedica a “montar e desmontar, criticar e reconstruir teorias existentes, enquanto a pesquisa empírica está voltada, sobretudo, para face experimental, vivenciada e observável dos fenômenos [...]. O seu grande valor é trazer a teoria para a realidade concreta”. Os fenômenos jurídicos desde muito são estudados apenas no plano teórico, desassociada da vida real. Neste sentido, a proposta da pesquisa é estudar o Direito não como foi idealizado pelos juristas, mas como é, ou seja, como ele se concretiza socialmente.

Segundo Gil (1999) a pesquisa científica classifica-se em três níveis de estudo: o exploratório, o descritivo e o explicativo. Neste sentido, a presente pesquisa pretende descrever as relações entre direitos de personalidade do empregado e poder diretivo do empregador. A pesquisa adotará o método de abordagem dedutivo que, segundo Michel (2005, p. 58) “é um tipo de raciocínio que caminha do registro de fatos particulares para se chegar à conclusão ampliada que estabelece uma proposição geral”. Neste sentido, a presente pesquisa pretende apreender os limites do poder de direção do empregador que desaguardam nos direitos de personalidade do empregado.

Quanto aos métodos de procedimento, a pesquisa adotará, conforme classificação de Marconi e Lakatos (2009, p. 110), o método funcionalista, para a pesquisa teórica. Segundo Michel (2005, p. 55), o método funcionalista ‘procura

entender os fenômenos sociais, através do estudo das partes integrantes do todo, o sistema que envolve o problema. Parte-se do princípio de que todo problema pode ser dividido em partes interdependentes e inter-relacionadas, que, estudadas separadamente, vão permitir entender o processo global'. Para Marconi e Lakatos (2005, p. 110) "o papel das partes nesse todo é compreendido como funções no complexo de estrutura e organização".

1. DO ABUSO DE DIREITO

No Estado democrático de direito o poder está subjugado à lei como expressão da vontade coletiva, vinculando indivíduos e autoridades públicas. Não se pode dissociar direito e poder, pois há limites para o exercício do direito ou do poder.

Os direitos subjetivos, por exemplo, não são absolutos; eles tem fim específico e quando não há uma boa utilização desses direitos são eles exercidos de modo anormal, porque a normalidade é a regra, mas na prática há uma inobservância do direito de agir e reagir. Neste sentido:

Em Jeremias Bentham, o filósofo do Positivismo inglês, a Ética era a arte da procura da maior quantidade de prazeres para o maior número de homens. Com esse chamado utilitarismo, o homem está entre o bem e o mal, inseparáveis, escolhendo-se o melhor ou mais útil; de forma que esta utilidade é a base e a medida da moralidade. Por isso, no utilitarismo de Bentham encontra-se a concepção do chamado abuso do direito (ROSAS, 2011, p. 14).

Para definir o exercício anormal, alguns atendem à intenção do agente, o prejuízo deliberado a terceiros (assim pensam Demogue, Roberto Ruggiero, Henri Lalou). São os chamados "subjetivistas", e mais recentemente Jean Carbonnier, assinalando que o critério do abuso do direito pode ser tirado do fim perseguido. Há abuso se o titular do direito o exerceu sem outro interesse se não o de causar dano a outrem, Jean Carbonnier (apud Rosas, 2011, p. 15).

O exercício anormal, numa visão moderna, pode ser entendida como ação sem intenção de prejudicar, assim se não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido logo, o praticado no exercício não regular de um direito constitui abuso.

A regra jurídica brasileira impõe-se ao intérprete como regra jurídica preexcludente: se há dano, o que exercia direito comete ato ilícito, salvo se 'regularmente' o exercia; donde o ônus da prova, no Direito Brasileiro, ir ao culpado

do dano, e não ao que o sofreu, pois a esse somente incumbe provar o dano e a culpa, apontando a contrariedade a direito. (Miranda apud Rosas, 2011, p. 16).

O Código Civil brasileiro insculpiu no capítulo dos atos ilícitos a repulsa ao abuso de direito, é o teor do art. 187, que diz: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Apesar de o dispositivo supracitado ter sofrido críticas de alguns doutrinadores, à exemplo de Caio Mário da Silva Pereira, combateu o abuso de direito que, é bem mais amplo do que dispõe o teor do artigo citado. Para Rosas (2011, p. 17): “A noção de abuso de direito, cujas raízes se implantam no Direito Romano, na ideia de um enunciado que faz do *summum jus* o equivalente à *summa injuria*, tende a expandir-se, merecendo a repressão da justiça”.

Mister se faz não confundir ilegalidade e abuso de direito, porque na ilegalidade há violação da lei, e no abuso de direito, há exercício do direito de modo anormalmente; há superação de uma norma, que é usada para fim diferente. No dizer de Rpert (apud Rosas, 2011, p. 19): “o abuso de direito é a intenção delitual que motiva o ato, enquanto a ilegalidade é o ato contrário à lei.” Por exemplo, a lei limita a cobrança de juros num determinado montante; descumprido esse limite há ilegalidade, caso a lei fosse revogada e a cobrança de juros chegasse a patamares muito acima da média, então haveria abuso.

No que tange à responsabilidade do agente, no aspecto subjetivo, se caracteriza pela intenção de prejudicar; já no aspecto objetivo, se o exercício do direito causar dano a alguém, ainda que não houvesse a intenção, e em ambos os casos há o dever de indenizar. Saleilles (apud Rosas, 2011, p. 19), afirma que, “uma terceira corrente justapõe os dois elementos: subjetivo e objetivo. O objetivo seria causar prejuízo, com a intenção”.

1.1 Aspectos do abuso de direito

O estado – juiz exerce sua função de amparar aqueles que se achem prejudicado em seu direito, assim, a cada direito de agir corresponde uma reação. Por isso, há de se ressaltar o respeito a legitimação do pedido, para não tornar maléfica a outra parte, visto que, o abuso também atinge o Estado, portanto, a provocação maliciosa dos órgãos jurisdicionais autoriza reprimir-se o abuso de direito.

O erro grosseiro pertence à ignorância indesculpável, dadas a matéria da lide e as ocupações ou especialidades do autor. O fazendeiro habituado a alienar terras,

ao discutir as dimensões das suas glebas, confundir alqueire paulista com alqueire mineiro, o economista confundir fatos econômicos, etc., são situações indesculpáveis. Muitas vezes, no erro grosseiro, o abuso verifica-se sem intenção. O erro grosseiro denuncia temeridade. Nem todo erro gera responsabilidade processual, como no caso da propositura de uma ação possessória em vez de outra. O erro não se confunde com o engano da parte. O erro de direito pode conduzir ao abuso; no entanto, há que se perquirir sobre o alcance desse erro. (ROSAS, 2011).

A lide temerária pode ser entendida como abuso que causa prejuízo a parte. O postulante aciona o órgão jurisdicional postulando direito que sabe não existir. Há doutrinadores que admitem indenização por lide temerária, nos casos, por exemplo, dos crimes contra honra, quando a inocência é provada, porque nesses casos acarreta efeitos nocivos ao acusado, abalando sua saúde psíquica, assim se torna cada vez maior o número de demandas abusivas. Com relação a demanda regular e a demanda temerária:

Os acórdãos apontados como divergentes concluem que o só fato de decair da demanda, regularmente processada, não fica o vencido sujeito à satisfação dos danos que andam anexos a todos os direitos, cumprindo que, a fim de a isso esteja sujeito, haja prova de sua má fé ou pelo menos culpa grosseira. Segundo me parece, o abuso de direito no exercício da demanda se caracteriza pelo dolo, no sentido de intenção de prejudicar, ou erro grosseiro, ou pelo espírito de aventura ou temeridade (SANTOS APUD ROSAS, 2011, p. 23).

Diferentemente é o caso de postular dívida já paga, caso o devedor já tenha efetuado o pagamento e o credor fazer cobrança, sendo inaplicável o art. 940 do CC, que afirma: "aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição".

O Código de Processo Civil, no capítulo dos deveres das partes e de seus procuradores impõe conduta explícita, ao afirmar que "deverão as partes proceder com lealdade e boa-fé; não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento. São condutas éticas inerentes à demanda, balizando o direito das partes. O fato do direito de demandar não permite à parte desregramentos, nem abusos".

O abuso do direito de demandar traduz-se na pretensão obsessiva de postular contra tudo e contra todos. Vale lembrar Ihering: “essa mania de demandar não é mais do que um desvario que causa a desconfiança ao seu sentimento de propriedade e que semelhante àquele que o ciúme produz no amor, dirige suas armas contra si mesmo e faz perder precisamente o que se queria conservar”. (ROSAS, 2011).

1.2 Consequências dos atos praticados com abuso de direito. Responsabilidade civil. Indenização.

O teor do art. 186 do CC traz a baila o dever de indenizar aquele que causou prejuízo por ação ou omissão, assim, caso alguém incorra no abuso de direito, ocasionando prejuízo a outrem, tem o dever de indenizar. Cumpre respaldar que, abuso de direito e exercício do direito que causa prejuízo não se confundem. A jurisprudência, por exemplo, exclui os casos de boa-fé no exercício do direito, é o que se extrai do art. 940 do CC, que, “a cobrança excessiva, porém de boa-fé, não caracteriza abuso passível de reparação”.

A Lei 4.898 prevê, como penalidade da prática de abuso de poder a sanção civil ao autor, por exemplo, nos casos mais comuns em que o abuso de direito causa prejuízo a outrem é a inclusão indevida do nome no cadastro de inadimplentes, tais como Serasa e SPC. O Estado também responde pelos atos que acarretem abuso de poder, é o que afirma Rosas (2011, p. 60) “Também em relação à responsabilidade civil do Estado tem aplicação à teoria do abuso de direito”.

Caso o indivíduo disponha de duas opções e escolha o mais deletério para a outra parte, acarretando o dano, assim, fica responsável aos prejuízos causado a outrem. Rosas (2011, p. 60), cita como exemplo o caso que “o mutuário acusava p mutuante de mau negócio, até acoimando-o de estelionatário. Foi à autoridade policial para acusar o mutuante, e não a anulação do negócio jurídico; utilizou, portanto, o procedimento judicial mais violento, causador de danos”.

1.3 Abuso de poder no contrato de trabalho

É certo que o Direito é indissociável do homem e, assim sendo, o abuso de direito está presente, também, no contrato de trabalho, porque, quando pactuado o contrato é impossível prever as circunstâncias as quais as partes se sujeitarão durante a contratação. Isto por que:

A relação de trabalho não é um negócio circunstancial, nem uma fugaz transação mercantil, mas contém, vínculos sociológicos pessoais e permanentes. Ainda que originada de

um fato econômico, não pode resumir-se exclusivamente em direitos e deveres patrimoniais; coexistem vínculos de ordem moral e espiritual que, em uma moderna concepção de trabalho, não devemos desconhecer (BOTIJA APUD PAVELSKI, 2009, p. 100).

Então o contrato de trabalho não pode ser restrito apenas a relação de quem trabalha – no caso o empregado e de quem paga pelo serviço – o empregador, porque é uma relação complexo que envolve institutos constitucionais, como o da função social do contrato e o da boa-fé objetiva. Assim, o abuso do poder é manifestado no contrato do trabalho, isto porque, pelo art. 8º, parágrafo único, da CLT permite a aplicação subsidiária do direito comum ao direito do trabalho. Neste sentido:

Ao entrar em vigor o novo Código Civil brasileiro, a aplicação das cláusulas gerais da boa-fé, da função social e do abuso do direito na órbita do contrato de trabalho tornou-se imediata, de acordo com o comando do parágrafo único do art. 8º da CLT, que aponta o direito comum como fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. Deveras, tais princípios são informadores do direito das obrigações, inclusive daquelas oriundas do contrato de trabalho [...] (DALLEGRAVE NETO APUD PAVELSKI, 2009, p. 102).

O abuso de poder é presente, também, nos casos de despedida do empregado pelo empregador, muitas vezes por motivos injustificáveis. Segundo Rosas (2009, p. 55) “o direito de dispensar está obstado quando viciada a motivação por razões que não aquelas inerentes à atividade decorrente da relação empregatícia, e sim por motivos estranhos a ela”.

No que tange ao direito de greve, muitas críticas são feitas no seu exercício por empregadores e por quem se prejudica pelo serviço parado. A Constituição Federal, em seu art. 9º, prevê tal direito aos trabalhadores, mas com restrições outorgadas pela Lei de Greve (Lei 7.783,1984, art. 14).

Jousserand afirma que o contrato de trabalho é a terra de eleição do abuso de direito. Exemplo: na transferência punitiva do empregado, quando o empregador, por perseguição ou má-fé, indica outra localidade para o exercício do emprego. Em alguns casos exige-se a prova da necessidade de serviço para a efetivação da transferência (ROSAS, 2011).

Por outro lado, caso a empresa extrapole os limites de seu poder de comando, por exemplo, privando o trabalhador da função, incorrerá no abuso de poder. Rosas (2011, p. 56) cita o exemplo que, “não se considerou abuso de direito a conduta do empregador que pediu abertura de inquérito policial para apurar desvio de dinheiro. O pedido de inquérito é um direito, porque não existem modos diversos para a apuração de fatos atribuídos a certa pessoa”.

1.4 Abuso de direito e abuso de poder. Desvio de poder.

Com o florescimento material e intelectual da sociedade intensifica as lutas e reivindicações nas relações sociais, como consequência do progresso. Cabe a cada ente humano respeitar os limites das conquistas individuais, isto porque o indivíduo que extrapola no âmbito de seu direito, auferido pelos ditames legais, infringe as normas que regulam as atividades econômicas e sociais, o que causa um desequilíbrio entre os indivíduos ao abusar do direito. Ressalte-se que:

Desde a negação de Planiol – Esmein – Baudry da existência do abuso de direito até nossos dias, a doutrina desse conceito tem sofrido evolução importante para caracterizar seus delineamentos, graças às interpretações da jurisprudência, ganhando impulso dos notáveis trabalhos de Josserand (ROSAS, 2011, p. 61).

No Código Civil brasileiro a teoria do abuso de direito está esculpido no capítulo da Responsabilidade Civil, mas para Demogue (apud Rosas, 2011, p. 61) “considera muito extensa a noção do art. 1.382 para abranger o abuso de direito, que para eles não é senão variedade do ato ilícito”.

A noção de abuso de poder se valeu dos princípios esculpido na noção de abuso de direito para caracterizar o mau uso do poder. Alguns doutrinadores, à exemplo de Campos (apud Rosas, 2011, p. 62), vê de outra forma ao expor que “a noção de abuso de direito consiste, precisamente, na aplicação desses conceitos de há muito correntes no direito público privado”. Assim, os pontos em comum entre abuso de direito e abuso de poder são inebriantes. Pedro Batista Martins considera que o desvio de poder corresponde, na técnica do direito administrativo, ao abuso de direito; entretanto, não se confundem. No abuso de poder e no de direito há violação a um direito alheio ou, pelo menos, esbulho, porque não exercitados nos limites legais da atividade humana, para não ferir o direito de outrem, atingindo não o mero direito objetivo, mas o direito que o outro indivíduo, por sua vez, poderia exercer (ROSAS, 2011).

Nada obsta ao Estado, na administração, aplicar a noção de abuso de direito, pois o Estado pode exceder seus limites, como exemplo Rosas (2011, p. 63) cita “a fixação do horário de verão, que venha a prejudicar o comércio; a indústria; o horário de abertura do comércio de uma cidade; a permissão de estacionamentos em determinados logradouros”. Todas essas medidas devem se pautar segundo o critério da utilidade pública, visando o bem-estar social, contrário a isso, a autoridade pública estará abusando do poder, corrigível através do habeas corpus e do mandado de segurança (art. 5º, LXVIII e LXIX, da CF).

É de suma importância o conceito de abuso de direito na legislação brasileira, em alguns países, á exemplo da Argentina; Japão; Portugal e Espanha, tal grande foi o respaldo que o elevou a categoria constitucional. Quanto à necessidade deste conceito:

E assim pretendeu quando da elaboração do Projeto de Código Civil, alertando para a imprescindível configuração do abuso de direito, que, malgrado sua palavra, não foi inserido no Código. Clóvis procurou apontá-lo no art. 160, I, do CC de 1916. Essa omissão foi sanada no CPC de 1939, no art. 3º, parágrafo único, e no Anteprojeto do Código de Obrigações (art. 156). Mais claramente encontra-se no Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, de autoria de Haroldo Valladão, que indica as verdadeiras dimensões do art. II nos seus devidos termos: “não será protegido o direito que for ou deixar de ser exercido em prejuízo do próximo ou de modo egoísta, excessivo ou antissocial” (VALLADÃO APUD ROSAS, 2011, p. 63).

Desde a Constituição brasileira de 1891, que implicitamente trazia o conceito de abuso de poder, ao afirmar, em seu art. 65, II, que, “em geral, todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”. No que tange ao desvio de poder, Caio Tácito afirma que “o desvio de poder é uma das formas de abuso de poder previstas na Constituição” (ROSAS, 2011).

1.5 Limites do abuso de poder

A nossa Carta Magna não deu a merecida atenção ao conceito de abuso de poder, que esteve inserido nas Constituições anteriores, como mola propulsora dos remédios constitucionais habeas corpus e do mandado de segurança. Assim, a

doutrina jurídica nacional carece de um estudo mais profundo sobre abuso de poder, ressaltando suas polêmicas e dúvidas.

O direito aufere o poder a ação da autoridade, entretanto, esse direito deve ser exercido dentro de certos limites e a partir do instante que esse limite é ultrapassado, caracteriza o abuso do poder. Os limites já estão implicitamente definidos dentro do poder exercido, embora não seja fácil definir os limites inerentes às atividades, porque existem muitos desmandos no exercício do poder. Cumpre respaldar que:

Poder não é ter obrigação de fazer alguma coisa, não é estar adstrito a praticar alguma ação. É ter direito, a competência, a autoridade para uma função, para um ato, para uma coisa. Usará dessa autoridade, exercerá essa competência, quando caiba, quando importe, quando julgue. Não obrigatoriamente. Não fatalmente. Não cegamente. Mas apreciativamente. Mas discricionariamente. (...) Claro está que em todo poder se encerra um dever: o dever de não se exercitar o poder, senão dadas as condições, que legitimem o seu uso, mas não deixar de o exercer, dadas as condições que o exijam (RUI APUD ROSAS, 2011, p. 67).

Para o exercício do poder deve existir uma medida, segundo a qual, se for além do auferido, caracterizado estar o abuso, em contrapartida, acionado o seu exercício, não o fizer. Assim, o poder deve ser tutelado, a fim de resguardar os direitos individuais, entretanto, no âmbito do exercício do poder, muitas vezes o agente não mede o alcance de seus atos, que extrapola incorrendo no abuso de poder. Nesta diapasão:

[...] mas a vida jurídica brasileira é fértil de exemplos de primazia, de eloquência e conquistas. E isto verificamos na doutrina brasileira do habeas corpus, capitaneada pelo grande líder das liberdades individuais, Pedro Lessa, quando a jurisprudência mais uma vez adiantou os contornos de um novo instituto, hoje bem difundido: o mandado de segurança. Essas duas medidas defensoras do direito líquido e certo da liberdade individual estão colocadas no pedestal das grandes conquistas do Homem no terreno jurídico, a fim de preservá-lo da ilegalidade [...] (FAGUNDES APUD ROSAS, 2011, p. 67).

Trata-se, então, de vício no exercício do poder praticado pela autoridade que não alcança o bem público ou a finalidade de sua ação. Hauriou (apud Rosas, 2011,

p. 68) “sintetizou bem a atitude do administrador no abuso de poder: a autoridade administrativa, ao praticar ato de sua competência, não cometendo violação da lei, usa o poder para fim e por motivos diversos daqueles que lhe foram conferidos”.

2. O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

2.1 Trabalho: humanização, inclusão social

O homem transforma a natureza, e o trabalho transforma o homem, pois quem trabalha expande seus horizontes íntimos; novas descobertas; novas visões, e assim, produz conhecimento. Trabalhar, semanticamente, humaniza o homem, bem como a natureza.

Em tempos remotos, como na pré-história, o trabalho era dividido quanto ao sexo, idade, e força humana. Na antiguidade clássica, os gregos e romanos desprezavam os trabalhos manuais, porque ínsitos aos escravos. Assim era ressaltado o trabalho intelectual e teórico. Na idade média, não houve progresso no trabalho, haja vista para o sistema feudal resguardar em si a terra como fonte de riqueza e quem não a possuísse teria de trabalhar para garantir sua existência. Mas foi no final da idade média, com o florescimento das cidades e das atividades mercantis que o trabalho passou a ser visto como transformação da natureza e do homem.

Assim, trabalho significa inserção social, porque é a partir do trabalho que o homem garante sua sobrevivência e as dos seus, mas além da sobrevivência, o trabalho garante ao trabalhador, segundo Pavelski (2009, p. 28) “[...] se inserir socialmente, dispondo de crédito na praça, aperfeiçoando-se pessoal e profissionalmente, contribuindo para o desenvolvimento e crescimento da empresa”.

Ao longo dos tempos, as condições de trabalho progridem, dado a força dos movimentos sindicais, entretanto, com todo o avanço da mão de obra, ainda se deflagram condições desumanas de trabalho, nas fiscalizações dos auditores do trabalho, como nas madeiras, na indústria do álcool e nas terceirizações, nestes casos, liberdade e trabalho divergem.

Por outro lado, o mercado consumidor, cada vez mais preocupado em responder aos anseios dos indivíduos, pautado no avanço tecnológico, cada vez mais assume o compromisso de compatibilizar crescimento e preservação do meio ambiente, divulgando, por exemplo, seus balanços sociais, de modo a contribuir para melhoria da sociedade. Assim, concomitantemente aos questionamentos do trabalho, da liberdade, também vem à tona a questão do consumo moderado. Neste sentido:

O meio ambiente, os sentimentos de preservação, desenvolvimento sustentável também transpassam fronteiras. Isso porque a industrialização e a capacidade de o ser humano se apropriar dos recursos naturais cresceram sobremaneira, e essa apropriação foi tão desenfreada, que as consequências negativas assolam toda a esfera terrestre: cite-se o efeito estufa, decorrente da destruição da camada de ozônio (PAVELSKI, 2009, p. 35).

Diversas empresas trabalham no mesmo espaço, entretanto com atividades divergentes, o que acarreta dificuldade de entendimento e comunicação entre trabalhadores e sindicatos. Há um verdadeiro dismantelamento sindical, o que dar margem para a exploração dos terceirizados pelas tomadoras, o que acarreta fragilidade na relação do trabalhador com o empregador. Exemplificando:

É por isso que, na era neoliberal, o novo complexo de reestruturação produtiva, cujo momento predominante é o toyotismo, pode ser considerado uma nova ofensiva do capital na produção. Ele é parte intrínseca de um processo sócio-histórico de desenvolvimento capitalista, cujo resultado é a desconstrução do mercado de trabalho urbano, por intermédio da precarização de empregos e salários e da debilitação do operário-massa e do sindicalismo classista, tal como se constitui com a industrialização substitutiva (ALVES APUD PAVELSKI, 2009, p. 41).

Com todas as mudanças advindas da globalização no mercado de trabalho afetando as relações de emprego, bem como os requisitos da relação de trabalho, uma vez que, ganham relevo novas figuras contratuais, à exemplo do teletrabalho; das terceirizações; das quarteirizações, e etc. Ressalte-se que, a Carta Magna respalda o trabalho como um dos valores sociais do Estado brasileiro. Uma observação importante:

As previsões de proteção do trabalhador em face da automação, e a ordem econômica pelo princípio do pleno emprego, retratam a possível interpretação constitucional do Direito do Trabalho. Isso sem falar nos direitos de personalidade, previstos na Constituição e no Código Civil, assim como a boa-fé objetiva, o abuso do direito. Há uma realidade que desafia essa oxigenação das normas trabalhistas (PAVELSKI, 2009, p. 47).

Portanto, o trabalho é inerente à dignidade humana, bem como fator preponderante para a organização do mercado de trabalho, então a interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho deve se adequar as novas realidades, especialmente através da via constitucional.

2.2 O poder na relação empregado-empregador.

Para a vida em sociedade é necessário estabelecer a relação de poder nas relações sociais, tais como, do aluno para com o professor; do filho para com os pais; dos políticos para com a sociedade; do empregador em relação ao empregado, e etc. Para Chalita (apud Pavelski, 2009, p. 48) define poder como “[...] a capacidade de impor a própria vontade numa relação social”. Nota-se, então, que o poder é de quem o exerce e de quem a ele se sujeita.

Interpretando o vocábulo poder, nota-se que, tal termo resguarda um fundo positivo, posto que, não marginaliza o ente humano do seio da sociedade, apenas supervisiona; gerencia suas tarefas a fim de obter uma maior produtividade e lucro nos resultados. A presença do poder, inerente ao contrato de trabalho, é ferramenta do empregador, dispondo ao trabalhador atingir a finalidade pretendida pelo seu empregador. Já a força é ferramenta para o exercício do poder. Enfatize-se que:

Se, numa democracia, um partido tem peso político, é porque tem força para mobilizar um certo número de eleitores. Se um sindicato tem peso político, é porque tem força para deflagrar uma greve. Assim, força não significa necessariamente a posse de meios violentos de coerção, mas de meios que me permitam influir no comportamento de outra pessoa. A força não é sempre (ou melhor; é rarissimamente) um revólver apontado para alguém; pode ser o charme de um ser amado, quando me extorque alguma decisão [...] (LEBRUN APUD PAVELSKI, 2009, p. 48).

Apesar do desnível dos sujeitos da relação de trabalho, o poder conferido ao empregador para com seus subordinados não deve ser visto como funesto. Alguns doutrinadores assemelham o poder do empregador com:

o poder disciplinar concebido pelo pensamento de Michel Foucault, pois há um constante comando do empregador em relação ao empregado, que não se limita a concretizar a atividade do empregado, dispondo, inclusive, de meios de regulamentação, fiscalização e punição do empregado. Desde o controle de horários até o regulamento de critérios de

promoção, de cargos e salários, bem como as advertências verbais ou escritas, suspensões e a justa causa constituem a vigilância hierárquica contínua do empregado pelo empregador (FONSECA APUD PAVELSKI, 2009, p.49).

Fonseca utiliza a descrição de Foucault do poder disciplinar para exemplificar a atuação do empregador, e divide, tal poder, em três extensões, quais sejam: monitoramento hierárquico; punição e a análise do indivíduo.

2.3 Poder diretivo do empregador

O estudo do poder diretivo do empregador tem respaldo não somente na legislação trabalhista, mas sobretudo na Carta Magna, que, em seu art 1º, ressalta três importantes fundamentos da República Federativa do Brasil que é de suma importância para a compreensão do tema abordado, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. A partir daí pode-se extrair que, a dignidade da pessoa humana permeia o contrato de trabalho, devendo ser o liame de todo o ordenamento pátrio.

A fonte do poder de dirigir conferido ao empregador em virtude do contrato de trabalho está embutida no art. 442 da CLT, quando diz que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Se não fosse conferido o poder de direção ao empregador, dificilmente concretizar-se-ia a atividade econômica.

Assim, nota-se que, para Baracat (apud Pavelski, 2009, p. 52), o poder de dirigir do empregador remonta a duas fontes, quais sejam, “uma dita mediata e outra dita imediata. A mediata é a realização da atividade econômica, ou seja, a livre-iniciativa, a imediata, por sua vez, é o contrato de trabalho”. Como ressalva a fonte mediata temos o empregado doméstico que suas tarefas não tem como cunho a finalidade de lucro, é o que se extrai do art. 1º da Lei 5.859, de 11.12.1972, ao dizer que, é empregado doméstico “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas”.

O poder de dirigir, assim, está esculpido no contrato de trabalho, porque é neste que deflagra a possibilidade de o empregador monitorar as atividades do empregado, então temos duas vertentes, de um lado o trabalhador submisso, e de outro, o patrão que aufere o teor do serviço prestado, unidos pelo elo da subordinação. Neste sentido assim define o contrato de trabalho:

[...] pode-se dizer que o contrato de trabalho é uma relação jurídica complexa, dinâmica e solidária, mas também é visto

como espécie de negócio jurídico bilateral, não em sua acepção liberal – até porque o elemento volitivo é abruptamente mitigado por se tratar de um contrato dirigido e de adesão – mas em concepção solidarista, que reconhece o sujeito de direito não como um ser abstrato e virtual, mas concreto e economicamente desigual, merecendo tutela jurídica a partir dessa desigualdade (DALLEGRAVE NETO APUD PAVELSKI, 2009, p. 62).

Assim, o liame que une o empregado ao empregador revela um dos pontos cruciais do contrato de trabalho, disso se extrai que, analisando os arts. 2º e 3º da CLT, chega-se a uma das principais conclusões da existência de subordinação no contrato de trabalho. Ainda com relação a subordinação:

[...] é requisito não somente de prestação, como, ainda, o elemento caracte-rizador do contrato de trabalho, aquele que melhor permite distingui-lo dos contratos afins. Sua extraordinária importância decorre do fato de ser elemento da relação de emprego [...] (GOMES APUD PAVELSKI, 2009, p. 63).

Há várias concepções acerca da natureza jurídica do poder diretivo do empregador. Nascimento (apud Pavelski, 2009, pág. 68), define o poder diretivo como “direito potestativo do empregador, ou seja, ao exercício do direito do empregador nada pode ser oposto, produzirá efeitos pela mera declaração de vontade de seu titular [...]”. Por outro lado, muitos doutrinadores veem o poder diretivo como direito subjetivo. Para justificar tal posicionamento Pavelski (2009, pág. 70) cita como exemplo “o direito de crédito do empregador em relação ao empregado, ou seja, de exigir deste a prestação de serviços (débito) [...] Mas não só. O empregado também possui o crédito junto ao empregador, pois, em troca da prestação de seu serviço, receberá um salário”.

A exteriorização do poder de direção então ocorrerá quando o empregador ditar as ordens ao empregado, em relação a quando e como realizar suas atividades, o local em que elas serão realizadas. É por esse poder que o empregador organiza a atividade do empregado, da forma que melhor corresponda para a realização dos fins a que a empresa se destina (PAVELSKI, 2009).

3. OS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO

Os direitos da personalidade ganharam força no século XX, principalmente no pós-segundo guerra, com a complexa intensificação do papel do indivíduo no seio

da sociedade. Assim, com o respaldo ao ente humano nas relações sociais, novos pensamentos abrem espaço para a personalização do indivíduo no direito civil.

Por direitos da personalidade entende-se serem eles direitos subjetivos constitucionalmente garantidos, porque asseguram bens e valores do indivíduo no campo físico, moral e intelectual. Para Amaral (apud Pavelski, 2009, p.133) “[...] justifica, a seguir, que têm como objeto a própria pessoa do titular, em seus aspectos essenciais e constitutivos, sendo que por conta da natureza desse objeto resulta uma proteção denominada, pelo autor, de mais reforçada”.

Ressalte-se, entretanto, que os direitos da personalidade foram preliminarmente tutelados pela Carta Magna, estando implícita na dignidade da pessoa humana, haja vista ser mola propulsora de defesa dos direitos individuais fundamentais. Assim, a fonte dos direitos de personalidade tem como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, observa-se que:

A constituição Federal edifica o direito geral de personalidade a partir de determinados princípios fundamentais nela inseridos, provenientes de um princípio matriz, que consiste no princípio da dignidade da pessoa humana, que funciona como cláusula geral de tutela de personalidade. A pilastra central, a viga mestra sobre a qual se sustenta o direito geral da personalidade, está consagrada no inc. III, do art. 1º da Constituição, consistindo no princípio da dignidade da pessoa humana (SZANIAWSKI APUD PAVELSKI, 2009, p. 126).

No ordenamento jurídico pátrio, os direitos da personalidade estão insculpidos em vários dispositivos constitucionais, tais como, nos arts 5º, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XVII, XXVII, dentre outros. Quanto às características Gomes (apud Pavelski, 2009, p. 130) diz que são “[...] absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Ainda assim, ao se referir às classificações da personalidade, assim se expressa:

[...] direitos à integridade física e direitos à integridade moral. Os primeiros subdividem-se em duas categorias, a saber: direito à vida e ao próprio corpo (compreendendo o direito em relação ao corpo inteiro e em relação a partes separadas e, portanto, o direito de decidir em relação a procedimentos médicos, tais como: tratamentos, cirurgias, exames e perícias). A segunda categoria subentende: o direito à honra, o direito à

liberdade, o direito à imagem, o direito ao recato, o direito ao nome e o direito moral do autor (GOMES APUD PAVELSKI, 2009, p. 132).

Uma vez que, os direitos da personalidade fazem parte dos direitos fundamentais, e considerando que tais direitos nasceram na tentativa de restringir a liberdade individual perante o poder estatal, pode-se inferir que, tais direitos são aplicados nas relações entre indivíduos. Então considerando a essência do contrato de trabalho, ou seja, subordinação do trabalhador ao empregador, é nítida a discrepância entre as partes envolvidas, o que dar espaço para violações de direitos fundamentais da parte mais fragilizada, no caso, o trabalhador. Destarte, observa-se que:

No contrato individual de trabalho existe um manifesto desequilíbrio entre os poderes patronais – poder determinativo da função, poder conformativo da prestação, poder regulamentar e poder disciplinar – e os direitos do trabalhador – pouco mais do que a proteção da retribuição (directa ou indirectamente, através do que a tutela da categoria e da antiguidade), do repouso e da segurança do emprego (CAUPERS APUD PAVELSKI, 2009, p. 144).

Portanto, os contratos de trabalho devem proteger o princípio da dignidade da pessoa humana, e o empregador, figura que inaugura o contrato de trabalho, é ele, da mesma forma, que ostenta o poder diretivo, resta comprovado, então, que resulta para este contrato e para o binômio: empregado – empregador a mesma dignidade humana supracitada. Isto por que:

[...] sempre será possível afirmar, ao menos um limiar mínimo, que os direitos fundamentais constituem e configuram um sistema de valores e que os poderes de caráter privado, como são designadamente os poderes do empregador, estão pois, como regra, “sujeitos à relevância dos preceitos constitucionais – só assim não acontecendo quando tal represente o prejuízo desrazoável e injustificado da área de liberdade que lhes é reconhecida – [a ponto de se poder afirmar que] a empresa não é mais um domínio privado dos seus titulares, em que a Constituição e os direitos fundamentais não penetrem”. E, ao menos no núcleo essencial da dignidade humana, assim terá que ser, de forma necessária sob pena de se poder chegar a

uma 'distorção de duas éticas diferentes'[...] (ASSIS APUD PAVELSKI, 2009, p. 146).

Nos dias atuais a importância que se dar a força do trabalho e os acréscimos patrimoniais advindos da mesma para a economia, resulta em difícil aplicação dos direitos de personalidade nesta relação, entretanto, com os crescentes movimentos sociais pelo mundo, esta realidade está evoluindo, sobretudo por amparo da Carta Magna que, ressalta os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil. No dizer de Gediel (apud Pavelski, 2009, p. 148), "a cultura juslaboralista quanto aos direitos de personalidade tem se mostrado sensível, de forma a atenuar as contradições da sociedade de mercado, marcada pelo conflito de valores e de direitos".

Por outro lado, a CLT ainda trata do tema dos direitos de personalidade timidamente, restrita apenas a ofensa à honra e à boa fama como argumento da justa causa para rescisão contratual, presente nos arts. 482, j e 483, bem como revistas íntimas, inserida no art. 373-a, IV. Neste sentido:

[...] a matéria das pessoas e a tutela dos bens que diretamente lhe dizem respeito é igualmente marcante noutros ramos de direito privado especial, com particular incidência no Direito do Trabalho, onde na desigualdade entre a posição jurídica do empregador e a do trabalhador é manifesta, caracterizando-se pelo binômio poder de direção (situação jurídica activa) versus situação de sujeição (situação jurídica passiva). (destacado do original) (DRAY APUD PAVELSKI, 2009, p. 149).

Na atualidade, as relações contratuais trabalhistas são intensas, porém refletidas nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do solidarismo, isso inibe condutas abusivas do empregador. Portanto, ganha força os direitos de personalidade dos trabalhadores. Segundo Santos (apud Pavelski, 2009, p. 149) "todas essas normas delimitam o poder diretivo do empregador, mais especificamente no que respeita ao exercício de fiscalização, de controle e disciplina no exercício de seu poder empregatício".

Assim, o ente humano, na condição de empregado, pactua contrato de trabalho e se vincula aos efeitos produzidos por este, como por exemplo, se subordina ao poder do empregador, e desta forma, acarretar-lhe-á restrições quanto aos direitos fundamentais, dentre os quais, os direitos de personalidade.

3.1 Casuística sobre direitos da personalidade do empregado e exercício abusivo do poder diretivo do empregador.

É certo que, dependendo das circunstâncias, algumas restrições aos direitos de personalidade são admissíveis, desde que, em consonância com os critérios da adequação, necessidade e razoabilidade. Para Savitz (apud Pavelski, 2009, p. 150) “a busca do lucro se mistura de maneira inseparável com a busca do bem comum”.

Destarte, visto o trabalho como fonte de sobrevivência das pessoas, a sua finalidade deve estar amparada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e este princípio deve permear todas as etapas da relação de trabalho, alcançando os direitos de personalidade do empregado em face do poder diretivo do empregador. Contudo, não é simples analisar o abuso de direito nos contratos de trabalho, mas há sugestões para que se compreendam alguns casos, tais como:

1. Restrinjam fora dos limites aceitos para a hipótese direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos;
2. Estabeleçam vantagens desproporcionais ou tornem obrigações excessivamente onerosas;
3. Estabeleçam obrigações incompatíveis com a boa-fé, com as funções econômicas e sociais e com os bons costumes;
4. Ofendam os princípios fundamentais do direito do trabalho e de proteção do trabalhador;
5. Imponham a cobrança vexatória, em decorrência da inadimplência de obrigação por parte do contratante. (MEIRELES APUD PAVELSKI, 2009, p. 151).

Ao tratar do direito de resistência do empregado ante o poder diretivo do empregador, Márcio Túlio Viana diz que a resistência equivale a uma defesa do empregado em relação ao comando excessivo do empregador. Se a taxa de comando do empregador variar tendo em vista fatores que não estão presos à lei ou ao contrato, o poder diretivo estará desatendendo seus fins normais e justamente por isso será considerado como sem necessidade. O que pode ocorrer de pelo menos dois modos: intensivo, ou seja, ordens mais duras, e extensiva, uma quantidade maior de ordens. Nesses casos, pode o empregado resistir ao excesso. Nota-se que o poder diretivo causa constrangimento e o empregado, no seu direito de resistência (*jus resistentiae*), poderá dizer de um simples não ou também promover a justa causa do empregador, com base no art. 483, “a” da CLT (VIANA APUD PAVELSKI, 2009, p. 152).

Entretanto, dificilmente, no caso concreto, o direito de resistência do empregado é praticado por este, porque há o receio de perder o trabalho, e isso gera um silêncio no trabalhador de ter de aceitar os duros abusos praticados pelo empregador. Logo abaixo, explicita-se alguns casos de confronto entre poder de direção do empregador e abuso de direito, quais sejam:

3.1.1 A intimidade e a vida privada

Embora a Carta Magna faça distinção entre da intimidade e da vida privada, em seu art. 5º, X, certo é que, semanticamente se interligam. Tais princípios constitucionais se faz presente nos contratos de trabalho, ressaltando que, apesar do vínculo pessoal empreendido na relação contratual, o trabalhador e sua atribuição de serviços não se separam. Exemplificando:

Um exemplo pode ser retratado em acontecimento ocorrido em Curitiba, no qual um candidato que disputava nas eleições municipais o cargo de prefeito teve sua ficha de avaliação funcional divulgada pelo seu adversário. O candidato tinha trabalhado em estabelecimento bancário e a avaliação se referia a ele como pouco trabalhador e agitador. Observa-se que aqui a empresa abusou de seu direito porque agiu de forma contrária à boa-fé objetiva, pois feriu seu dever anexo de conduta constituído pelo sigilo, pela proteção do empregado, aplicável mesmo após a extinção contratual. (FONSECA APUD PAVELSKI, 2009, p. 153).

A presença de sistemas tecnológicos no ambiente de trabalho, à exemplo de câmeras de vídeos de monitoramento, que enseja a violação da intimidade do empregado, tanto que, segundo Pavelski, 2009, p. 154, "à título de exemplo deve ser referido um julgado do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais que considerou como violação da intimidade do indivíduo por causa da instalação de câmeras de vídeo nas dependências do banheiro utilizado pelo empregados". O monitoramento no ambiente de trabalho através de câmeras, em regra, é admissível, porém o trabalhador deve ser informado sobre tal monitoramento.

Nos serviços em que o correio eletrônico é ferramenta de trabalho, também, nesses casos, pode ser configurado abuso de direito do empregador quando há a interrupção de mensagens eletrônicas por este, salvo se o obreiro é informado sobre a proibição de mensagens para outros fins que não do trabalho. Isto por que:

ainda que se conceba que o correio eletrônico de empresa, ou seja, onde conste o nome da empresa seja ferramenta de

trabalho e deva para tal fim ser utilizado, com esteio no dever anexo de informação trazido pela boa-fé objetiva, é de se dizer que o empregador deve deixar claras, certas e informadas, mormente por normas internas, as condições e regras de trabalho para o emprego. (PAVELSKI, 2009, p. 155).

Por outro lado, se o empregador deixa claras as regras de utilização de mensagens eletrônicas e o obreiro infringe tal norma, neste caso, pode-se incidir a justa causa. Pondera Pavelski (2009, p. 156) que, “porém, se o empregador violar o conteúdo das mensagens e ainda divulgar, isso pode configurar o ilícito previsto inclusive penalmente. Há que se ter cautela na análise dos casos concretos”.

3.1.2 A honra e a imagem

A Lei Maior resguarda o direito a imagem em seu art. 5º, X. Pavelski (2009, p. 156), considera dois tipos de imagens, “a imagem-retrato e a imagem-atributo”. Entende-se como imagem-retrato as características externa do indivíduo, como por exemplo, uma foto. Já a imagem-atributo é a forma com o indivíduo é visto por outras pessoas. Para Silva Neto (apud Pavelski, 2009, p. 157) “[...]a imagem-atributo, portanto, identifica-se quando há notoriedade do indivíduo por causa do exercício de uma determinada atividade, sem juízo de bem ou mal”.

No que tange à honra, entende-se ser algo intimamente pessoal, relacionado ao seu eu profundo; a sua reputação. Pavelski (2009, p. 157), classifica a honra em “subjetiva e objetiva”. A subjetiva diz respeito à forma como cada um se ver, já a objetiva diz respeito ao tratamento concedido pela sociedade para com o indivíduo. Neste sentido:

Tratando-se de verificar uma hipótese de abuso do direito na relação de trabalho quanto à imagem, observe-se um caso em que a empresa exige que os empregados utilizem determinadas roupas para trabalhar, especialmente para mostrar determinados atributos de beleza de suas empregadas, justificando que seriam mais atraentes ou mesmo convenientes. Num primeiro momento, identifica-se o poder diretivo dos empregados nesta situação, pois a atuação seria de forma a organizar e coordenar a atividade empresarial. Observe-se que se trata de critério fortemente subjetivo estabelecer qual a vestimenta mais adequada para certos locais de trabalho. (MEIRELES APUD PAVELSKI, 2009, p. 158).

No caso em tela, configura abuso de poder, porque a imposição do empregador em expor as características físicas de suas obreiras, diverge do fim social do contrato e fere os bons costumes, haja vista impor determinado tipo de vestimenta as suas funcionárias. Segundo Baracat (apud Pavelski, 2009, p. 159) “desde que o uniforme não viole a intimidade do empregado (exposição de partes íntimas) ou mesmo a honra (temas que façam o trabalhador se sentir humilhado), podem ser utilizados na empresa”.

O abalo psicológico no ambiente do trabalho muitas vezes emana de uma violação à honra ou imagem do obreiro, restando comprovado o abuso de poder pelo empregador. Exemplo frequente são os insultos frequentes na tentativa de fragilizar o psíquico do empregado, corrompendo sua dignidade. Sobre o assédio moral no ambiente de trabalho:

[...] processo constituído por um conjunto de ações ou omissões, no âmbito das relações de trabalho públicas e privadas, em virtude do qual um ou mais sujeitos assediadores criam um ambiente laboral hostil e intimidatório em relação a um ou mais assediados, afetando gravemente sua dignidade pessoal e causando danos à saúde dos afetados, com vistas a obter distintos fins de tipo persecutório (CONTRERAS APUD PAVELSKI, 2009, p. 160).

Na tentativa de inibir a proliferação do assédio moral no ambiente do trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego lançou no ano de 2006 o “manual do Empregador Urbano”, a fim de que se torne notório o conhecimento de algumas práticas que configurem tal ato. Neste sentido:

22.2 Assédio Moral. A jurisprudência e diversos Acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho vêm sistematicamente reconhecendo que a violação da dignidade humana dá direito à indenização por dano moral. Também nesse sentido, diversos municípios brasileiros têm aprovado leis contra esse tipo de afronta à dignidade dos trabalhadores. Assédio moral é toda e qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, escritos, comportamentos, atitude, etc.) que intencional e frequentemente, atinja a dignidade ou fira a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ameaçando o emprego ou degradando o ambiente de trabalho. As condutas mais comuns são:

- expedir instruções confusas e imprecisas ao trabalhador;
- dificultar o trabalho;
- atribuir erros imaginários ao trabalhador;
- exigir, sem necessidade, trabalhos urgentes;
- impor sobrecarga de tarefas;
- propiciar constrangimento a trabalhador, tratando-o com menosprezo;
- retirar, injustificadamente, os instrumentos de trabalho;
- agredir física ou verbalmente;
- realizar revista vexatória;
- restringir o uso de sanitários para determinado trabalhador;
- ameaçar ou insultar;
- propiciar o isolamento. (PAVELSKI, 2009, p. 163).

Ainda outro exemplo de abuso do direito do poder diretivo do empregador pode ser citado num caso em que a empresa publicou anúncio no jornal convocando a empregada para que retornasse ao seu posto de trabalho, sob pena de lhe ser aplicada a justa causa. Abusiva a atitude da empresa, feriu os fins sociais do contrato, pois uma publicação como tal, especialmente se a localidade de veiculação do jornal é pequena, afeta a imagem e a honra da empregada. Descumprindo, ainda, o dever anexo de proteção, violando a boa-fé. Ademais, sabe-se que o anúncio em jornal não cumpre a finalidade de ciência ao empregado sobre a justa causa, se não voltar às suas atividades (PAVELSKI, 2009, p. 163).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem é inserido no meio social através do trabalho, porque oferece a possibilidade de seu sustento e de sua família, entretanto, o trabalho também fragiliza o indivíduo, com vistas a atender as crescentes exigências do consumismo.

O mundo contemporâneo, marcado pelos avanços tecnológicos, expandiu-se além das fronteiras, tornando as informações e serviços mais céleres e globais, contudo enfraqueceu as relações de trabalho, em prol dos pilares da produtividade

e da competitividade. Neste cenário, os empregados devem se sujeitar a várias responsabilidades de modo a garantir sua permanência no emprego.

O poder diretivo do empregador encontra limites nos direitos da personalidade do empregado. O abuso do direito é presente no contrato de trabalho, previsto no art. 8º, parágrafo único, da CLT, e seu estudo é de fundamental relevância para os direitos da personalidade dos empregados, pois no mundo marcado pela busca excessiva do lucro, frequentemente vê-se afronta a tais direitos pelo empregador.

Assim, explicitou-se que os direitos da personalidade espraiam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a resguardar o ente humano, principalmente diante do contrato de trabalho, então os direitos da personalidade se mostram abrangentes, tendo como escopo precípua toda uma coletividade.

Como exemplo dos direitos de personalidade em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador, citou-se direito à imagem e à vida privada, à honra e à imagem, dependendo das circunstâncias, o abuso de poder do empregador pode inserir em mais de um direito.

Por outro lado, Apesar do respaldo dado aos direitos de personalidade no contrato de trabalho é difícil mensurar o alcance do poder diretivo do empregador. Portanto, o poder diretivo sofre restrições em prol dos direitos de personalidade, porque o trabalhador merece respeito no âmbito de suas atribuições, e os deveres advindos do contrato de trabalho não se restringem a prestar serviços, no caso do empregado, e pagar o salário, no caso do empregador, mas o dever de ambas as partes de respeito mútuo, porque se o trabalho insere o indivíduo no seio social, tal inserção não pode se confundir com penúria para o trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Jandira Vannier Teixeira. O abuso de poder – Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 10 de jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 23 de Setembro de 2013.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. 5 de outubro de 1988. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 23 de setembro de 2013.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5. Ed. São Paulo: 1999.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MICHEL, Maria Helena. *Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais*. São Paulo: Atlas, 2005.

ROSAS, Roberto. Do abuso de direito ao abuso de poder. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

PAVELSKI, Ana Paula. Os direitos da personalidade do empregado: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador. Curitiba: Juruá, 2009.

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DAS CONTROVÉRSIAS DO ESTADO PUERPERAL NO CRIME DE INFANTICÍDIO

CAMILA CAIRES RANGEL: Pós graduada em Direito Processual Penal pela Anhanguera Uniderp - LFG. Formada pela Universidade Federal da Bahia.

Resumo: O estado puerperal é um dos elementos constitutivos do crime de infanticídio, presente no artigo 123 do Código Penal. Entretanto, há controvérsias quanto à imprecisão do seu conceito, com relação à sua duração e, também, na realização da perícia, que acontece quando os vestígios já desapareceram. Então, essas questões precisam ser discutidas para que a conduta da mulher seja enquadrada adequadamente. Nesse cenário, a Medicina Legal, a Psicologia e a Psiquiatria trazem conceitos acerca do puerpério e consideram o estado puerperal como uma ficção jurídica. Assim, no presente artigo será analisada a possibilidade de imputação do crime de homicídio com causa de diminuição decorrente do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal ou da inimputabilidade, ao invés do infanticídio.

Palavras chave: Estado Puerperal. Infanticídio. Puerpério. Culpabilidade.

Abstract: The puerperal state is one of the constituent elements of the crime of infanticide, present in article 123 of the Penal Code. However, there are controversies regarding the imprecision of its concept, in relation to its duration and, also, in the realization of the expertise, which happens when the traces have already disappeared. So, these issues need to be discussed so that the woman's conduct is properly framed. In this scenario, Legal Medicine, Psychology and Psychiatry bring concepts about the puerperium and consider the puerperal state as a legal fiction. Thus, in the present article, the possibility of imputing the crime of homicide with cause of decrease resulting from article 26, sole paragraph, of the Penal Code or of non-accountability, instead of infanticide, will be analyzed.

Keywords: Puerperal State. Infanticide. Puerperium. Culpability.

Sumário: Introdução. 1.0 Imprevisão conceitual. 2.0 A cruz dos peritos 3.0 Culpabilidade. Considerações finais

Introdução

O presente artigo tem como objetivo o estudo acerca do estado puerperal, elemento constitutivo do crime de infanticídio exposto no artigo 123 do Código Penal, bem como a análise acerca das principais controvérsias. Visto que, faz-se necessária a tipificação adequada da conduta da mulher influenciada por esse estado

puerperal, de modo a analisar a possibilidade de aplicação no crime de homicídio com causa de diminuição de pena pelo artigo 26, parágrafo único ou a sua inimputabilidade em decorrência de psicose puerperal.

“Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

“Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:

Pena - detenção, de dois a seis anos.”

O estado puerperal e a sua relevância penal é um tema problema diante da imprecisão quanto à definição desse estado, quanto ao seu lapso temporal e a insuficiência da perícia, a qual é feita muito após a conduta delitiva, quando não há mais vestígios. Assim, de modo a satisfazer a interferência do Direito Penal apenas na *ultima ratio*, na defesa dos bens jurídicos relevantes, é preciso uma verificação mais concreta desse estágio. Sobretudo, para realizar sua aplicação em consonância com os princípios e regras do ordenamento jurídico.

Segundo o autor Genival Veloso França, esse estado é um dos temas de grande fragilidade no que concerne a sua determinação. Ele aborda, dentre outros aspectos, os modos de averiguação se a mulher esteve grávida, do puerpério e suas características, o diagnóstico do parto para diferenciar dos outros crimes, os sinais de parto recente e dos problemas da perícia.

O autor José Ribamar Ribeira Malheiros, entretanto, disserta mais especificamente sobre as controvérsias conceituais, temporais e periciais do crime e traz soluções pertinentes para a situação.

Por fim, de modo a auxiliar no devido enquadramento legal da conduta da mãe que mata o próprio filho, duas soluções serão propostas ao final. Visto que, é preciso considerar a culpabilidade da autoria no momento da ação delitiva, que pode estar reduzida em razão de alterações provenientes do puerpério, a exemplo da depressão pós-parto. Além disso, pode ter a sua culpabilidade eliminada se tiver acometida de alguma patologia psiquiátrica, como a psicose puerperal, conforme será demonstrado.

1. Imprecisão conceitual

A doutrina jurídica diverge bastante quanto ao conceito do estado puerperal. Há controvérsia acerca do início, fim e caracterização. Isso torna o elemento do tipo penal muito inconsistente. Além disso, ainda há confusão quanto à distinção em relação ao puerpério.

Dentre as concepções acerca desse Estado, há inúmeros posicionamentos doutrinários. Delton Croce, inclusive, afirma que pode acontecer em mulheres normais, mas que por dificuldades financeiras e interpessoais sofrem uma perturbação mental:

“Modernamente, o entendimento da Medicina Legal pátria admite por influência do estado puerperal o que, via de regra, pode ocorrer com gestantes aparentemente normais, física e mentalmente, que, estressadas pelos desajustamentos sociais, dificuldades da vida conjugal e econômica, recusa neurótica da maternidade, indesejável gravidez a viúva ou na casada com homem estéril, ou ainda o estado aviltante inerente à mãe solteira, o normal sangramento, enfim, uma série de fatores situacionais constituídos pelas perturbações psicológicas da adaptação à natalidade determinam enfraquecimento da vontade, obnubilação da consciência, podendo os sofrimentos físicos e morais, acarretados pela délivrance levá-las a ocisar o próprio filho, durante ou logo após a mesma. Basta a mulher ser parturiente, ou já puérpera, nesse diapasão. Outrossim, tem sido esse também o entendimento dos doutos julgadores e aplicadores da lei, os quais, arrimando-se no magistério de Almeida Júnior, admitem a influência do estado puerperal como o efeito normal e corriqueiro de qualquer parto, afirmando que, dada a sua grande frequência, deve ser aceita sem maior dificuldade. E, não raramente, não consideram indispensável a perícia média para comprovar o estado puerperal (RT, 598:338, 421:91)”

Helena Frago, por sua vez, estabelece que não há dúvidas quanto a existência desse Estado, que sempre vai ocorrer. Só que pode não gerar efeitos

danosos do crime e a fragilidade da mulher acometida de problemas decorrentes da gravidez poderá estimular a influência deste a conduta delitiva.

Damásio de Jesus afirma que são as alterações psicológicas e físicas em razão do parto. Já Alfredo Farhat apud Muakad defende a dificuldade no diagnóstico, mas que seria um caso de redução da imputabilidade.

Genival Veloso França, por outro lado, configura mediante a presença da gravidez ilegítima, oculta. Não há alterações mentais, apenas a vontade de se livrar de uma gravidez completamente indesejada.

Marcos de Almeida apud Muakad, nesse diapasão, defende ser uma ficção jurídica, pois não existe tecnicamente na Medicina Legal. O que os médicos podem comprovar é algum surto psicótico.

O entendimento que tem sido adotado, de acordo com Almeida Jr apud Irene Batista Muakad, é que a mão sofre de uma moderada perturbação:

“(...) O estado puerperal refere-se aos casos em que a mulher mentalmente sã, mas abalada pela dor física do fenômeno obstétrico, fatigada, enervada, sacudida pela emoção, vem a sofrer um colapso de senso moral, uma libertação de impulsos maldosos, chegando por isso a matar o próprio filho. Seria, então, uma situação intermediária, até normal, da mulher que, sob trauma da parturição e dominada por elementos psicológicos peculiares, se defronta com o produto talvez indesejado e temido, de suas entranhas (...)”

A imprecisão do conceito do crime de infanticídio refere-se ao que seja estado puerperal e quanto tempo dura. Quanto ao tempo, o Código Penal traz os termos “durante o parto” ou “logo após”. Só que surge uma controvérsia quanto ao “durante o parto”. Como pode ser nesse período se é o puerpério que causa? Como a causa está misturada com a consequência?

Independente dessa discussão teórica é precisa identificar o início e o término do parto. O início se dá com a eliminação do tampão mucoso de Schoëreder do canal cervical para a cavidade e/ou exterior, posterior travessia do canal do parto e conseqüente nascimento para o meio exterior.

Ademais, o termo “logo após” encontra conflito. Alguns autores entendem que seria imediatamente após a saída da criança do ventre materno. Outros, no entanto, afirmam ser até o corpo da mulher retornar às condições iniciais.

O termo estado puerperal, como explicitado acima, possui definições distintas a depender do referencial teórico doutrinário utilizado. O referido estado não encontra guarida nem na perícia médica. Isso porque, não há conceito definido e nem meios concretos de verificar esse estágio, já que os vestígios desaparecem até o momento da análise. Nesse aspecto, surge uma insegurança jurídica capaz de penalizar inadequadamente a ação criminosa.

O puerpério, por outro lado, é um estado bem definido no campo da Medicina, inclusive quanto a sua duração. Ocorre com o início da gravidez e termina com a involução total das modificações conseqüentes desse período frutífero.

Não é, porém, sinônimo do estado puerperal. Então, o Direito deveria seguir a mesma linha da Medicina Legal, Psiquiatria e Psicologia. Assim, seria possível conferir tratamento mais adequado para a conduta tipificada pelo Infanticídio, ao invés de permanecer com um conceito indefinido e impossibilitado de ser periciado, já que os peritos estão desprovidos de elementos suficientes.

2. A cruz dos peritos

Não há uma conclusão precisa sobre o estado puerperal. O diagnóstico realizado tardiamente dificulta a sua averiguação. É necessário realizar uma anamnese psiquiátrica, provida de coleta de informações sobre o histórico pessoal e familiar, exames complementares e, conforme o autor Jose Ribamar Ribeiro Malheiros, análise de criminogênese e criminodinâmica:

“(...) que o examinador preste especial atenção à criminogênese e à criminodinâmica do caso, que são métodos seguros para investigar a imputabilidade do agente, A criminogênese preocupa-se em esclarecer o porquê do comportamento criminoso. Pode corresponder à própria psicopatologia criminal, como é o caso do sujeito que informa haver praticado tal ação sob o comando da voz divina. A criminodinâmica é o estudo do comportamento do indivíduo durante o iter criminis. Devem-se esmiuçar suas atividades antes, durante e depois do fato.”

A mãe deve ser periciada para que seja demonstrado o parto ocorrido recentemente ou muito antes da perícia. Além disso, é preciso considerar as condições psicológicas de modo a diagnosticar, ou não, o estado puerperal. Na criança, por sua vez, é realizada a necropsia.

No que tange à vítima, é necessária a comprovação da vida extrauterina através das docimácias, o período do tempo que permaneceu vivo e a detecção da causa da morte. Tudo isso mediante as técnicas periciais específicas.

Ao perito não é possível relatar a causa jurídica da morte. Isso ficará a cargo da autoridade investigativa. Então, é preciso descrever, por exemplo, se o feto nasceu com ou vida ou morte, a fim de possibilitar a diferenciação ao crime de aborto. Uma grande dificuldade que sofrem é quando a criança periciada é prematura, mais precisamente entre o 5º e o 6º mês gestacional. Porém, os demais exames poderão solucionar esse problema.

Para buscar os efeitos do puerpério da autora do delito, exames para a detecção de parto recente ou antigo são realizados. Quanto ao parto recente, é determinado pelas evidências físicas no corpo, como a alteração vaginal, mamária e do orifício uterino. Já que a passagem do tempo promove o desaparecimento dos traços que poderiam evidenciar a gravidez, o parto antigo é de difícil constatação.

O puerpério pode ocasionar males psiquiátricos específicos: a disforia pós-parto, depressão pós-parto e a psicose puerperal. Ambas são determinadas clinicamente. Então, há a análise de como a genitora se sentiu na gravidez e no parto, se houve ocultação de cadáver, se há recordação sobre o acontecimento e seus antecedentes de doenças mentais. Ademais, se surgir dúvida quanto a maternidade, será feito um exame de DNA com o sangue do cadáver ou algum conteúdo biológico, como a mandíbula ou osso longo, pelo maior retardo na contaminação por microorganismos.

No entanto, conforme crítica abaixo do autor José Ribamar Ribeiro Malheiros, não há nesses questionamentos do perito a investigação quanto a estado puerperal: "Em nenhum item refere-se à investigação do 'estado puerperal'; Valoriza o passado progresso, no sentido de patologias psiquiátricas já existentes".

O estado puerperal possui vários conceitos no âmbito médico e jurídico. Na prática forense, o que se verifica é a confusão entre o que seja puerpério e o estado puerperal. Isso porque, esse Estado é tido como um fato comum decorrente da gravidez, mas na realidade isso acontece em relação ao puerpério. Então, a presunção relativa que ocorre nos tribunais é maléfica para a tipificação do delito. A mulher pode estar acometida de uma doença psiquiátrica em função do puerpério que a torne inimputável e, caso fosse realizada a perícia, isso seria detectado.

Outro grande problema é que a perícia é normalmente realizada muito tempo depois da ocorrência do crime. Então, os sinais que poderiam evidenciar um problema psiquiátrico desaparecem. Sendo utilizada a prova testemunhal e os relatos da mãe para suprir a ausência de vestígios. Fora isso, é corriqueira a clandestinidade do delito, dificultando a determinação de responsáveis ou isenções de pena. Nesse diapasão, os laudos cadavéricos abaixo realizados em 2001 pelo IML-DF, trazidos na

obra de José Ribamar Malheiros: **Infanticídio. Crime ou Ficção Jurídica**, demonstram a impossibilidade de determinação da causa da morte em razão da perícia realizada em parto tardio:

Laudo cadavérico de 2001-IML-DF dispôs:

“Apresentação: Cadáver em estado de putrefação, com esqueletização de face, crânio, pescoço e tórax, envolto em saco plástico. IDENTIFICAÇÃO: feminino, confirmado com a confirmação do útero encontrado íntegro, cor branca, com pele íntegra nas regiões dorsais e anterior coxa esquerda. EXAME EXTERNO: cadáver com 47 centímetros de comprimento, com características de recém-nascido entre 36 e 40 semanas, que a morte ocorreu entre 3 e 12 dias, não há sinais de fraturas ósseas, vísceras torácicas e abdominais estão em putrefação, o cérebro está liquefeito, decido as alterações da putrefação. Não tenho elementos para confirmar a causa da morte. DISCUSSÃO: Devido ao adiantado estado de putrefação não temos elementos para confirmar a causa da morte e se esta foi ou não intraútero. CONCLUSÃO: A morte ocorreu por causa indeterminada.”

Assim, é evidente a necessidade de ser desconsiderado esse fictício “estado puerperal” e verificado, em sede de perícia, o puerpério. Entretanto, faz-se obrigatória a realização da perícia em parto recente, para possibilitar o diagnóstico das patologias psiquiátricas e adequado enquadramento da conduta da genitora no homicídio, aborto ou inimizabilidade, ao invés do infanticídio.

3. Culpabilidade

A culpabilidade possui os conceitos formal e material. O formal corresponde ao juízo de imputação do agente que cometeu um ato ilícito e deve ser penalizado com uma pena em concreto. O conceito material, por sua vez, é a determinação do ser humano como responsável pelas suas atitudes danosas.

Os inimputáveis são aqueles que não possuem culpabilidade. Eles são vulneráveis e necessitam de cuidados especiais. Desse modo, não é admitida a imposição de punições mais rigorosas do que as sanções dos agentes imputáveis.

O artigo 26, parágrafo único, do Código Penal expõe que se o agente não tinha possibilidades de compreender o caráter ilícito da ação, teria uma redução da pena imposta de um a dois terços. A compreensão desse artigo é baseada na chamada culpabilidade diminuída, reduzida ou parcial. A opinião de vários autores acerca do estado puerperal no infanticídio é que nesse crime haveria exatamente esse caso de incapacidade parcial.

Porém, diante da observância do princípio da legalidade estrita, esse Estado não é claro, preciso e nem simples de detecção (para os que defendem ser possível). Então, a proposta de tratar a ação criminosa da mulher que mata o próprio filho como um homicídio com causa de diminuição de pena em função do artigo 26, parágrafo único, é mais claro, preciso e normalmente de simples detecção pela perícia.

O grande problema é que o estado puerperal não existe como patologia nos tratados médicos. Por isso, há divisão no que concerne a sua real configuração. Nesse ínterim, seria coerente a revogação do art. 123 do Código Penal e aplicação do homicídio com redução de pena em função das alterações psicológicas e fisiológicas decorrentes do puerpério e não do fantasioso estado puerperal.

A inimputabilidade penal, por sua vez, está descrita do artigo 26 do Código Penal e o artigo 27 traz a necessidade de serem observados os critérios cronológico e biopsicológico. O critério cronológico relaciona-se com a idade do autor do delito, que não pode ser menor do que dezoito anos. Enquanto que o critério biopsicológico tem relação com a existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto e com a redução do discernimento.

“Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

Com isso, para a constatação da inimputabilidade penal, é preciso verificar a existência de transtorno mental, o nexo de causalidade entre esse condição e se a conduta estava provida de capacidade de compreensão do seu caráter ilícito. O artigo 28 do Código Penal, porém, traz situações nas quais não há exclusão da inimputabilidade. São elas: a emoção ou a paixão e a embriaguez voluntária ou culposa.

A depender do entendimento do Tribunal do Júri, a genitora pode ser encaminhada diretamente ao banco dos réus ou há a desclassificação do homicídio para o infanticídio, sem a realização de perícia, a partir da presunção relativa. Nesse sentido, Eça apud José Ribamar Ribeiro Malheiros defende a obrigatoriedade da realização de exame médico-legal, em razão da possibilidade de ocorrência de doença mental ou atuação do art. 26, parágrafo único:

“Como podemos ver, a dúvida existente em relação à puérpera é se há ou não há uma anormalidade mental e de que ordem é ela; a conclusão a que se segue automaticamente é de que a mesma deverá sempre ser examinada por um

psiquiatra, o único técnico capaz de dar uma diretriz adequada para que seja seguida pelo juiz do feito, que então, de posse do exame e suas conclusões, poderá julgar o caso e encaminhá-lo de maneira justa e adequada. Nestas condições consideramos que, se existe um artigo do código penal (art. 26) próprio para a elaboração dos exames de sanidade mental, ou seja, o artigo que ajuda a elucidar as reais condições mentais do indivíduo que cometeu um crime onde pairam dúvidas de sua integridade mental, não há porque não enviar a puérpera para exames, já que ela também apresenta alterações mentais a serem esclarecidas.”

O que não pode acontecer é a penalização injusta e indevida de mulheres que, inimputáveis, matar o próprio filho nos moldes do artigo 123 do CP.

Quando o sujeito ativo o delito se tratar de inimputável, caberá o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público e posterior absolvição do réu com aplicação de uma medida de segurança. O magistrado poderá internar o inimputável ou determinar o seu tratamento ambulatorial, nos moldes do artigo 97 do CP:

“Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for

necessária para fins curativos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”

A Medicina Legal, com o auxílio dos conhecimentos da Psicologia e da Psiquiatria, possui meios de diagnosticar problemas decorrentes do puerpério, como a psicose puerperal. Caso haja esse diagnóstico, será possível enquadrar a mulher como inimputável, diante da completa ausência de autodeterminação, consciência da ilicitude da conduta e discernimento.

A Psicologia e a Psiquiatria, no mesmo sentido, elucidam que a disforia pós-parto não promove a redução da consciência da parturiente. Enquanto que a depressão pós-parto promove a diminuição da culpabilidade, em consonância com o artigo 26 do Código Penal. Por fim, a psicose puerperal elimina completamente a autodeterminação feminina, tornando-a inimputável.

Considerações finais

O infanticídio é entendido por boa parte da doutrina como uma moralidade privilegiada de homicídio em razão da influência do estado puerperal, que pode acarretar diminuição do seu grau de consciência. No entanto, em função das controvérsias constantes nesse Estado quanto ao conceito, duração e perícia, não é possível a continuidade da aplicação do artigo 123 do CP. Um dos elementos desse tipo é fictício e, em respeito ao princípio da legalidade estrita, deve ser revogado.

Diante da ficção jurídica do estado puerperal, é preciso aplicar um tratamento mais condizente com a real situação da mãe que matou o seu próprio filho. Então, há a possibilidade do puerpério, e não do estado puerperal, de acarretar perturbações de modo a alterar a sua consciência. Como no puerpério é possível detectar a existência de males psíquicos através da perícia, o artigo 121 c/c artigo 26, parágrafo único do Código Penal, serão aplicados.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Art. 26 (...) Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O estado puerperal deve ser desconsiderado, ante a sua insuficiência conceitual e pericial. O puerpério, porém, por ser possível a sua constatação pela realização de exames, poderá ser a causa da conduta delituosa e causa de redução da culpabilidade, pela adoção do art. 26, § único, do CP.

Carmignani apud Magalhães Noronha, inclusive, define o homicídio como a destruição violenta da vida um ser humano realizada por outrem: “La strage dell’uomo ingiustamente commessa da altro uomo”

Então, a combinação do homicídio com a perturbação mental do § único do art. 26 do CP será uma medida adequada a ser adotada diante da morte da criança.

Referências bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em: 07 jun. 2014.

_____. **Código Penal**. Decreto – Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 07 de jun. 2014.

CANTILHO, Amaur Y. *et al.* **Transtornos psiquiátricos na gestação e no puerpério: classificação, diagnóstico e tratamento**. Disponível em: <http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol33/n2/92.html> Acesso em 31 nov. de 2014.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e Infanticídio**. 2. ed. atual. e amp. Sugestões Literárias, 1984.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: Parte Especial, Arts. 121 a 212**. 8. Ed. ver. E atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1986. V.1.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9. Ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.

GLASER, André Luiz. **Metodologia da Pesquisa Científica**. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2013, p. 1-86. Disponível em: <http://anhanguera.com> Acesso em: 03 mar. 2014.

JESUS, Damásio E. de **Código Penal anotado**, 9.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

MALHEIROS, José Ribamar Ribeiro. **Infanticídio: Crime ou Ficção Jurídica?** Rossini Corrêa, Brasília, 2012.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana.** Editora Juspodvm, 2010.

MUAKAD, Irene Batista. **O infanticídio: análise da doutrina médico-legal e da sua prática jurídica.** São Paulo: Editora Mackenzie, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: Dos crimes contra a pessoa.** Dos crimes contra o patrimônio. Saraiva. 31. ed., 2000. V.2

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade e teoria do erro.** 3ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2010.

SCALCO, Laercio Maciel. Et al. **Psicose puerperal: relato de caso.** Revista de Medicina de Saúde de Brasília (2013; 2 '2': 84-9). Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rmsbr/article/viewFile4016/2674>. Acesso em 30 nov. 2014.

SANCHES, Rogério Cunha. **Manual de Direito Penal: Parte Especial.** 5. ed. Editora Juspodivm. V. único.

RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL À LUZ DO DIREITO TRIBUTÁRIO

MIRELA REIS CALDAS: Bacharel em Direito pela faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR. Certificado de Special Conversation pelo Britanic. Certificado de estudo pela EC Toronto-Canadá

1. Introito

Quando se trata do meio ambiente, qualquer erro pode ser fatal. A extinção de espécies é um grande peso a ser carregado pela humanidade e, talvez, nós sejamos os próximos na linha de extinção. A mudança de pensamento e, principalmente, a execução dessa mudança são de fundamental importância nessa questão, trata-se de uma luta conjunta com o tempo contra nós.

Um dos maiores inimigos no combate a degradação ambiental é o sistema econômico global no qual vivemos: o capitalismo. A forma capitalista de exploração de recursos naturais parece ser insustentável em longo prazo, principalmente por degradar de forma irreparável o ambiente.

A atuação das empresas, no contexto social, produziu, e ainda continua a produzir, riscos em relação ao futuro, sobretudo problemas socioeconômicos (COELHO, 2011). Os bens e serviços de que todos precisam são feitos em arranjos econômicos especializados e negociados no mercado e os responsáveis estão intensamente interessados em lucrar.

Sobre o capitalismo e o curso do dinheiro, a substituição de uma mercadoria por outra, que é o resultado da circulação de mercadorias, está mediada pela função do dinheiro como meio de circulação. O movimento do capital é expressão da circulação de mercadorias, não obstante é esta última que aparece como resultado do movimento do capital (MARX, 2011).

Assim, a responsabilidade social apresenta-se como um caminho a ser melhorado e explorado, pois a manutenção da qualidade de vida das gerações atuais, e inclusive futuras, está associada à continuidade dos seres humanos neste planeta.

Nessa linha, o Direito Tributário brasileiro, pode minimizar impactos dos danos ambientais e estimular a responsabilização social.

2. Desenvolvimento

2.1 Da externalidades

As falhas de mercado representam a ineficiência do Estado, assim, cabe a ele organizá-las. O exemplo mais comum da disfunção é a externalidade, podendo ser definida por Mankiw (2001, p. 208) como “o impacto das ações de uma pessoa sobre o bem-estar de outras que não participam da ação”.

Em outras palavras, são efeitos da produção ou utilização de um bem suportados pelo produtor, que não consegue ou não tem desejo de conter efeitos externos de sua produção, ou pela sociedade.

Existem duas espécies desses efeitos externos: (1) positivas, como incentivo do governo, por exemplo, o plantio de árvores por empresa privada; (2) negativas, como desincentivo pelo governo, por exemplo, a poluição de um rio (PALUDO, 2013).

Posto isso, a externalidade positiva se torna um reflexo da responsabilidade social, sendo incentivada pelo governo, a exemplo de incentivos fiscais relacionados à carga tributária.

Por outro lado, ao degradar o meio ambiente, uma empresa pode vir a ser responsabilizada, por meio da externalidade negativa, existindo consequências e medidas a serem adotadas pelo Estado.

A responsabilidade socioambiental acrescenta valores quanto à preocupação com o meio ambiente, sendo o tipo de responsabilidade social mais comum entre empresas que usualmente causam impactos diretos nele, devendo, assim, oferecer contrapartidas à comunidade.

A ideia é a mesma do princípio da responsabilidade corporativa da governança, conformidade das regras (*compliance*), descrito pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC[1].

Através desse princípio, entende-se que os agentes de governança precisam cuidar da viabilidade econômico-financeira das organizações, reduzindo, assim, as externalidades negativas dos seus negócios e suas operações e aumentar as positivas.

Há aqui uma visão da iniciativa privada, mas também da pública. A viabilidade econômica funciona para as duas seções, o Estado deve cuidar da operacionalização do sistema e a iniciativa privada deve adotar a responsabilidade corporativa para impactar positivamente a coletividade e empenhar pela sua viabilidade financeira das operações, resultando no aumento das externalidades positivas.

2.2 Do Direito Tributário e impactos ambientais

Além de outros ramos do Direito, o Direito Tributário tem papel de fundamental importância na responsabilidade social, recebendo, possivelmente, papel de destaque.

Alguns institutos tributários nos permitem entender a responsabilidade social na prática, são meios de gestão e até ecologia tributária, em que vários atores ligados à, por exemplo, estratégia e a estrutura de atuação podem exercer influência, visto que a Administração Pública não atua de forma isolada, mas em um ambiente.

Para os institutos, podemos citar como a progressão fiscal, a extrafiscalidade, o ICMS verde e a taxa de polícia.

A progressão fiscal significa uma alíquota maior à medida que o valor tributável aumenta, podendo ser considerada simples ou graduada. Em seu caráter extrafiscal, o tributo objetiva fundamentalmente intervir em uma situação social ou econômica (ALEXANDRE, 2017).

O outro instituto é o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS ecológico ou ICMS verde. Esse tipo de ICMS é, na verdade, um mecanismo tributário que possibilita aos municípios acesso a parcelas maiores que às aquelas que já têm direito inicialmente, de recursos financeiros arrecadados pelos Estados através do ICMS, quando foram atendidos determinados critérios ambientais estabelecidos em leis estaduais.

Como os municípios têm direito a até 25% da receita arrecadada com o ICMS com base no artigo 148, IV, da Constituição Federal CF, acabam sendo os maiores beneficiados do imposto de competência estadual. Trata-se da repartição constitucional de receitas (SABBAG, 2018).

Não obstante, o parágrafo único do artigo dispõe como a parcela do repasse será paga ao município: (I) três quartos na proporção do valor adicionado como ICMS e (II) até um quarto, conforme dispuser lei estadual ou, sendo territórios, lei federal.

O repasse em relação ao ICMS verde está incluído neste último item, correspondente ao inciso II do parágrafo único. Somente quanto à parcela restante (um quarto) há autonomia para os Estados, por lei própria, definirem critérios de repartição, podendo, inclusive, usar a mesma regra prevista para os demais três quartos, valor adicionado (ALEXANDRE, 2017).

Portanto, não se trata de um novo imposto, mas sim uma introdução de novos critérios para melhor redistribuição de recursos do tributo, que acaba por refletir o

nível da atividade econômica em municípios que colaboram com a preservação do meio ambiente.

Uma das possibilidades de desempenho do imposto é através de percentuais progressivos, com variáveis como áreas protegidas, desmatamento florestal e regularização ambiental. Dessa forma, uma das funções é estimular iniciativas de conservação ambiental, compensando municípios com áreas protegidas.

O município pode aumentar o repasse do valor ao criar unidades de conservação, realizar medidas de conservação e recuperação dos ecossistemas, realizar a regulamentação ambiental, entre outros. A ação municipal resulta no desenvolvimento sustentável e torna-se modelo a ser espelhado pela iniciativa privada.

Sendo essa uma das razões para a instituição do Produto Interno Verde (PIV), lei nº 13.493/17. No cálculo, será considerado o patrimônio ecológico nacional, contabilizando riquezas ambientais de forma a identificar se o país está produzindo riqueza ou apenas dilapidando o patrimônio ecológico existente, melhorando interpretação de bens e serviços nacionais através da sustentabilidade.

O último instituto citado é a taxa, outra espécie tributária, na modalidade taxa de polícia. Um de seus objetivos é prover financeiramente o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, que é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, quanto ao custo desembolsado em atividades de fiscalização de indústrias poluidoras do meio ambiente, conforme art. 2º, I, da Lei 7.735/1989 (NOVAIS, 2018).

Posto isso, a responsabilidade social, por mais que deva ser voluntária e altruísta, pode ser ainda mais efetivada através do Direito Tributário, com progressos de alíquotas e o ICMS verde; cuidam-se de inovações muito bem-vindas no ordenamento, causando impactos positivos diretos na sociedade e na forma do setor industrial e comercial se comportar.

Ainda, em meio a projetos de Reforma Tributária, há um aspecto a ser destacado: a instituição de uma faculdade para graduar os tributos, segundo o princípio do poluidor-pagador, aparenta ferir o princípio da neutralidade tributária, art.146, § 3º, (HARADA, 2017).

Sobre o tema, cabe-nos a seguinte explicação: existem níveis permitidos de poluição, visto que não existe atividade alheia a prejuízos ecológicos, por isso o suposto rompimento com a neutralidade tributária. O princípio do poluidor-pagador

terá incidência na majoração de tributos atinentes às atividades de maior potencial de degradação.

O princípio da neutralidade tributária nos permite refletir sobre a ideia de que o tributo deve interferir o menos possível nas decisões dos agentes econômicos, contanto que essa não-intervenção se contextualize com um satisfatório financiamento das políticas públicas, lembrando-nos do que foi debatido no tópico da governança, com o progresso dos direitos fundamentais e um sistema tributário beneficiado da eficiência econômica (STIVAL, 2011).

Grande parte da destruição ambiental pode ter sido causada pelo capitalismo, no qual grupos de pessoas colocaram e ainda colocam seus interesses pessoais econômicos sobre interesses coletivos. Investir em legislações mais eficazes e concretas parece-nos ser o melhor trajeto para o ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Do Projeto de Lei nº 3960/19

Cabe-nos, destacar o Projeto de Lei – PL nº 3960, de 2019, de autoria da Senadora Eliziane Gama (CIDADANIA/MA), com o objetivo de criar o índice brasileiro de responsabilidade social, como um complemento da LRF, a fim de instituir mecanismos para implementação da gestão fiscal e da responsabilidade social, visando avaliar a qualidade do uso dos recursos públicos, sob a ótica do desenvolvimento social.

Em resumo, o Projeto cria o Conselho de Gestão Fiscal e Responsabilidade Social (CGFRS) para acompanhar e avaliar, no âmbito das esferas do governo, a política e a operacionalidade da gestão fiscal.

O Conselho, em tese, contribui para incrementar novos elementos de avaliação dos gastos públicos, a exemplo do nível de renda e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), poderíamos inclusive incluir o PIV como mais um elemento de avaliação.

Uma das inspirações para o projeto foi o “Índice Paulista de Responsabilidade Social”[2], criado por lei no Estado de São Paulo, objetivando aferir comparativamente esforços exercidos e resultados obtidos pelos Municípios do respectivo Estado quanto ao desenvolvimento social e melhora na qualidade de vida da população.

Posto isso, com base no art. 67, § 1º, da LRF, o Projeto pretende regularizar procedimentos de avaliação qualitativa de gastos para os entes por meio do CGFRS, de forma que "instituirá formas de premiação e reconhecimento público aos titulares

de Poder que alcançarem resultados meritórios em suas políticas de desenvolvimento social".

Parece-nos uma ferramenta a ser pensada com atenção, pois aparenta ser eficaz.

2.2.2 Das transferências voluntárias e alteração legislativa

Em âmbito federal, as transferências são os recursos financeiros repassados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios em virtude da celebração de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos similares. O objetivo é a realização de obras e/ou serviços de interesse comum e consonante às três esferas.

A Lei Complementar 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, fornece a definição de transferências voluntárias:

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

As exigências para as transferências estão no parágrafo 1º do art. 25, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias: existência de dotação específica; observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição (vedação, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios); comprovação quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, prestação de contas de recursos anteriormente recebidos, cumprimento de limites constitucionais relativos à educação e à saúde e limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal e previsão orçamentária de contrapartida.

Posto isso, traz-se o seguinte questionamento: poderia o Produto Interno Verde (PIV) em âmbito estadual ser um dos requisitos para as transferências voluntárias? Ou ainda a manutenção de áreas verdes ou a adoção de políticas públicas ambientais, como uma espécie de prestação de contas ambientais ao invés de apenas tributárias?

Ao que nos parece, a resposta é positiva. Bastaria uma alteração legislativa nesse sentido e obediência as restrições da LRF, como a constante no seguinte artigo 11, parágrafo único, que prevê uma sanção institucional ao proibir a realização de transferências voluntárias aos entes que deixarem de instituir impostos de sua competência.

A entrega de recursos correntes ou de capital se torna, em conclusão, um bônus por agir conforme o desejado e talvez um pouco além.

Destaca-se que a possibilidade de criação de uma hipótese para a transferência não se trata de vinculação de despesa, posto que imposto não tem receita vinculada, nem sequer vinculação a atividade contraprestacional do Estado, conforme o princípio da não vinculação do imposto.

Trata-se, na verdade, de pré-requisito para a transferência voluntária, afastando qualquer vinculação futura do valor,

A presente análise de mudança da LRF não pretende vincular despesa, como previamente explicado, restando comprovada, então, a possibilidade de alteração legislativa.

Ainda sobre o assunto, tampouco se trata de um fundo de participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, visto que o fundo é caracterizado como espécie de transferência intergovernamental automática cujo qual não existe necessidade de contrapartida, porque o repasse da receita tributária está definido na CF. Os recursos de um fundo são transferidos sem qualquer vinculação, sendo livres para serem administrados pelos entes e aplicados em quaisquer finalidades de interesse público (PAMPLONA, 2009).

A contrapartida de fiscalização, manutenção ou criação de unidades de conservação, prestações de contas ambientais ou adoção de políticas públicas descaracterizaria a essência de um fundo de participação.

Dessa forma, a alteração legislativa pode ser definida como uma transferência voluntária, podendo ser uma redução das externalidades negativas. A nova espécie de exigência para a transferência afetaria diretamente às empresas, que estariam ainda mais passíveis de fiscalização dos órgãos pertinentes, já que são as maiores responsáveis pela destruição ambiental e esta não favoreceria o recebimento de recursos voluntários. A responsabilidade social seria uma espécie de consequência.

Ademais, deve-se falar em suspensão das transferências. Existem hipóteses para a suspensão das transferências, conforme o parágrafo do 3º, do art. 25, da LRF;

contudo, elas não abrangem as áreas de atuação do Ministério do Meio Ambiente via de regra. Vejamos: § 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social.

Posto isso, a alteração legislativa de forma a abarcar uma condição ambiental para as transferências voluntárias provavelmente agregaria um fator de grande incentivo a atitudes consideradas de responsabilidade socioambiental, podendo funcionar como um mecanismo auxílio a localidades que necessitem de amparo financeiro e até do meio ambiente.

O Estado é possivelmente o único ente capaz de interferir para manter a responsabilidade com o meio ambiente, cabe a ele responder de forma procedente. Por isso, a possibilidade, na verdade, a ameaça de interrupção de transferências voluntárias acaba por ser um instrumento de convencimento estatal para conter ações negativas em áreas verdes e favorecer atitudes positivas.

3. Conclusão

Em seu aspecto socioambiental, a responsabilidade social está intimamente relacionada às práticas de preservação do meio ambiente, visto que é direito de todos, conforme artigo 225 da CF: “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”.

Quanto as externalidades, as positivas devem ser incentivadas por medidas governamentais, pois representam um dos aspectos da responsabilidade social, sendo capaz de transformar a sociedade. Enquanto as negativas, combatidas e responsabilizadas.

No mais, o Direito Tributário recebe papel de destaque no combate as externalidades negativas, como o uso de alíquotas progressivas. Inclusive, a tangível utilização do PIV ou de efetiva utilização de políticas públicas ambientais podem ser alternativas, posto que não nos parece restar alternativas senão as objetivadas a arrecadação, destinada posteriormente a mais sensata distribuição de riqueza dentro do país, surgindo, então, a possibilidade de modificação de critérios para as transferências voluntárias na LRF.

Sobre o assunto, cabe retomar o debate a respeito ICMS ecológico, que é possivelmente um dos mais importantes aliados no desenvolvimento sustentável, visto que resulta em áreas de proteção e fiscalização, acabando por influenciar

externalidades positivas. Não é única forma e nem deve ser, posto que seja necessário utilizar formas variadas para garantir a responsabilidade social, apesar de, em tese, ela ser uma atitude altruísta.

Como o risco de produzir impactos negativos atualmente é baixo, segundo a lógica econômica atual, nenhuma ação deveria ser demandada hoje para prevenir problemas distantes. Contudo, se os efeitos negativos dos problemas forem grandes daqui a cinquenta ou cem anos e nada for feito, será tarde demais para fazer qualquer coisa capaz de melhorar as circunstâncias, pois atitudes capazes de rematar contratempos somente são vislumbradas em um futuro distante.

De todo modo, parece-nos pouco provável acreditar que o aquecimento global ou a redução da camada de ozônio são assuntos em pauta entre grandes capitalistas maximizadores de lucro realmente interessados em uma solução. Certamente chegará uma geração que não terá condições de viver no ambiente alterado e tóxico do nosso planeta. Nesse ínterim, será tarde demais para ações preventivas e, inclusive, impedir a própria extinção. Cada geração escolhe tomar boas ou más decisões, embora o efeito em rede pareça ser o mesmo: o suicídio social coletivo, como diria Lester Thurow (THURUROW, 1996).

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11ª ed. ver. atual. e amp1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTINHO, Doris Terezinha Pinto Cordeiro de Miranda. **Finanças públicas: travessia entre o passado e o futuro**. 1ª ed. São Paulo: Blucher, 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 26ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. Tradução de Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MARX, Karl. **O capital**, livro 1. Tradução: Rubens Enderle. 2ª ed. Vol 1. São Paulo: Boitempo, 2011.

NOVAIS, Rafael. **Direito tributário facilitado**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PAMPLONA, Karla Marques. Federalismo fiscal, transferências intergovernamentais constitucionais e desenvolvimento regional. Uma análise em prol da efetividade dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2328, 15/11/2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13860>. Acesso em: 25/05/2020.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento público e administração financeira e orçamentária e LRF**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SABBAG, Eduardo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

STIVAL, Juliane. **A exegese do Princípio da Neutralidade Fiscal no Sistema Tributário Nacional**, sobretudo no regime da substituição tributária, na concessão de incentivos fiscais e na elisão fiscal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/a-exegese-do-principio-da-neutralidade-fiscal-no-sistema-tributario-nacional-sobretudo-no-regime-da-substituicao-tributaria-na-concessao-de-incentivos-fiscais-e-na-elisao-fiscal/>. Acesso em: 20/05/2020.

THUROW, Lester. **O futuro do capitalismo**: como as forças econômicas de hoje moldam o mundo de amanhã. Tradução de Nivaldo Montigelli Jr. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

NOTAS:

[1] Para maiores informações, acessar: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acessado em 20/05/2020.

[2] Para informações complementares, acessar: http://www.iprs.seade.gov.br/downloads/pdf/iprs_release_site.pdf. Acessado em 04/07/2020.

ASPECTOS DAS ESPÉCIES DE NACIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

RAFAELA VIEIRA LEME: Advogada nas áreas cíveis, contratuais e imobiliárias; graduada em Direito e pós-graduanda em Direito Processual Civil (termino em agosto de 2020) pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul

RESUMO: A aquisição da nacionalidade brasileira apresenta diferentes nuances, requisitos e hipóteses. Com a classificação dos brasileiros natos ou naturalizados abre-se em leque com algumas possibilidades. Este artigo, com embasamento em doutrinas jurídicas, apresenta essas possibilidades, trazendo e explicando conceitos como por exemplo o dos requisitos de *ius solis* e *ius sanguinis* para a classificação dos brasileiros natos, e também diferenciações entre as maneiras de o estrangeiro se tornar brasileiro naturalizado.

Palavras-Chaves: nacionalidade; brasileiros natos; brasileiros nacionalizados.

ABSTRACT: The Brazilian nationality's acquisition presents different aspects, requirements and hypotheses. With native or naturalized Brazilians' classification, it opens up with a range of possibilities. This article, based on legal doctrines, presents these possibilities, bringing and explaining concepts such as the requirements of *ius solis* and *ius sanguinis* to native Brazilians' classification, and also differentiations between the ways in which foreigners become naturalized Brazilians.

Keywords: nationality; native brazilian; naturalized brazilian

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ASPECTOS GERAIS DAS ESPÉCIES DE NACIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2.1 BRASILEIROS NATOS. 2.1.1. Aquisição da nacionalidade pela territorialidade. 2.1.2. Aquisição da nacionalidade pela consanguinidade. 2.2. BRASILEIROS NATURALIZADOS. 2.2.1. Naturalização tácita. 2.2.2. Naturalização expressa. 2.2.3. Radicação precoce e curso superior. 2.3. A NÃO DISTINÇÃO DE BRASILEIROS NATOS E NATURALIZADOS PELA LEI. 2.4. PERDA DA NACIONALIDADE. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta as espécies de nacionalidade apresentadas na Constituição Federal brasileira e nuances referentes às suas aquisições, perda e reaquisições. Pensando em espécies nacionalidades brasileiras, devemos considerar que podemos encontrar brasileiros natos e naturalizados.

Quanto a diferenciação dos brasileiros natos e dos brasileiros naturalizados é importante ter consciência que em regra geral a Constituição de 1988 traz em seu texto que a lei é proibida de estabelecer qualquer discriminação entre os tipos de brasileiros quanto a seus direitos e deveres enquanto indivíduo integrante do povo brasileiro. Todavia, a própria norma máxima estabelece algumas exceções, e assim, acaba conferindo alguns privilégios aos brasileiros natos quanto a participação e integração da estrutura do Estado brasileiro.

Com isso, este texto nos mostra aspectos intrínsecos à aquisição da nacionalidade brasileira, apresentando os diferentes procedimentos, a concessão ou não de privilégios, entre outros.

2.ASPECTOS GERAIS DAS ESPÉCIES DE NACIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Previstas na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 12, as espécies de nacionalidade trazem à luz as hipóteses jurídicas em que se considera um indivíduo um brasileiro. De acordo com Alexandre de Moraes (2017, p. 173), aborda-se como nacionalidade todo vínculo jurídico político que coliga indivíduos a um específico Estado, e assim, incorpora-o a um de seus elementos constitutivos, o povo. Complementando, Uadi Lammêgo Bulos (2017, p. 853) informa-nos que a *Magna Carta* apresenta a nacionalidade como um direito público, material e formalmente constitucional, mesmo que resguardado por norma ou documentação infraconstitucional ou até de natureza privada, isso pois a intenção da Carta de 1988 é justamente enaltecer e garantir os direitos dos seres humanos, como também conferir responsabilidades ao quais integram um mesmo ambiente cultural e costumeiro.

São consideradas espécies de nacionalidade, a “primária ou originária” (ART. 12, I, CF/88) e a “adquirida ou secundária” (art. 12, II, CF/88). A nacionalidade primária ou originária é conferida aos considerados brasileiros natos, enquanto que a nacionalidade adquirida ou secundária é conferida aos brasileiros naturalizados.

2.1 Brasileiros Natos

Em regra, conceitua-se brasileiro nato aquele que nasce dentro do território brasileiro o que está prevista na alínea “a”, do inciso I, do supra mencionado dispositivo legal. É percebida essa forma aquisitiva de nacionalidade pelo termo *ius solis* ou *ius loci*. Imposta mencionar que devido às raízes históricas migratórias do Estado brasileiro, a Constituição de 1988 trouxe a mescla do critério sanguíneo com o critério territorial para a classificação dos chamados brasileiros natos, uma vez que, por inúmeras vezes os descendentes dos imigrantes nascidos em solo brasileiro

constroem suas vidas no país sem a menor intenção de retornar ao Estado origem de seus antepassados (BULOS, 2017, p. 855).

Entretanto, a nacionalidade primária não se configura somente pelo critério territorial como já dito, leva-se em conta também o critério *ius sanguinis* ou de consanguinidade. Por esse critério pode-se considerar brasileiro nato todo descendente de brasileiro não nascido no território da República Federativa do Brasil, entretanto, como afirma Alexandre de Moraes (2017, p. 174), não se pode analisar esse critério individualmente pois a lei suprema exige o preenchimento de alguns requisitos necessários para a aquisição da nacionalidade por esse critério, contudo sempre estará resguardada a consanguinidade ascendente.

José Afonso da Silva (2006, p. 326) em interpretação da Constituição Federal, traz a classificação dos brasileiros natos da seguinte maneira:

“A Constituição reputa brasileiro nato aquele que adquire a nacionalidade brasileira pelo fator nascimento. É dizer: brasileiro nato é quem nasce na República Federativa do Brasil. Corresponde ao titular da nacionalidade brasileira primária, para cujo reconhecimento nossas constituições sempre adotaram o critério *ius solis*, com ligeiras atenuações. Mas não se disse acima que o brasileiro nato é só o que nasce no território brasileiro. O art. 12, I, da Constituição, e só ele, é que dá os critérios e pressupostos para que alguém seja considerado necessariamente, e de direito, brasileiro nato. Por ele vê que não só o *ius solis* é fonte da nacionalidade primária entre nós; há concessões ao princípio do *ius sanguinis* combinado com outros elementos”.

Façamos agora análise mais detalhada a respeito dos dois critérios de aquisição da nacionalidade brasileira.

2.1.1 Aquisição da nacionalidade pela territorialidade

O critério territorial de aquisição da nacionalidade está previsto na Constituição Federal, pela letra da lei: “art. 12. São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; (...)”.

É de extrema relevância abordar os limites territoriais do Estado brasileiro, deve-se levar em conta claramente as fronteiras geográficas com outros Estados, mas

também extensões e fronteiras fluviais, lacustres, ilhas, golfos, espaço aéreo e o mar territorial. Além desses limites, consideram-se ainda território da República Federativa do Brasil os navios e as aeronaves de guerra brasileiros qualquer lugar que se encontrem, navios mercantes e aeronaves civis brasileiras em territórios exteriores (BULOS, 2017, p. 856).

É considerado brasileiro nato porquanto se nasce em território brasileiro independentemente se os pais são também brasileiros ou estrangeiros. Contudo, há uma exceção, os filhos de pais estrangeiros que nascem em território brasileiro enquanto seus pais (ou um deles) estão a serviço de seu país de origem. Nesse caso o critério *ius sanguinis* prevalece ao critério *ius solis*, uma vez que existe a ligação ao serviço interligado ao país nacional que os pais prestam. Caso os pais estejam em território brasileiro a serviço de país diferente do seu de origem, o nascido será considerado brasileiro (SILVA, 2006, p. 326).

2.1.2 Aquisição da nacionalidade pela consanguinidade

Quanto a essa forma de aquisição da nacionalidade, a *Magna Carta* traz no mesmo dispositivo legal acima abordado duas outras hipóteses relativas ao *ius sanguinis*, são elas,

art. 12. São brasileiros: I - natos: (...)

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Ao abordar a alínea “b”, considera-se brasileiros natos aqueles nascidos em território estrangeiro quando os pais (ou um deles) estiverem em serviço do Estado brasileiro. Aqui fica mais que claro o critério do *ius sanguinis*, pois independente dos pais serem brasileiros natos ou naturalizados, estão oficialmente a serviço do Brasil em outro Estado. Ao pensarmos nos serviços oficiais prestados pelos pais, devemos considerar qualquer serviço que esteja correlacionado à administração pública brasileira seja ela direta ou indireta, e, também de todos os entes federativos (BULOS,

2017, pp. 856 e 857). São exemplos pessoas que exercem funções como diplomatas, militares, cargos públicos da administração direta ou indireta, etc.

A alínea “c” aborda a conhecida nacionalidade potestativa, em regra, nessa nacionalidade específica não se considera somente o *ius sanguinis*, mas também mais dois requisitos o “critério residencial” e a “opção confirmativa”. Quando abordado o critério de consanguinidade em conjunto com o critério residencial e opção confirmativa, deve-se analisar que justamente o fato de ser uma nacionalidade potestativa é o que dá ao indivíduo a possibilidade de escolher ter um vínculo que o torna parte do povo de um Estado determinado, sendo essa escolha ato personalíssimo (BULOS, 2017, p. 857).

Ressalta-se que a expressão de vontade de ser naturalizado brasileiro do indivíduo filho de pais brasileiros que não estavam a serviço do país somente poderá ser reconhecida a partir de sua maior idade pela Justiça Federal. Entretanto o fato gerador da nacionalidade potestativa ocorre com a fixação de residência no país, e caso ocorra antes de sua maior idade será concedida ao indivíduo a nacionalidade provisória até que possa expressar sua vontade (MORAES, 2017, p. 176). Com a Emenda Constitucional nº 54/2007, além da imposição do requisito da expressão da vontade após a maior idade, foi também imposto o requisito do registro em repartição pública brasileira competente do nascimento de filho de brasileiro(s) para que assim ele possa adquirir a nacionalidade originária, lembrando que com o registro não há a obrigatoriedade de fixar endereço no território brasileiro para ser considerado brasileiro nato (BULOS, 2017, p. 859).

2.2 Brasileiros Naturalizados

A chamada nacionalidade secundária ou adquirida pode ser requerida pelo estrangeiro ou apátrida e é concedida por meio da naturalização ao invés do nascimento, daí o termo “brasileiros naturalizados”. O artigo 12, inciso II, da Constituição Federal prevê em seu texto,

art. 12. São brasileiros: (...) II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que

requeiram a nacionalidade brasileira. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Importante dizer que para que haja a aquisição na nacionalidade secundária o estrangeiro ou apátrida deverá conseguir a outorga do chefe do Poder Executivo, por ser esse um ato discricionário competente exclusivamente a ele (BULOS, 2017, p. 861). Portanto a aquisição da nacionalidade secundária ocorre por meio da naturalização expressa, e assim, podendo ser classificada em duas espécies de naturalização, a tácita e a expressa.

2.2.1 Naturalização tácita

De acordo com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, no artigo 69, §4º, era previsto que os estrangeiros que encontravam-se no Brasil no dia 15 de novembro de 1889 eram considerados brasileiros naturalizados, salvo se declarassem a vontade de conservar a nacionalidade de origem dentro de seis meses da entrada em vigor da Constituição da época. Contudo, as Constituições seguintes terminaram com esse preceito e desde então não há mais que se falar em naturalização tácita (BULOS, 2017, p. 863).

2.2.2 Naturalização expressa

A naturalização expressa é aquela propriamente mencionada anteriormente, portanto, segue o requisito do requerimento realizado pelo interessado para que realmente seja concedida. É certo afirmar que a naturalização expressa pode ocorrer de duas maneiras, a primeira chamada "ordinária ou comum" e a segunda chamada "extraordinária ou quizenária".

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 12, inciso II, alínea "a" afirma que serão considerados brasileiros naturalizados aqueles originários de países que possuem a língua portuguesa como oficial quando residirem por um ano ininterrupto em território brasileiro e possuir idoneidade moral. É nítida que a aquisição da naturalização nessa hipótese está submetida a alguns requisitos, tendo por eles um requisito implícito ao texto constitucional que é a aceitação pelo Chefe do Poder Executivo do requerimento de naturalização do estrangeiro, com isso, mesmo que cumpram os requisitos expressos na letra da norma será necessária a anuência do Presidente da República (BULOS, 2017, p. 864).

Os outros requisitos necessários são os considerados expressos, e aqui podemos dividir em partes para a melhor compreensão:

- a) Para os estrangeiros simplesmente, não originários de países de língua portuguesa, necessitam cumprir algumas condições do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) em seu artigo 112, incisos I a VIII, sendo essas condições:
- I. Capacidade civil, segundo a lei brasileira;
 - II. Ser registrado como permanente no Brasil;
 - III. Residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização;
 - IV. Ler e escrever a língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando;
 - V. Exercício de profissão ou posses de bens suficientes à manutenção própria e da família;
 - VI. Bom procedimento;
 - VII. Inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão, abstratamente considerada, superior a um ano; e
 - VIII. Boa saúde. (Lei nº 6.815/80, art. 112, I a VIII)
- b) Para os estrangeiros advindos de países de língua portuguesa, observando-se que os Portugueses possuem normatização diferenciada para a aquisição da naturalização brasileira, serão necessárias aos outros estrangeiros: residência ininterrupta por um ano no território brasileiro e idoneidade moral. Todos esses requisitos, claramente, sem desconsiderar o ato discricionário do Chefe do Poder Executivo e a expressão da vontade do estrangeiro;
- c) Quando abordamos os portugueses, devemos considerar que a Constituição Federal prevê no parágrafo primeiro de seu artigo 12, a possibilidade de residência permanente no Brasil a eles caso haja reciprocidade em favor dos brasileiros em Portugal, isso claro, cumprindo-se os requisitos de residência ininterrupta por um ano mais idoneidade moral. Em outras palavras, Alexandre de Moraes interpreta as possibilidades de aquisição da nacionalidade brasileira por portugueses da seguinte maneira:

“1ª – aquisição da nacionalidade brasileira derivada: neste caso seguirá todos os requisitos da naturalização para os originários de países de língua portuguesa (ver item anterior);

2ª – aquisição da equiparação com brasileiro naturalizado, sem contudo perder a nacionalidade portuguesa (*quase nacionalidade*): o art. 12, § 1º, da Constituição Federal, com nova redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 7-6-1994, prevê aos portugueses que preencham os requisitos constitucionais, a possibilidade, desde que haja reciprocidade em favor dos brasileiros (cláusula *do ut des*, ou seja, cláusula de *admissão de reciprocidade*), de atribuição dos direitos inerentes ao brasileiro naturalizado, salvo os previstos na Constituição. O Ministério da Justiça é o órgão com atribuição para o reconhecimento da igualdade de direitos e deveres entre os portugueses equiparados e os brasileiros naturalizados. Ressalte-se que, para o exercício dos direitos políticos, há necessidade de requerimento à Justiça Eleitoral e permanência, no mínimo, de três anos de residência no país”. (MORAES, 2017, p. 180)

É importante dizer que não há de se considerar dupla nacionalidade entre os brasileiros residentes em Portugal e os portugueses residentes no Brasil, cada qual continua nacional de seu país de origem, entretanto serão considerados reciprocamente benefícios aos que estiverem em território do outro Estado amigo.

Ao abordarmos a naturalização extraordinária, devemos analisar a alínea “b” do inciso II, do artigo 12 da Carta de 1988, “os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira”. Portanto, considera-se direito público subjetivo aos estrangeiros de qualquer origem a aquisição da naturalização brasileira caso ele resida em território brasileiro a mais de quinze anos ininterruptos sem que exista condenação penal.

Bulos (2017, p. 867) nos traz a importante informação de que foi com a Emenda Constitucional de Revisão nº 3 de 1994 que houve a alteração do artigo 12, II, “b”, anteriormente o prazo de residência contínua do estrangeiro no país era de trinta anos, entretanto, após a revisão constitucional passou a ser de quinze anos. A consideração aqui foi a congruência de que um estrangeiro com idoneidade moral

que já reside no Brasil há quinze anos e não possui qualquer condenação penal, não apresentaria necessidade alguma de esperar mais o tempo necessários para completassem os trinta anos e fosse adquirida sua naturalização.

Lembra-se ainda que o requerimento do interessado é imprescindível, contudo, o Poder Executivo não poderá negar ao estrangeiro que cumpre todos os requisitos mencionados sua naturalização extraordinária por não estar este ato específico atrelado ao poder discricionário do Estado.

2.2.3 Radicação precoce e curso superior

A Constituição de 1967 com sua Emenda Constitucional n. 1/69 previa além dessas hipóteses de aquisição da nacionalidade brasileira outras duas, a “radicação precoce” e a “conclusão de curso superior” (BULOS, 2017, p. 868 e 869). Classificam-se como radicação precoce os estrangeiros admitidos no Brasil até seus primeiros cinco anos de vida, residindo definitivamente no território do país, contudo há a necessidade de manifestação da intenção de permanecer com a nacionalidade brasileira após sua maior idade, com prazo de até dois anos após seu aniversário. Por outro lado, os estrangeiros que residindo no país antes de completar a maioridade fizerem cursos superiores em instituições de ensino brasileiras podem requerer a naturalização até um ano após o final do curso.

A Constituição Federal de 1988 não abordou em seu texto essas hipóteses, entretanto deixou com que o legislador ordinário regulamentasse essas questões, o que é perceptível no artigo 12, II, “a”, com a frase “são brasileiros naturalizados os que na forma da lei (...)” e também em seu artigo 22, XIII, quando confere competência privativa à União legislar a respeito de nacionalidade, cidadania e naturalização. Dessa forma, após a recepção do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) pela Carta de 1988, foram expressamente permitidas as concessões de naturalizações aos estrangeiros pelas hipóteses de radicação precoce e conclusão de curso superior, como demonstram os artigos 115, §2º, I e II, e artigo 116 do mencionado estatuto.

2.3 A não Distinção de Brasileiros Natos e Naturalizados pela Lei

A regra expressa no parágrafo 2º do artigo 12 da Constituição Federal é clara, “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”. Ou seja, percebe-se que quando pensamos em direitos e deveres presentes no ordenamento jurídico brasileiro, não poderá haver diferenciação entre brasileiros natos e naturalizados uma vez que todos integram um dos elementos constitutivos do Estado, o povo.

Não obstante, a própria norma constitucional expressa exceções, sendo elas: a extradição (art. 5º, LI, CF), cargos (art. 12, §3º, CF), funções (art. 89, VII, CF) e propriedade de empresa jornalística, de radiodifusão sonora de sons e imagens (art. 222, CF). O legislador infraconstitucional ficou impossibilitado de acrescentar outras exceções (BULOS, 2017, pp. 869 até 872). Brevemente abordaremos as hipóteses de diferenciação de brasileiros natos e naturalizados acima apresentadas:

- a) Extradição (art. 5º, LI, CF): ao pensar em brasileiros natos deve considerar que não existe possibilidade de extradição a pedido de Estado estrangeiro, independentemente do delito que tenha cometido. Porém, o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado quando cometido crime comum antes da naturalização, ou comprovado envolvimento com tráfico;
- b) Cargos (art. 12, §3º, CF): os seguintes cargos podem ser ocupados somente por brasileiros natos: Presidente e Vice-Presidente da República; Presidente das Câmaras dos Deputados; Presidente do Senado Federal; Ministro do Supremo Tribunal Federal; membro da carreira diplomática (com exceção do Ministro das Relações Exteriores); oficiais das Forças Armadas; e Ministro do Estado de Defesa após a Emenda Constitucional 23/99.
- c) Funções (art. 89, VII, CF): fica reservado ao Conselho da República seis cadeiras obrigatória a brasileiros natos. Observa-se aqui a possibilidade de participação de brasileiros naturalizados, entretanto a CF/88 prevê a obrigatoriedade de quantidade específica de brasileiros natos em sua composição;
- d) Propriedade de empresa jornalística, de radiodifusão sonora de sons e imagens (art. 222, CF): para que o brasileiro naturalizado seja proprietário de quaisquer dessas empresas, o tempo de sua naturalização deve exceder dez anos conforme a CF/88.

2.4 Perda da Nacionalidade

Somente há a possibilidade de perder a nacionalidade caso ocorram uma das opções previstas na Constituição Federal, no parágrafo 4º do artigo 12, ou seja:

4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

- a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
- b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis;

Quanto a primeira possibilidade de perda trazida na Constituição Federal, deve-se analisar a chamada “ação de cancelamento de naturalização” gerando uma punição por algum ato do naturalizado que lesione o chamado “interesse nacional”. Bulos (2017, p. 872), diz que são dois os objetivos da aplicação dessa perda-punição somente para brasileiros naturalizados:

- “Retirar os direitos do naturalizado que exerce ou exerceu atividade prejudicial e grave ao interesse da nação brasileira;” e
- “Propiciar, a depender do caso, a aplicação de sanções políticas e criminais aos infratores.” (BULOS, 2017, p. 872)

Relevante é dizer, ainda, que os dois objetivos da aplicação da pena podem ocorrer ao mesmo tempo, não ocorrendo *bis in idem*.

Quando abordamos a respeito do segundo inciso, no parágrafo quarto, do artigo 12 da constituição federal, devemos considerar a chamada “naturalização voluntária” ou “perda-mudança”, podendo ser aplicada tanto a brasileiros natos quanto aos naturalizados. Consideram-se três os requisitos para essa perda de nacionalidade: a) a manifestação da vontade do brasileiro nato ou naturalizado de abrir mão da nacionalidade brasileira em detrimento de outra nacionalidade; b) a capacidade civil do brasileiro para expressar sua vontade; c) a aquisição real de uma nacionalidade estrangeira. Ocorrendo tudo por processo administrativo no Ministério da Justiça (BULOS, 2017, p.873).

Ainda, é relevante abordar outras duas questões inerentes a perda da nacionalidade, a primeira delas ocorre com relação a uma nacionalidade adquirida fraudando-se a lei, ficando a cargo da legislação civil instituir os procedimentos da perda de nacionalidade. Houve com a constituição de 1967 a possibilidade da perda da nacionalidade quando o brasileiro aceitasse comissão, emprego ou pensão de

governo estrangeiro sem a anuência do Presidente da República, entretanto a constituição de 1988 não trouxe essa hipótese em seu texto.

Pensando na re aquisição da nacionalidade brasileira uma vez perdida, é possível haver a re aquisição nos casos de cancelamento da naturalização por meio de uma ação rescisória. Já quanto a re aquisição da nacionalidade nos casos de aquisição de outra nacionalidade, há a necessidade de um Decreto Presidencial anuindo a re aquisição nos moldes do artigo 36 da Lei nº 818/49, com o pré-requisito de o ex-brasileiro estar com domicílio no país, observa-se que o brasileiro que antes era nato volta a ser nato e assim o naturalizado (BULOS, 2017, p. 875).

3. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 tão conhecida como “Constituição Cidadã” por toda ideologia protetora dos seres humanos e seus direitos, não deixou a filosofia de lado ao abordar as nuances da nacionalidade brasileira. Embora existam exceções distintas entre os brasileiros natos e naturalizados, muito para que haja uma proteção quanto a estrutura do Estado brasileiro, serão sujeitos de direitos e deveres todos os brasileiros natos e naturalizados.

Evidente que na prática existe diferenciação quanto às possibilidades de aquisição da nacionalidade, isso devido a classificação de quem pode ser considerado brasileiro nato ou naturalizado. Deve-se ter em mente requisitos de necessário cumprimento para que um indivíduo possa ser considerado brasileiro nato, de forma geral esses requisitos são intrínsecos aos requisitos conhecidos como *ius solis* e *ius sanguinis*.

Contudo, os estrangeiros que não se enquadram nas hipóteses necessárias para a aquisição da nacionalidade brasileira, devem cumprir os requisitos da aquisição da naturalização brasileira. Nesse caso, observa-se se o estrangeiro tem origem em países de língua portuguesa ou não, obviamente que aqueles que nasceram em países da mesma língua possuem alguns privilégios que os estrangeiros de outras origens não possuem. Mas, de forma ampla, o estrangeiro que busca a nacionalização necessita estabelecer domicílio no território brasileiro (em alguns casos por prazo estabelecido), manifestar a intenção com relação à aquisição da nacionalidade brasileira em gozo de seus plenos direitos civis (com a maioria) e a nacionalidade deve ser concedida pelo Chefe do Poder Executivo da República Federativa do Brasil.

Conforme dito, é claro que os procedimentos para ser considerado brasileiro nato ou naturalizado apresenta-se diferentes entre si, justamente considerando toda a estrutura governamental e a necessidade constitucional das decisões concedendo

a nacionalidade advirem de órgãos diferentes. Outrossim essa não é a única diferenciação, a própria *Magna Carta* estabelece dispositivos legais que diferenciam os brasileiros natos dos naturalizados, como por exemplo para cargos de governo específicos, como por exemplo os cargos de Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado Federal, etc., que podem ser preenchidos por brasileiros natos.

Conclui-se assim que o sistema de aquisição de nacionalidade brasileira tem seus requisitos e diferenciações entre si, na maioria das vezes visando proteger a estrutura do Estado, mas quando pensado no indivíduo que é considerado brasileiro – seja ele nato ou naturalizado – a lei não pode impor qualquer diferenciação de direitos ou deveres sejam eles básicos ou mais elaborados.

4. REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional/ Uadi Lammêgo Bulos. – 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017;

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional/ Alexandre de Moraes. – 33 ed. rev. e atual. até EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Doc. Digital disponível versão *e-book* – São Paulo: Atlas, 2017;

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. – 25 ed. rev. e atual. nos termos da EC nº 48, de 10 de agosto de 2005 – São Paulo: Malheiros, 2006.

O TRABALHO NO ÂMBITO RELIGIOSO: VOLUNTARIADO OU VÍNCULO EMPREGATÍCIO

THOMAZ DANIEL DE OLIVEIRA:

Escrevendo no conteúdo jurídico desde:
09/07/2019

LAYLA ANDRESSA MATOS DE LARA^[1]

(coautora)

INTRODUÇÃO

A atividade religiosa, como se sabe, precede a própria organização estatutária de igrejas e entidades religiosas. Antes de tudo, é preciso a participação social para a prática destas atividades. Portanto, não é novidade que pessoas praticantes de determinada fé busquem contribuir de alguma forma para a realização de cultos, estruturação de templos, organização de eventos, enfim, tudo aquilo que possa contribuir para o fortalecimento e expansão de sua fé. Contudo, verifica-se que há duas circunstâncias em relação ao trabalho voluntário que costumam freqüentar as pautas do judiciário trabalhista, uma delas é a contratação de pessoas para realização de serviços mediante pagamento e com habitualidade mascaradas pela roupagem voluntariosa do laboro e a outra, ao contrário denota a busca da configuração do vínculo trabalhista quando na realidade o que se prestou foi trabalho voluntário a título não oneroso e sem habitualidade. Buscando entender como o Direito se comporta diante de tais situações, como o judiciário tem interpretado a matéria, o presente trabalho buscará analisar a legislação vigente e fará ainda breve análise sobre a jurisprudência acerca do tema.

Ao final, espera-se que o presente trabalho possa contribuir, trazendo maior clareza sobre o assunto, contribuindo ainda para o melhor entendimento das partes acerca da formalização do trabalho voluntário no âmbito religioso.

1. CONCEITO DE TRABALHO VOLUNTÁRIO

Sobre o trabalho voluntário, a Lei 9.608/98 em seu artigo 1º, caput, prescreve: "Considera-se serviço voluntário para fins desta Lei, a atividade não remunerada...".

Segundo FERNANDO JOSÉ LONGO FILHO, Procurador do Distrito Federal, a atividade prestada a título de trabalho voluntário não gera, a obrigação da contraprestação de caráter salarial ou remuneratório. Para ele "Aquele que coloca a sua energia pessoal à disposição em uma relação voluntária não adquire vantagem patrimonial, beneficiando-se exclusivamente no aspecto existencial".

O diploma legal relacionou alguns elementos que compõem a relação de trabalho voluntário e seus requisitos.

Podem-se extrair da “Lei de Serviço Voluntário” e de uma interpretação teleológica da lei os seguintes elementos da relação jurídica voluntária: gratuidade, coordenação, atividade prestada por pessoa física à entidade que tenha objetivos cívicos, culturais, educacionais, científicos, recreativos ou de assistência social e atividade prestada à instituição pública de qualquer natureza ou a instituição privada sem fins lucrativos.

1.1 TERMO DE ADESÃO

Para que não seja consolidado o vínculo empregatício, o legislador tornou obrigatório a assinatura de um termo de adesão, documento escrito onde deverão constar expressamente o objeto do trabalho e as condições de seu exercício (art. 2º).

Segundo Eduardo Gabriel Saad,⁴ o termo de adesão é da substância do ato, tratando-se de solenidade essencial, sem a qual o ato não se perfaz.

Reitera esta posição José Affonso Dallegrave Neto, afirmando que o termo de adesão é uma formalidade prescrita em lei, que deve ser observada, sob pena de nulidade, conforme o artigo 145, III, do antigo Código Civil, atual artigo 166, IV, do novo CC.

Dallegrave salienta, contudo, que a nulidade do ato, por ausência de termo de adesão, não é suficiente para a conversão em uma relação de emprego, pois se deve avaliar a presença dos elementos da relação de emprego, verificar a intenção de contratar e se a parte agiu de boa-fé.

O "termo de adesão" constitui-se em prova documental da não formalização do vínculo de emprego entre o voluntário e a organização.

O simples acordo tácito ou verbal não produzirá efeitos jurídicos, prevalecendo a relação de emprego.

Sistematizando, percebe-se, então que, são tidas como características do serviço voluntário:

a) Trabalho não remunerado;

b) Trabalho prestado por pessoa física à entidade pública de qualquer natureza ou instituição privada sem fins lucrativos;

c) Existência de termo escrito de adesão, onde conste o objeto e as condições do trabalho a ser realizado.

1.2 RESSARCIMENTO DE DESPESAS AO TRABALHADOR VOLUNTÁRIO

FERNANDO JOSÉ LONGO FILHO, lembra que um ponto importante da Lei no 9.608/98 diz respeito à possibilidade do trabalhador voluntário ser ressarcido pela entidade das despesas comprovadamente efetuadas para o desempenho das atividades voluntárias, desde que haja a devida autorização (art. 3º e seu parágrafo único).

Não fazendo a Lei qualquer menção sobre a forma desta autorização, deve prevalecer o melhor entendimento de que esta pode ser prévia ou posterior à realização das despesas.

Assim, o voluntário poderá receber a importância gasta em função das despesas de transporte e alimentação, sem que com isso fique caracterizada a remuneração, um dos elementos configuradores da relação de emprego, como visto cima.

No entanto, há que se ter o devido cuidado. O valor do ressarcimento de despesas deve, por óbvio, ser proporcional a eventuais despesas de alimentação, transporte e outras de mesma natureza.

Se a quantia a ser reembolsada ultrapassar tais parâmetros pode ser entendida como remuneração e, portanto, ensejar reclamações trabalhistas.

Neste sentido, é extremamente recomendável que a discriminação de tais despesas sejam documentadas em relatório detalhado.

1.3 A GRATUIDADE DO SERVIÇO VOLUNTÁRIO

Explicitando a gratuidade do serviço voluntário, o parágrafo único do artigo 1º dispõe do seguinte modo: "O serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim". Enquanto a relação de emprego é marcada pela onerosidade, a relação voluntária tem como traço característico a gratuidade, ao menos sob o ângulo do tomador do serviço. Vale dizer: tratando-se de prestador de serviço voluntário com idade de dezesseis a vinte e quatro anos e integrante de família com renda mensal per capita de até meio salário mínimo, a União é autorizada a conceder auxílio financeiro, nos termos do artigo 3º-A.

1.4 DIFERENÇA ENTRE CONTRATO DE TRABALHO E TERMO DE ADESÃO

O contrato de trabalho, aquele que cria uma relação de emprego, obrigatoriamente deve conter os elementos dos artigos 2º e 3º da CLT, a saber: subordinação, onerosidade, pessoalidade e não eventualidade; elementos, esses que não são observados no Termo de Adesão de Trabalho Voluntário.

O quadro abaixo sintetiza as principais diferenças entre Contrato de Trabalho e Termo de Adesão:

Contrato de Trabalho	Termo de Adesão ao Serviço Voluntário
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Empregado: Presta Serviços Mediante Salário 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Presta: Voluntário presta serviços não remunerados
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Empregador: Admite, Assalaria e Dirige a prestação pessoal 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Não há vínculo Empregatício
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Tomador de Serviço: Que não tenha fins lucrativos, que presta assistência social 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Presta: Voluntário presta serviços não remunerados

O quadro reafirma o que já foi demonstrado, a saber, que o Termo de Adesão difere em tudo do contrato de Trabalho, pois embora seja exigido na ocasião da prestação de serviços, não impõe aos voluntário os requisitos existentes na relação empregatícia, ou seja habitualidade, onerosidade, entre outros peculiares ao contrato de Trabalho.

O que, é bom frisar, é que no Termo de Adesão ao Serviço Voluntário há a possibilidade de ressarcimento das despesas que o prestador de serviço comprovadamente desembolsar, desde que com autorização expressa da Entidade Tomadora do Serviço.

2. O TRABALHO VOLUNTÁRIO NO ÂMBITO RELIGIOSO

No caso das atividades religiosas, o legislador tomou o cuidado de se posicionar com tratamento diferenciado, de modo a preconizar que os membros de Instituições e Ordens Religiosas, sejam compreendidos como como contribuintes individuais à Previdência Social, conforme dispositivo 9º, V, "c", do Decreto nº 3.048/99 (Previdência Social), e considerados autônomos de acordo com a Lei 6.696/79.

A jurisprudência e a doutrina atual vêm entendendo que labor de caráter religioso não se constitui em vínculo de emprego, uma vez que o ofício do religioso é prestar auxílio espiritual e assistir a comunidade nos seus anseios, além de divulgar a fé que acredita.

Desta forma, entende-se que ao ingressar em entidades religiosas o indivíduo abre mão das questões materiais, já que busca se dedicar ao cotidiano religioso, onde as atividades reconhecidamente estão ligadas à: “Pobreza, obediência e castidade”.

O ilustre Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Ives Granda Martins Filho, assevera: “as pessoas que se dedicam às atividades de natureza espiritual a fazem com o sentido de missão, atendendo a um chamado divino e nunca por uma remuneração terrena”.

Assim, os tribunais vêm negando os vínculos suscitados e declarando não encontrarem nenhum indício ou possibilidade de relação de emprego entre os “religiosos” e suas respectivas entidades.

Nesse sentido a jurisprudência demonstra:

“PASTOR EVANGÉLICO. RELAÇÃO DE EMPREGO. Inexiste vínculo de emprego entre o ministro de culto protestante – pastor – e a igreja, pois o mesmo como órgão se confunde com a própria igreja.” (RO. 14322 – TRT 1º Região – 4º Turma – Relator Juiz Raymundo Soares de Matos – Publicado no DORJ 08/10/02)

“RELAÇÃO DE EMPREGO –PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELIGIOSOS – INEXISTÊNCIA. Não gera vínculo de emprego entre as partes a prestação de serviços na qualidade de pastor, sem qualquer interesse econômico. Nesta hipótese, a entrega de valores mensais não constitui salário, mas mera ajuda de custo para a subsistência do religioso e de sua família, de modo a possibilitar maior dedicação ao seu ofício de difusão e fortalecimento da fé que professa. Recurso Ordinário que se nega provimento.” (RO. 17973/98 – TRT 3º Região – 2º Turma – Relator Juiz Eduardo Augusto Lobato – Publicado no DJMG em 02/07/1999)

“VÍNCULO DE EMPREGO. ATIVIDADE RELIGIOSA. O exercício de atividade religiosa diretamente vinculada aos fins da Igreja não dá ensejo ao reconhecimento de vínculo de emprego, nos termos do artigo 3º da CLT. Recurso do reclamante a que se nega provimento.” (RO 01139-2004-101-04-00-5 – TRT 4ª Região – Relator Juiz João Alfredo B. A. De Miranda – Publicado no DORGS em 02/06/2006)

“PASTOR. TRABALHO VOLUNTÁRIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DEFINIDORES DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. O alegado desvirtuamento da finalidade da igreja e o enriquecimento de seus “líderes” com recursos advindos dos fiéis, embora constitua argumento relevante do ponto de vista da crítica social, não afasta a possibilidade de haver, no âmbito da congregação, a prestação de trabalho voluntário, motivado pela fé, voltado à caridade e desvinculado de pretensões financeiras. Assim, estando satisfatoriamente provada a ausência dos requisitos definidores do vínculo empregatício, deve ser afastada a tese da existência de relação de emprego com a entidade religiosa.” (RO 7024/2005 – TRT 12a Região – Relatora Juíza Gisele P. Alexandrino – Publicado no DJSC em 20-06-2005)

3. FRAUDE À LEI TRABALHISTA POR MEIO DE UM CONTRATO DE UM TERMO DE ADESÃO.

Pontes de Miranda tece os seguintes comentários acerca da fraude à lei: “a violação da lei cogente ainda pode ter importância nulificante quando se trate de fraude à lei, que se dá pelo uso de outra categoria jurídica, ou de outro disfarce, e se tenta alcançar o mesmo resultado jurídico que seria excluído pela regra jurídica cogente proibitiva”.

Fraude à lei é a utilização de uma norma com o escopo de violar o que está prescrito de modo cogente em outro estatuto normativo.

A celebração de um contrato de serviço voluntário pode ser um artifício para fraudar à lei trabalhista. O contrato de serviço voluntário pode ser um meio para ocultar uma relação de emprego.

Nesta hipótese, configurados os elementos da relação de emprego, o contrato de trabalho voluntário é nulo, sendo convertido em contrato de trabalho.

Entretanto, nem sempre é fácil verificar a existência de fraude, pois, em alguns casos, é extremamente complexo definir no plano fático qual a relação jurídica – se é de emprego ou de trabalho voluntário.

Torna-se imprescindível o uso de alguns critérios que empregados conjuntamente permitem definir a relação jurídica existente e, por consequência, se há fraude à lei trabalhista.

O princípio da primazia da realidade é um critério base. Analisando-se o caso em concreto, à luz do princípio da primazia da realidade – primazia dos fatos sobre os aspectos formais pode-se aferir a existência ou não de uma relação de emprego.

Outro critério relevante é o *animus contrahendi*, devendo ser compreendido como a intenção de contratar que se manifesta objetivamente por atitudes, sendo apreensível a partir das circunstâncias.

A intenção de contratar é subjetiva, porém se objetiva por atitudes que devem ser interpretadas de acordo com a situação.

A partir da hermenêutica do caso concreto, é possível desvelar a intenção de contratar as partes: se almejavam uma relação de emprego ou de trabalho voluntário.

O princípio da boa-fé/confiança é outro critério abalizador da fraude à lei trabalhista. O princípio da boa-fé visa resguardar o valor de segurança jurídica, mediante a proteção da confiança depositada pela parte em uma relação jurídica. O princípio da boa-fé/confiança tem como escopo proteger legítimas expectativas das partes contratantes.

Cabe ao operador jurídico analisar o caso concreto através do prisma do princípio da boa-fé, tendo como finalidade salvaguardar a legítima expectativa da parte contratante. Por exemplo, as partes contratantes que, em um contexto objetivo de boa-fé, estabelecem um vínculo de trabalho voluntário, não podem ter as suas expectativas frustradas por uma possível configuração de relação de emprego.

Reconhecer, nesta hipótese, uma relação empregatícia significa atingir os direitos protegidos pelo princípio da boa-fé de qualquer um dos contratantes, ou de ambas as partes.

Por último, cabe salientar que nenhum dos critérios deve ser utilizado isoladamente e unilateralmente. O operador jurídico deve valer-se de todos os critérios, aplicando-os de modo conjugado ao caso concreto, a fim de aferir a existência de fraude à lei trabalhista por meio de um contrato de trabalho voluntário.

4. CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NA ATIVIDADE RELIGIOSA

A profícua doutrinadora Alice Monteiro de Barros ensina que a entidade religiosa não pode ser totalmente imune ao fato de ser empregadora, pois se houver prestação de serviços por um indivíduo não pertencente à congregação, a vinculação do emprego não pode ser afastada, caso ocorra todas aquelas requisitos do art. 3º, CLT. [2]

Neste sentido também corrobora a eminente magistrada Vólia Bonfim Cassar:

“A igreja pode ser considerada por alguns como intocável, ou do “outro mundo”. Mas a realidade jurídica é algo deste mundo e regida pelas leis terrenas. A igreja é considerada pessoa jurídica de direito privado pelo Código Civil – art. 44, I, CC, logo, pode ser empregadora. Aliás, a CLT não distingue entre o empregador que explora atividade lucrativa daquele que tem finalidade beneficente ou sem finalidade econômica ou lucrativa – art. 2º, CLT.[3]

É neste sentido que encontramos decisões favoráveis a obreiros que prestam serviços não-beneficentes às entidades religiosas:

Recentemente um pastor evangélico de Salvador (BA) pleiteou a condição de empregado da Igreja Universal do Reino de Deus, perante a Justiça do Trabalho. O processo tramitou até chegar ao TST, sendo examinado pelo colendo ministro Ives Granda Martins Filho.

O ínclito Ministro discorreu acerca desse fato:

“Todas as atividades de natureza espiritual desenvolvidas pelos “religiosos”, tais como administração dos sacramentos (batismo, crisma, celebração de missa, atendimento de confissão, extrema-unção, ordenação sacerdotal ou celebração de matrimônio) ou pregação da Palavra Divina e divulgação da Fé (sermões, retiros, palestras, visitas pastorais, etc.), não podem ser consideradas serviços a serem retribuídos mediante uma contraprestação econômica, pois não há relação entre bens espirituais e materiais”.

E também ponderou:

“O reconhecimento do vínculo empregatício só é admissível quando há desvirtuamento da instituição, ou seja, quando a igreja estabelece o comércio de bens espirituais, mediante pagamento. Pode haver instituições que aparentam finalidades religiosas e, na verdade, dedicam-se a explorar o sentimento religioso do povo, com fins lucrativos. Apenas nessa situação é que se poderia enquadrar a igreja evangélica como empresa e o pastor como empregado”.

O Ministro encerrou suas sábias palavras lecionando-nos:

“Sob o ponto de vista jurídico a organização do trabalho divide-se em seis modalidades: assalariado, eventual, autônomo, temporário, avulso e voluntário. A última, o voluntário, é caracterizada pela prestação de serviços sem remuneração a

entidade pública ou particular sem fins lucrativos, mediante termo de adesão, que não resulta em vínculo de emprego”.

De toda forma, a relação de emprego evidencia-se sempre pela análise circunstancial da efetiva presença de todos os requisitos que lhe são próprios. Os fatos, a realidade, sobrepõem-se, sempre, às medidas formais adotadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após esta breve análise, conclui-se que a Lei no 9.608/98, inegavelmente, constitui um avanço ao respaldar juridicamente a prestação de serviço voluntário, regulamentando a prática do voluntariado e protegendo as entidades de reclamações na Justiça Trabalhista.

Por outro lado, ficou uma lacuna. Não foram criadas facilidades, nem incentivos ao cidadão para que ele tenha ainda mais motivos - além dos ligados à solidariedade, à nobreza da causa e à satisfação pessoal para se dedicar à atividade do serviço voluntário. O voluntariado no Brasil, segundo Priscila Erminia Riscado, pesquisadora em Ciência Política e professora da Universidade Federal Fluminense (UFF), ainda está muito ligado à ideia de caridade e, por isso, muito atrelado a grupos religiosos. Entretanto, é um movimento que já mostra um crescimento perceptível. “O envolvimento das pessoas ainda é bem pequeno, se comparado a outros países do mundo. Não acho que a prática seja propriamente desvalorizada por aqui, mas não há uma ‘cultura’ do voluntariado, o que dificulta a proliferação”, pondera.

Uma pesquisa do Datafolha realizada em dezembro de 2014 ouviu 2.024 pessoas em 135 municípios. Entre os motivos para não ser voluntário, “falta de tempo” foi o motivo alegado por 40% dos entrevistados. Outras razões apontadas foram: “nunca foram convidados” (29%), “nunca pensaram nessa possibilidade” (18%) e “não sabem onde obter informações sobre isso” (12%). Os jovens demonstraram que estão bastante distantes dessas iniciativas, visto que o levantamento apontou que oito em cada dez pessoas de 16 a 24 anos nunca realizaram nenhum tipo de serviço voluntário. A pesquisa do Datafolha apresentou ainda os seguintes resultados: 51% dos que já realizaram voluntariado são homens e 49% são mulheres. Cerca de metade dos voluntários possuem ensino superior completo e dois em cada cinco pertencem às classes econômicas A e B. Mais da metade dos que continuam realizando serviço voluntário têm entre 35 e 50 anos de idade.

No campo Religioso, onde está concentrada a maior parte do trabalho voluntário no Brasil, assim como vêm entendendo os juristas, fica claro que o voluntariado está ligado a questões espirituais que ultrapassam

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LEI Nº 9.608, DE 18 DE FEVEREIRO DE 1998 Dispõe sobre o serviço voluntário e dá outras providências.

LONGO FILHO, Fernando José - Trabalho Voluntário, disponível em: <http://coad.com.br/app/webroot/files/trab/html/doutrina/em457.htm>

PEREIRA, Roberto Victor - Considerações sobre o "trabalho" dos religiosos Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6060

BARBOSA, Maria Nazaré Lins e OLIVEIRA, Carolina Felipe de. Manual de ONGS – Guia Prático de Orientação Jurídica. Editora FGV, Rio de Janeiro, 2001.

REIS, Jair Teixeira dos. Trabalho Voluntário e Direitos Humanos. Monografia apresentada ao Curso de Aperfeiçoamento de Direitos Humanos e Direitos dos Cidadãos promovido pela PUC Minas. Disponível em: www.portaldovoluntario.org.br/biblioteca/p_voluntarios/monografia_trabalho_voluntario.pdf

BENÍCIO, João Carlos. Gestão Financeira para Organizações da Sociedade Civil. Global Editora (Coleção Gestão e Sustentabilidade), São Paulo, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 102.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 3. ed. – São Paulo: Ltr, 1997, pp. 115/120.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 13. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 314.

SAAD, Eduardo Gabriel. Temas Trabalhistas. LTr – Suplemento Trabalhista 42/98.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural. São Paulo: Ltr, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado de Direito Privado, vol. 4 p. 200, apud DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Contrato individual de trabalho: uma visão estrutural. São Paulo: Ltr, 1998, p. 97.

[1] advogada, Bacharel em Direito pela PUC PR, Especialista em Direito de Trabalho e Previdenciário pela UNOPAR;

ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA OBTENÇÃO DE ARMAS DE FOGO POR PARTICULARES E SEUS REFLEXOS NA PUNIÇÃO DOS CRIMES POR ELA ELECADOS

ELGLISTON DUARTE BARBOSA DOS SANTOS:

Graduando em Direito pela faculdade UNA de Contagem

RESUMO: O elo entre desarmamento e desenvolvimento foi invertido. Os dados analisados revelaram que, durante o período estudado, houve realmente uma diminuição na prevalência de armas de fogo. Todavia, apesar de o desarmamento ter produzido efeito significativo em reduzir crimes letais, não teve impacto significativo nos crimes contra a propriedade. Segundo o estudo, isso implica indiretamente que a possibilidade de uma potencial vítima estar armada não tem efeito dissuasor na perpetração do crime. O estudo concluiu que, aparentemente, com menos armas, há menos crimes, mas o verdadeiro sucesso dessa campanha de desarmamento pode não ser o que acreditam. A luta contra a violência, é claro, envolve desarmamento. Também faz parte de um grande movimento coletivo que visa restaurar a dignidade do povo e, assim, deixar menos espaço para a linguagem das armas de fogo.

Palavras-chave: Armas de fogo. Desarmamento. Crimes. Segurança. Estatuto.

ABSTRACT: The link between disarmament and development has been reversed. The analyzed data revealed that, during the studied period, there was a decrease in the prevalence of firearms. However, although disarmament had a significant effect in reducing lethal crimes, it had no significant impact on crimes against property. According to the study, this indirectly implies that the possibility of a potential victim being armed does not have a deterrent effect on the perpetration of the crime. The study concluded that, apparently, with fewer weapons, there are fewer crimes, but the real success of this disarmament campaign may not be what they believe. The fight against violence, of course, involves disarmament. It is also part of a large collective movement that aims to restore the dignity of the people and, thus, leave less space for the language of firearms.

Keywords: Firearms. Disarmament. Crimes. Safety. Statute.

1.INTRODUÇÃO

A regulamentação quanto ao registro e posse de armas de fogo é condição necessária, mas insuficiente, para tornar os brasileiros mais seguros. Se faz essenciais verificações de antecedentes mais robustas, limitações para os usuários, restrições no transporte e melhorias no registro, apreensão e investigação do tráfico de

armas. Se no Brasil será reduzida de maneira sustentável a violência armada, também deve-se investir em recursos responsáveis para aplicação da lei e prevenção social e econômica em áreas onde o crime violento se concentra. Isso requer melhoria da gestão da polícia, treinamento, investigações, supervisão e alcance da comunidade.

O presente trabalho terá por objetivo verificar em que medida a disponibilidade de armas de fogo torna o crime mais letal, bem como elucidar comparações das taxas de mortalidade por armas de fogo associadas a crimes de agressão e propriedade e suas disparidades entre países como o Brasil e os EUA, e os da Europa. Como elucidado na doutrina, a aquisição de uma arma e a concessão do respectivo porte legal do armamento (resguardados todos os requisitos de aptidão e conformidades para habilitação) é um meio, um mecanismo para o exercício do direito de legítima defesa (MARX & AQUINO, 2013, p. 13). A preferência pelo uso de armas de fogo para resolver disputas pode aumentar drasticamente a ameaça de um resultado letal. Ao colocar em contraponto argumentos que defendem em confronto a que restringem a aquisição e utilização de arma de fogo por particulares, será analisado se tende a aumentar os riscos de suicídio, acidentes e assassinato por parceiro íntimo, bem como demais reflexos desencadeados nas esferas da sociedade.

Dentre os 193 países catalogados pela Organização das Nações Unidas (ONU), o Brasil se encontra entre as 20 nações com mais homicídios no mundo, registrando quase 64.000 em 2018 - setenta e dois por cento destes envolvendo armas de fogo, na medida em que o número de armas de fogo registradas anualmente no Brasil teve aumento considerável na última década. Com base em dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o Estatuto do Desarmamento contribuiu inicialmente para a redução das armas de fogo recém-registradas, que passaram de 22.622 em 2003 para 5.459 em 2004, enquanto em 2007, apenas 7.268 novos registros foram apontados. Entretanto, foram verificadas alterações nesse cenário nos últimos anos. Segundo a polícia federal, em 2015, 49.293 novas armas de fogo foram legalmente registradas, por sua vez, em 2017, os números caíram ligeiramente para pouco mais de 42.000.

Este trabalho justifica-se a partir da afirmativa de que a regulamentação na obtenção e registro de armas de fogo é condição necessária para tornar os brasileiros mais seguros em seu direito. É essencial a intensificação na verificação de antecedentes, verifica-se, entretanto, que no Brasil não se reduziu de maneira sustentável sua violência armada e nem foi melhorada a sensação de segurança da população. Esses aspectos determinaram a escolha do tema, e justificam a produção deste trabalho.

Com base nos fundamentos expostos para delimitação do tema a ser pesquisado, a pesquisa se remete a buscar respostas que se inclinam a compreender e inserir qual o contexto histórico em que se encontram as alterações quanto à regulação da posse e do porte de armas no país. Desta forma, quais os efeitos decorrentes da flexibilização ou do enrijecimento das normas reguladoras pertinentes ao tema?

A Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 propiciou segurança subjetiva e objetiva, bem como consolidação do tema na segurança pública, no que tange a redução de homicídios, crimes violentos e proteção da propriedade privada, mais de 15 anos após sua promulgação?

2.METODOLOGIA

A pesquisa tem caráter qualitativo, na qual será realizada busca nos principais periódicos disponíveis no Brasil e no mundo, incisivamente em bases científicas e trabalhos publicados.

Os termos utilizados nas bases da pesquisa serão: Desarmamento, Regulamentação de armas, Segurança. Neste contexto de pesquisa prévia, foi definido o problema do trabalho, que se classifica como exploratória, onde se objetivou proporcionar ao seu final desta pesquisa uma base consolidada a fim de se construir uma estrutura argumentativa que vise atender aos objetivos propostos. Neste trabalho a pesquisa bibliográfica terá cunho de revisão bibliográfica ou de literatura.

3. RESULTADOS

A lei do Estatuto do Desarmamento, regula o registro, posse e venda de armas de fogo e munições; determina as responsabilidades do Sistema Nacional de Armas; e define diversos crimes que envolvem a posse não autorizada, transporte, comércio e tráfico internacional de armas de fogo (WAKIM; TEIXEIRA, 2019).

Nos termos do artigo 1º da Lei nº 10.826, o SINARM foi instituído pelo Ministério da Justiça e subordinado à Polícia Federal. Sua jurisdição se estende por todo o país.

O artigo 2 da Lei nº 10.826 de 2003 confere ao SINARM a autoridade de (BRASIL, 2003):

I. identificar as características e propriedades das armas de fogo no processo de registro;

II registrar todas as armas de fogo fabricadas, importadas e vendidas no país;

III registrar todas as autorizações de porte de armas de fogo e renovações emitidas pela Polícia Federal;

IV registrar transferências de propriedade, perda, roubo, roubo e outros eventos que possam alterar os dados de registro, incluindo aqueles resultantes do fechamento de empresas envolvidas em segurança privada e transporte de objetos de valor;

V. identificar modificações que alteram as características ou o desempenho de uma arma de fogo;

VI incorporar os registros policiais existentes no registro do SINARM;

VII registrar apreensões de armas de fogo, inclusive aquelas envolvendo procedimentos policiais e judiciais;

VIII registrar armeiros que operam no país e conceder licenças para realizar esse trabalho;

IX registrar produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições;

X. registrar a identificação do cano da pistola, juntamente com as características das impressões de fuzil e das micro luvas produzidas quando um projétil é disparado, de acordo com a marcação e os testes exigidos pelo fabricante;

XI. comunicar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal os registros e autorizações para portar armas de fogo em seus respectivos territórios, e manter os registros atualizados para consulta.

O disposto no artigo 2 da Lei não se aplica às armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, nem às armas de fogo já registradas nas autoridades competentes.

3.1 Registro e aquisição de arma de fogo

O registro de uma arma de fogo com a autoridade responsável é obrigatório. Armas de fogo restritas deve ser registrado no Comando do Exército de acordo com os regulamentos da Lei.

Para adquirir uma arma de fogo permitida uma pessoa deve, além de declarar a necessidade real de adquirir a arma de fogo, apresentar:

- I. prova de adequação, mediante a apresentação de registros que não indiquem atividades criminais anteriores fornecidas pelos tribunais federais, estaduais, militares e eleitorais e que não tenham sido objeto de investigação policial ou processo criminal, que pode ser fornecido por meio eletrônico;
- II - Prova documental de ocupação legal e local de residência;
- III - Evidência de capacidade técnica e psicológica para manuseio de armas de fogo, atestada da maneira prevista no regulamento da Lei nº 10.826.

Preenchidos os requisitos pelo interessado em adquirir uma arma de fogo, o SINARM emitirá uma autorização intransferível para comprar uma arma de fogo em nome do requerente e para a arma indicada no pedido. Só podem ser adquiridas munições correspondentes ao calibre da arma registrada, e na quantidade estabelecida nos regulamentos da lei. É obrigatório que a empresa que vende armas de fogo relata a venda à autoridade responsável e mantenha um banco de dados contendo todas as características da arma que está sendo vendida, juntamente com cópias dos documentos mencionados no artigo 4 da Lei (JÚNIOR; ARAÚJO; SILVA, 2017).

Uma empresa que vende armas de fogo, acessórios e munição é legalmente responsável por eles, e eles devem ser registrados como propriedade da empresa até serem vendidos. O comércio de armas de fogo, acessórios e munições entre indivíduos só é permitido mediante autorização do SINARM. A autorização a que se refere o artigo 4 (§1) da Lei deve ser concedida ou negada, com os motivos justificativos, no prazo de trinta dias úteis a contar da data da solicitação do requerente (WAKIM; TEIXEIRA, 2019).

O certificado de registro de uma arma de fogo (CRAF), válido em todo o território nacional, autoriza seu proprietário a manter a arma exclusivamente dentro

de sua residência ou domicílio ou local de trabalho, desde que seja o proprietário ou responsável legal do estabelecimento ou empresa. O certificado de registro de armas de fogo deve ser emitido pela Polícia Federal e precedida de uma autorização emitida pelo SINARM. Um certificado de registro de arma de fogo deve ser renovado a cada três anos, sendo a renovação condicionada ao cumprimento dos requisitos enumerados nas seções I, II e III do artigo 4 da Lei.

3.2 O porte de armas de fogo

É proibido o porte de armas de fogo em todo o território nacional, exceto nos casos previstos em legislação específica e em relação a (BRASIL, 2003):

I. membros das Forças Armadas;

II membros dos órgãos listados no início do artigo 144 da Constituição Federal;

III membros da guarda municipal das capitais dos estados e municípios com mais de 500.000 habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento da Lei nº 10.826;

IV membros da guarda municipal de municípios com mais de 50.000 e menos de 500.000 pessoas em serviço;

V. agentes da Agência Brasileira de Inteligência e agentes do Departamento de Segurança Interna do Departamento de Segurança Institucional da Presidência;

VI membros dos órgãos de aplicação da lei referidos nos artigos 51 (IV) e 52 (XIII) da Constituição Federal;

VII membros do pessoal permanente de oficiais e guardas prisionais, guardas escolares e guardas portuários;

VIII empresas envolvidas em segurança privada e transporte de objetos de valor, conforme estabelecido na Lei nº 10.826;

IX membros de órgãos esportivos legalmente constituídos, cujos esportes exijam o uso de armas de fogo, de acordo com

o regulamento da Lei nº 10.826, observando, quando aplicável, as leis ambientais;

As pessoas mencionadas nos itens I, II, III, V e VI do artigo 6º da Lei nº 10.826 têm o direito de portar armas de fogo, sejam de propriedade privada ou fornecida por sua corporação ou instituição, mesmo fora de serviço, de acordo com o regulamento da Lei nº 10.826. A autorização é válida em todo o país para as pessoas listadas nos itens I, II, V e VI do referido título (BRASIL, 2003).

Residentes em áreas rurais com 25 anos de idade e que comprovem que dependem do uso de armas de fogo para fornecer subsistência alimentar a suas famílias podem ser autorizados pela Polícia Federal a portar uma arma de fogo de calibre permitido. A autorização é emitida na categoria de caçador de subsistência para uma arma de fogo de tiro único de uso permitido, com um ou dois canos, um cano de alma lis e calibre igual ou inferior a dezesseis (JÚNIOR; ARAÚJO; SILVA, 2017).

A um caçador de subsistência que fizer outro uso da arma de fogo, independentemente de outras violações criminais, será imputado, conforme o caso, posse ilegal de uma arma de fogo ou disparo ilegal de uma arma de fogo de calibre permitido.

Em casos excepcionais, mediante autorização do SINARM, a Polícia Federal pode conceder uma autorização temporária e territorialmente limitada para portar arma de fogo de calibre permitido, desde que o requerente demonstre ser necessário para o exercício efetivo de uma atividade profissional que envolva risco ou ameaça à sua integridade física. A autorização para portar uma arma de fogo prevista no artigo 6 da Lei é automaticamente revogada se a pessoa autorizada for detida embriagada ou sob a influência de substâncias químicas ou alucinógenas.

3.3 Criminalização

Possuir ou portar armas de fogo, acessórios ou munições permitidas em violação da lei ou do regulamento, dentro de sua residência ou de uma parte adjacente a ela, ou em seu local de trabalho, quando for o proprietário ou o um responsável pela empresa, é considerado crime e punível com prisão de um a três anos e multa (JÚNIOR; ARAÚJO; SILVA, 2017).

A falha do proprietário ou possuidor de uma arma de fogo em observar as precauções necessárias para impedir que uma pessoa com menos de dezoito anos de idade ou com deficiência mental de se apossar da arma é punível com detenção de um a dois anos e multa. As mesmas penalidades são aplicáveis ao proprietário ou diretor de uma empresa envolvida em segurança e transporte particulares de objetos

de valor que não registram um boletim de ocorrência e notificam a Polícia Federal sobre extravio, roubo ou perda de armas de fogo, acessórios ou munição que estão sob custódia da empresa, nas primeiras 24 horas após o fato.

É punível o porte, posse, aquisição, fornecimento, recebimento, manutenção em depósito, transporte, doação, empréstimo, envio, custódia ou ocultação de armas de fogo, acessórios ou munições permitidas sem autorização e em violação de uma lei ou regulamento com prisão de dois a quatro anos e multa. Não é permitida a liberação da fiança por tal ofensa, exceto se a arma de fogo estiver registrada em nome da pessoa infratora (WAKIM; TEIXEIRA, 2019).

Quem atirar com uma arma de fogo ou disparar munição em um local habitado ou nas proximidades, na rua ou em direção à rua sem intenção de cometer outro crime também está sujeito a prisão por dois a quatro anos e multa. Não é permitido o pagamento de fiança por tal delito.

Possuir, transportar, manter, adquirir, fornecer, receber, manter em depósito, transportar, doar, emprestar, enviar, manter a custódia ou ocultar armas de fogo, acessórios ou munições proibidos ou restritos, sem autorização e em violação de uma lei ou regulamento, é punível com pena de prisão de três a seis anos e multa.

3.4 Armas de fogo de calibre restrito e permitido

Define-se armas de fogo, munições e equipamentos restritos e permitidos. Nos termos da portaria nº 1.222, de 12 de agosto de 2019, os seguintes itens estão sujeitos a uso restrito:

TABELA 1 – CALIBRES NOMINAIS DE ARMAS E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO

Calibre Nominal	Energia (Joules)	Classificação(2)
41 Remington Magnum	1657,91	Restrito
44 Remington Magnum	1849,35	Restrito
454 Casull	3130,41	Restrito
460 S&W Magnum	3883,88	Restrito
457 Linebaugh	2359,85	Restrito
480 Ruger	1986,47	Restrito
50 Action Express	1917,38	Restrito
500 S&W Magnum	3900,98	Restrito
500 Special	1991,78	Restrito

6mm Remington	3140,32	Restrito
6.5 Creedmoor	3356,24	Restrito
6.5 Grendel	2464,41	Restrito
6.5 x 55 Swedish	3152,18	Restrito
6.8mm Remington SPC	2636,84	Restrito
7mm Mauser (7x57)	3327,22	Restrito
7mm Remington Magnum	4365,04	Restrito
7mm Remington Short Action Ultra Magnum	4324,95	Restrito
7mm Remington Ultra Magnum	4961,65	Restrito
7mm Shooting Times Westerner	5086,92	Restrito
7mm Weatherby Magnum	4248,57	Restrito
7mm Winchester Short Magnum	4623,38	Restrito
7mm-08 Remington	3715,49	Restrito
7 x 64 Brenneke	3667,25	Restrito
7-30 Waters	2633,16	Restrito
7.62 x 39	2044,60	Restrito
8mm Mauser (8x57)	2801,88	Restrito
8mm Remington Magnum	5247,44	Restrito
9.3 x 62	4794,67	Restrito
204 Ruger	1715,78	Restrito
22-250 Remington	2340,59	Restrito
220 Swift	2340,59	Restrito
222 Remington	1717,63	Restrito
222 Remington Magnum	1711,17	Restrito
223 Remington	1959,07	Restrito
223 Winchester Super Short Magnum	2496,62	Restrito
225 Winchester	2074,61	Restrito
243 Winchester	2893,31	Restrito
243 Winchester Super Short Magnum	3020,36	Restrito
25 Winchester Super Short Magnum	3241,22	Restrito
25-06 Remington	3384,37	Restrito

25-35 Winchester	1720,04	Restrito
250 Savage	2372,58	Restrito
257 Roberts	2598,42	Restrito
257 Weatherby Magnum	4017,36	Restrito
26 Nosler	4488,65	Restrito
260 Remington	3129,17	Restrito
264 Winchester Magnum	3830,64	Restrito
27 Nosler	4623,38	Restrito
270 Weatherby Magnum	4681,35	Restrito
270 Winchester	4063,52	Restrito
270 Winchester Short Magnum	4480,03	Restrito
28 Nosler	4938,30	Restrito
280 AckleyImproved	4478,49	Restrito
280 Remington	4020,74	Restrito
284 Winchester	3674,33	Restrito
30 Nosler	5500,87	Restrito
30 Remington AR	2897,37	Restrito
30 Thompson Center	4022,98	Restrito
30-06 Springfield	4514,68	Restrito
30-30 Winchester	2727,99	Restrito

FONTE: PORTARIA Nº 1.222, DE 12 DE AGOSTO DE 2019

O mesmo dispositivo normativo define armas de fogo, munições e equipamentos permitidos quais sejam:

TABELA 2 - CALIBRES NOMINAIS DE ARMAS E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO

Calibre Nominal	Energia (Joules)	Classificação(2)
9x19mm PARABELLUM	629,81	Permitido
9x18 Makarov	285,95	Permitido
9x23 Winchester	795,60	Permitido
10mm Automatic	927,55	Permitido
221 RemingtonFireball	955,74	Permitido
25 Automatic	87,78	Permitido

25 North American Arms	151,70	Permitido
30 Luger (7.65mm)	396,41	Permitido
32 Automatic	195,65	Permitido
32 H&R Magnum	320,94	Permitido
32 North American Arms	268,81	Permitido
32 Short Colt	117,99	Permitido
32 Smith &Wesson	129,79	Permitido
32 Smith &WessonLong	177,17	Permitido
327 Federal Magnum	815,61	Permitido
356 TSW	680,34	Permitido
357 Magnum	1322,76	Permitido
357 Sig	685,72	Permitido
38 Automatic	419,17	Permitido
38 Smith &Wesson	202,51	Permitido
38 Special	437,88	Permitido
38 SuperAutomatic +P	569,23	Permitido
380 Automatic	280,26	Permitido
40 Smith &Wesson	666,25	Permitido
400 Cor-Bom	854,35	Permitido
44 S&W Special	632,48	Permitido
45 Automatic	590,48	Permitido
45 Auto Rim	471,20	Permitido
45 Colt	755,15	Permitido
45 Glock AutomaticPistol	661,60	Permitido
45 Winchester Magnum	1318,42	Permitido
6 x 45mm	1505,01	Permitido
17 Hornet	791,07	Permitido
17 Remington	1204,00	Permitido
17 RemingtonFireball	1115,40	Permitido
218 Bee	1028,16	Permitido
22 Hornet	973,61	Permitido

221 RemingtonFireball	1332,02	Permitido
25-20 Winchester	540,51	Permitido
30 Carbine	1278,46	Permitido
32-20 Winchester	433,44	Permitido
38-40 Winchester	716,53	Permitido
38-55 Winchester	1297,16	Permitido
44-40 Winchester	831,14	Permitido
17 Mach 2	206,73	Permitido
17 Hornady Magnum Rimfire	332,46	Permitido
17 Winchester Super Magnum	541,80	Permitido
22 Short	101,82	Permitido
22 Long	128,86	Permitido
22 Long Rifle	247,93	Permitido
22 Winchester Rimfire	228,91	Permitido
22 Winchester Magnum (Rimfire)	440,64	Permitido

FONTE: PORTARIA Nº 1.222, DE 12 DE AGOSTO DE 2019

A lei ainda elucida que é proibido fabricar, vender, comercializar e importar brinquedos, réplicas e armas de fogo de imitação que possam ser confundidas com armas de fogo reais. Exceções à proibição se aplicam à aquisição de réplicas e imitações destinadas a instrução, treinamento ou coleta por usuários autorizados, nas condições estabelecidas pelo Comando do Exército.

É proibido a pessoas menores de 25 anos adquirir armas de fogo, exceto membros das entidades listadas nos itens I, II, III, V, VI, VII e X do artigo 6º da Lei nº 10.826.

Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente podem, a qualquer momento, entregá-los à Polícia Federal, em troca de um recebimento e indenização, de acordo com os regulamentos da Lei.

No que diz respeito à posse irregular de armas de fogo, os possuidores e proprietários dessas armas de fogo podem entregá-las voluntariamente em troca de um recibo e, assumindo boa-fé, serão compensadas da maneira estabelecida nos regulamentos da Lei e afastadas da punição.

3.5 Do desarmamento

Para incentivar ainda mais o desarmamento da população, o governo promoveu campanhas de desarmamento sob a autoridade, que incumbe ao Ministério da Justiça a responsabilidade de estabelecer os procedimentos necessários para a realização de campanhas de desarmamento e designar a Polícia Federal como órgão responsável pela regularização de armas de fogo (WAKIM; TEIXEIRA, 2019).

Para esse efeito, o governo também mantém um site que explica a Campanha Nacional de Desarmamento. De acordo com o site, a Campanha Nacional de Desarmamento busca mobilizar a sociedade brasileira para retirar da circulação o maior número possível de armas de fogo. A entrega voluntária de armas pelos cidadãos está prevista no Estatuto do Desarmamento e pode ser realizada em mais de 2.000 pontos de coleta em todo o Brasil. Além da coleta de armas de fogo, a campanha visa aumentar a conscientização sobre os riscos de ter uma arma de fogo. Através do slogan "Proteja sua família. Desarme-se.", a campanha faz um apelo emocional, com declarações baseadas em casos reais de pais que perderam seus filhos em acidentes ou brigas; situações comuns que, com uma arma, podem se tornar fatais (JÚNIOR; ARAÚJO; SILVA, 2017).

Estudos como o Mapa da Violência, divulgado em fevereiro de 2012 pelo Ministério da Justiça, mostram uma diminuição da violência e uma queda nas taxas de homicídios durante o período das campanhas anteriores. Portanto, a medida provou ser eficaz e cumpre a determinação do Estatuto do Desarmamento.

3.6 Estudo sobre o impacto do Estatuto do Desarmamento

Em março de 2012 o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA) publicou um estudo, *Menos Armas, Menos Crimes*, sobre a relação entre armas de fogo e criminalidade (WAKIM; TEIXEIRA, 2019).

O estudo começa observando que, após um aumento na ocorrência de crimes violentos nos Estados Unidos na segunda metade da década de 1980, o debate sobre o papel das armas de fogo se intensificou. Muitos artigos foram publicados afirmando que mais armas de fogo resultam em mais crimes. Outros argumentam que mais armas de fogo levam a menos crimes. Apesar da abundância de artigos acerca do certame, por várias razões, inclusive metodologia, ainda não foi promovido um consenso sobre o efeito das armas de fogo em relação ao aumento da criminalidade (JÚNIOR; ARAÚJO; SILVA, 2017).

A análise desenvolvida no estudo do IPEA utiliza informações de todos os 645 municípios do estado de São Paulo entre 2001 e 2007, período em que houve uma redução de 60,1% no número de homicídios nessas cidades, tornando o estado de

São Paulo (ao lado de Nova York e Bogotá) um dos exemplos internacionais mais bem-sucedidos de cidades mostrando uma diminuição no crime violento por um período relativamente curto.

Uma oportunidade para identificar o efeito causal desejado das armas de fogo no crime surgiu quando o Estatuto do Desarmamento foi promulgado em 2003, que restringiu substancialmente a capacidade de um cidadão ter acesso a armas de fogo, aumentou o custo de aquisição e registro de uma arma de fogo e aumentou substancialmente a custo esperado para um indivíduo viajar em vias públicas portando uma arma de fogo em uma situação irregular.

Com base no método desenvolvido no estudo, duas hipóteses foram testadas. A primeira foi se a disponibilidade de armas aumenta os crimes violentos; e a segunda, se a disponibilidade de armas reduz o crime contra a propriedade. Para tanto, foram utilizados dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade do Ministério da Saúde e da Secretaria Estadual de Segurança Pública do Estado de São Paulo. Os seguintes incidentes foram analisados: homicídio intencional, a morte por agressão, morte por arma de fogo, assalto agravado, roubo (latrocínio), roubo de carros, e crimes envolvendo drogas ilícitas (WAKIM; TEIXEIRA, 2019).

4. CONCLUSÃO

O terrorismo global pode ter matado mais de 3.300 vidas em todo o mundo no primeiro semestre de 2015; O Brasil superou a contagem de corpos em apenas três semanas. Nenhum país registrou mais assassinatos naquele ano: cerca de 60.000. Os estudiosos consideram que, graças aos controles escritos no estatuto de desarmamento de 2003, o Brasil evitou 135.000 homicídios até 2007.

No entanto a implementação parcial do estatuto está associada a reduções convincentes da violência armada. Segundo o Mapa da Violência e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), dois institutos de pesquisa no Brasil, o estatuto contribuiu para um acentuado declínio nos homicídios por armas de fogo. Os pesquisadores afirmam que ele pode ter salvado até 160.000 vidas entre 2004 e 2012. Por outro lado, a expansão da disponibilidade e porte de armas provavelmente aumentaria a violência e a vitimização homicidas.

Portanto, com base nos dados e diplomas legais apresentados, pode-se inferir que, em que pese a lei buscar regulamentar de forma efetiva a obtenção de armas de fogo por particulares, o reflexo que se tem não atrela o resultado útil pretendido pelo ordenamento jurídico à segurança subjetiva, tão pouco objetiva da sociedade, isto é, uma população que possui material bélico disponível não se apresenta como uma sociedade efetivamente segura em sua plenitude.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Márcio Santos; BEHR, Guilherme Antônio. Desarmamento no Brasil: Lei 9.437/97 x Lei 10.826/03. **Revista Brasileira de Criminalística**, v. 4, n. 1, p. 12-18, 2015.

ALMEIDA, Lucas Bueno de; NERES, Wesley Fábio da Silva. **A fragilidade e ineficácia do estatuto do desarmamento frente ao combate de armas de fogo ilegais no estado de Goiás**. 2018.

ASCARI, Israel Schepers et al. Estatuto do desarmamento: uma análise sobre a (in) segurança do cidadão desarmado. **Constituição & Justiça: Estudos e Reflexões**, v. 1, n. 1, 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm. Acesso em: 05 de out. de 2019.

DE OLIVEIRA, Leneker Breno Campos Ayres; DAS NEVES, Alex Jorge; VIEIRA, Andréa Dos Santos. **A ineficácia do estatuto de desarmamento e o cerceamento do direito de autodefesa**. 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Atlas da Violência – 2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em: 05 de out. de 2019.

JÚNIOR, Alessandro Alves Pamplona; ARAÚJO, Ana Caroline Borges; SILVA, Ilidia Aparecida Orientadora. **A efetividade do estatuto do desarmamento ao combate da criminalidade**. 2017.

KUSUKI, Thiago Samuel de Oliveira; NUNES, James Plínio das Graças Nunes. **Estatuto do desarmamento no Brasil prós e contras e sua revogação**. 2019.

MARCÃO, Renato Flávio. **Estatuto do desarmamento**. Editora Saraiva, 2017.

MARX, Marcelo Fabiano; AQUINO, Quelen Brondani de. A ineficácia do estatuto do desarmamento frente ao princípio da legítima defesa do cidadão. Acesso em: 04 set 2019.

MONTEIRO, MAYCON EFRAIM MENDES. **Estatuto do desarmamento**: Aspectos penais e análise de sua eficácia. 2019.

NEVES, Luís Leonel Alves de Medeiros et al. Estatuto do desarmamento: O Problema da Eficácia no Estado da Bahia. 2019.

OLIVEIRA, Raialy Sousa; PANATIERI, Cristiane Bianco. **Análise de dados de homicídios no brasil por arma de fogo após a elaboração do estatuto do desarmamento**. 2019.

SOARES, Emerson de Mello. **A (re) discussão sobre o estatuto do desarmamento: uma abordagem crítica frente as tendências armamentistas**. 2019.

WAKIM, Vasconcelos Reis; TEIXEIRA, Evandro Camargos. Estatuto do desarmamento no brasil: uma análise sob a ótica da eficiência. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, n. 3, p. 83-106, 2019.

SINTETIZANDO O PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL E SUA COMPLEXIDADE FUNCIONAL: O ESCOPO DA TUTELA COLETIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

FILIFE EWERTON RIBEIRO TELES: Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Cariri - URCA (CE). Pós Graduando em Direito Penal e Criminologia - URCA.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo explorar as particularidades do Direito Ambiental, regimento jurídico de classificação e o regramento no âmbito do processo coletivo ambiental. Enumera alguns dos mais relevantes temas do processo coletivo e aborda a conveniência da apropriação das regras processuais juntamente com o fito de se alcançarem decisões consentâneas com a essencialidade do direito material e processual ao meio ambiente. Trata da classificação, particularidades da prova no processo coletivo ambiental, bem como da atuação do Ministério Público em procedimentos investigatórios de natureza ambiental. Por último, aborda o contexto atual e a busca da eficácia dos processos coletivos que versam sobre a proteção e sustentabilidade ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ambiental; processo coletivo ambiental; Ministério Público; proteção e sustentabilidade ambiental.

ABSTRACT: The present article has since aim explores the peculiarities of the Environmental Right, legal regiment of classification and the regramento in the context of the environmental collective process. Enumerate some of the most relevant subjects of the collective process and it boards the convenience of the appropriation of the processual rules together with the aim of decisions are reached consentâneas with the essencialidade of the material and processual right to the environment. It treats the classification, peculiarities of the proof in the environmental collective process, as well as the acting of the Public prosecution service in proceedings investigatórios of environmental nature. For last, it boards the current context and the search of the efficiency of the collective processes that are about the environmental protection.

KEY WORDS: Environmental right; environmental collective process; Public prosecution service; protection and sustentabilidade environmental.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Concepções fundamentais sobre direito e processo coletivo e a questão ambiental; 3. O Direito Ambiental Constitucional; 4. A imprescindibilidade do processo coletivo ambiental e os direitos transindividuais no sistema judicial pátrio; 5. A importância dos procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A compreensão da premência de mecanismos e ferramentas de “direito e processo coletivo” passa, necessariamente, pela percepção de alguns dos desafios e necessidades contemporâneos do exercício jurisdicional. A formalidade desse escopo dialoga com a construção das figuras da tutela coletiva para entendimento necessário do lugar e dever em que se insere o fenômeno ambiental, para alcançar corretamente os institutos, retirando deles sua real extensão e seu legítimo *locus*. Ao longo do presente artigo, assim, pretendemos explorar as modificações pelas quais a leitura teleológica do direito processual coletivo em matéria ambiental, vem passando, matéria que deve ser pano de fundo de toda a análise bibliográfica, conferindo-lhe enquadramento teórico e adequação de sentido.

2 CONCEPÇÕES FUNDAMENTAIS SOBRE DIREITO E PROCESSO COLETIVO E A QUESTÃO AMBIENTAL

Apriosticamente, medidas que demonstram cuidado com a preservação dos recursos naturais existem a começar de longa data, mormente no Brasil. Mesmo quando não havia alusão específica em nossa legislação aos interesses coletivos, existiam diplomas legislativos que os tutelavam. Historicamente, sob a doutrina da “common law”, os tribunais de equidade (Courts of Chancery) admitiam, no padrão inglês, o “bill of peace”, paradigma este diferenciado do habitual, pois neste padrão, todos os interessados poderiam participar do mesmo processo, e, conseqüentemente, teriam um mandatário para representar em seus nomes.

Segundo Grinover (2007, pág.62):

Antes da Constituição Federal de 1988 (CF/88), havia uma tutela coletiva restrita a objetos determinados, o meio ambiente e os consumidores. Apesar do pioneirismo brasileiro dentre os países de civil law, três leis basicamente fundamentavam o processo coletivo, a Lei n. 4.717/1965, de Ação Popular, que legitimou o cidadão para a defesa dos direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, a Lei n. 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), que anos depois previu a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil e, a Lei n. 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública, na qual os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura

individualista do processo civil brasileiro e, de outro, acabaram influenciando no Código de Processo Civil (CPC).

Na conjuntura internacional, veio à tona na comunidade internacional com o reconhecimento da relevância da matéria na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972. Acatando a proposta formulada pela própria Suécia, a ONU realizou, em junho daquele ano, a primeira conferência global que tinha como assunto central a questão da proteção do meio ambiente, com a participação de 113 países, 250 organizações não governamentais e organismos da própria ONU.

Os mais importantes resultados da Conferência de Estocolmo foram sem dúvida a formação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA e à legalização da Declaração sobre o Meio Ambiente Humano (ou Declaração de Estocolmo). A par do reconhecimento solene dos organismos nacionais e internacionais de caráter público, a questão ambiental e os movimentos de defesa do ambiente tiveram sua força incrementada em consequência da progressão das ciências ambientais, que, desvendando novas áreas e temas, oferecem subsídios para um progressivo entendimento dos fenômenos que estudam.

Essa perspectiva impõe ao Direito Ambiental um desafio ainda maior, na medida da complexidade que a matéria ambiental apresenta por essência: a necessidade das medidas jurídicas. Por essa justificação, agora, a tutela penal dos interesses difusos é uma necessidade imprescindível, porquanto visa resguardar bens valiosos para a sociedade.

Na lição de Frederico Amado (2015, pág 84):

Há uma crescente tendência mundial na posituação constitucional das normas protetivas do meio ambiente, notadamente após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente – CNUMA (Estocolmo, 1972) pela ONU. Esse recente fenômeno político decorre do caráter cada vez mais analítico da maioria das constituições sociais, assim como da importância da elevação das regras e princípios do meio ambiente ao ápice dos ordenamentos, a fim de conferir maior segurança jurídico ambiental.

Efetivamente, se consideramos o desenvolvimento histórico do Constitucionalismo, podemos facilmente conjeturar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. De acordo com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a

profundidade da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo conforme os direitos fundamentais.

3 O DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

O direito ao ambiente ecologicamente sólido, tem, por consequente, esteio na Constituição Brasileira de 1988, estando inserido dentre os direitos fundamentais da pessoa humana, inserido na esfera do chamado mínimo existencial. A partir dessa compreensão, o Estado brasileiro tem a oficial incumbência de efetivar a proteção desses direitos.

Por consequente, esta análise tem como objetivo ressaltar e disseminar a importância do Direito Ambiental como uma ferramenta para o entendimento da gravidade das questões ambientais contemporâneas e da imprescindibilidade da efetiva participação social na busca de soluções éticas que promovam a justiça ambiental. A proteção do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro tem matriz constitucional por cuidar da defesa de um direito humano fundamental caracterizado pelo múnus público social.

Analisando o tema, acrescenta Antônio Herman Benjamin¹:

“Na perspectiva ética, a norma constitucional, por refletir a marca da transição e do compromisso, incorporou aspectos estritamente antropocêntricos (proteção de favor das ‘presentes e futuras gerações’, p. ex., mencionada no artigo 225, caput) e outros com clara filiação biocêntrica (p. ex., a noção de ‘preservação’, no caput do artigo 225). Esse caráter híbrido, em vez de prejudicar sua aplicação e efetividade, salpica de fertilidade e dascínio o labor exegético.

[...]

Em outras palavras, o constituinte desenhou um regime de direitos de filiação antropocêntrica temporalmente mitigada (com titularidade conferida também às gerações futuras), atrelado, de modo surpreendente, a um feixe de obrigações com beneficiários que vão além, muito além, da reduzida esfera daquilo que se chama de humanidade. Se é certo que não se chega, pela via direta, a atribuir direitos à natureza, o legislador constitucional não hesitou em nela reconhecer valor intrínseco, estatuidando deveres a serem cobrados dos sujeitos-humanos em favor dos elementos bióticos e abióticos que compõem as bases da vida. De uma forma ou de outra, o paradigma do homem como prius é irreversivelmente trincado”.

Fernando Herren Aguillar, ao proferir considerações sobre os direitos sociais, entende pela condição de ação tanto do Legislativo como do Executivo para que esses direitos se tornem efetivos. Por esta causa, demandam uma política pública com prognóstico de gastos públicos, legislação organizativa da cota do serviço, fiscalização da prestação por particulares e atendimento a um planejamento integrado, segundo determinado no art.165 da CRFB/88. Os recursos ambientais não estão distribuídos de forma igualitária no planeta, por isso a lógica da sustentabilidade ambiental precisa estar presente, nenhum ser humano tem o direito de fomentar a carência dos recursos naturais e também não tem o direito de causar a extinção de espécies.

A multidisciplinariedade dá a tônica na condução do processo coletivo ambiental, uma vez que as questões ambientais só serão compreendidas por meio da associação dos múltiplos saberes, juntamente com a biologia, geografia, engenharias, química, física, antropologia, filosofia, direito, história, psicologia, por exemplo.

Por sua vez, quanto aos direitos ambientais, no que toca especificamente à premissa adstrita a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tem-se aí um exemplo de direito difuso. Desse modo, é “um direito que assiste a cada brasileiro – segundo convenções e declarações internacionais” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 20).

Considerado, porquanto, o direito de caráter ambiental como direito constitucional fundamental, disso decorre que às questões ambientais devem se adequar aos princípios ou postulados reconhecidos como impositivos em assunto de direitos humanos ou fundamentais. A compreensão do determinado no art. 225 da CFRB/88 permite perfazer que a escolha formulada através do Constituinte representa a escolha de um paradigma de Direito Ambiental que se preocupe de com a preservação dos recursos naturais e com a conservação da sanidade do ambiente.

Dada a tendência de constitucionalização do Direito, essa diretriz protetiva deve conduzir a aplicação das normas ambientais, sempre na busca do atendimento da vontade constitucional, vinculando em certa medida o legislador, o administrador e o próprio juiz. (ALMEIDA, 2003, p. 572)

Segundo os princípios, cuja incumbência sistematizadora no ordenamento jurídico é manifesta, têm prioridade formal e material sobre as regras jurídicas, impondo padrões e limites à ordem jurídica atual. Interessante evidenciar além disso

sua incumbência traduz uma classificação ontológica dos preceitos que regem o Direito na medida em que atuam na composição das regras jurídicas.

4 A IMPRESCINDIBILIDADE DO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL E OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO SISTEMA JUDICIAL PÁTRIO

A todos os atores interessados no desenvolvimento ambiental e na implantação da infraestrutura nacional de preservação observa-se a constante judicialização frequente de questões jurídico-ambientais. Em plena vigência da normalidade constitucional, ocorrem ainda, articuladas desobediências à legislação ambiental, contrapondo o Princípio da Vedação ao Retrocesso Ambiental.

O Direito ambiental, em decorrência das intrincadas e diversificadas questões que lhe incumbem solucionar, não pode ficar adstrito aos institutos clássicos do Direito processual individual comum e, quanto à produção de provas, mais se destaca a necessidade de buscar novos critérios normatizadores de sua produção e valoração, a fim de alcançar decisões consentâneas com indiscutível essencialidade do direito ao meio ambiente, cuja violação implica reflexos às presentes e futuras gerações. A aplicação de velhas regras ortodoxas em sede de direitos transindividuais leva a uma inadequada tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de amplo acesso à justiça. (GODINHO, 2007, p. 299).

Conforme adverte Frederico Amado (2012, pág. 32):

O meio ambiente no Brasil é tutelado simultaneamente nas esferas civil, administrativa e criminal, conforme previsto no § 3.º, do artigo 225, da CRFB, inexistindo bis in idem, pois essas instâncias são independentes, salvo as expressas exceções legais. Enquanto na esfera penal e administrativa não se exige necessariamente dano para ocorrência de violação das regras jurídicas, a exemplo da previsão de infrações administrativas e penais de perigo, na área civil a reparação pressupõe degradação ambiental que gere um dano ao ambiente, sendo imprescindível a presença de instrumentos processuais para a realização dessa proteção, conquanto seja desejável o manejo da indenização com função preventiva e sancionatória dos danos ambientais, e não simplesmente reparatória, como ocorre expressamente em outros ordenamentos jurídicos. Este dano poderá ter duas vertentes, uma patrimonial e outra extrapatrimonial, pois, ao mesmo tempo em que afetará o patrimônio pecuniário de uma ou algumas pessoas, lesará a

preservação do meio ambiente, prejudicando a coletividade, pois todos têm o direito fundamental difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No campo processual civil, cabe ao Estado, por meio do Poder Judiciário, exercer a jurisdição, que é considerada como uma função política (ao lado da legislativa e de governo) em que os órgãos judiciais aplicam o direito ao caso concreto, compondo os litígios, haja vista que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos moldes do artigo 5.º, XXXV, da CRFB, que contempla o Princípio do Monopólio da Jurisdição.

Logo, não é curial que haja lesão a direito para provocar o Poder Judiciário, bastando a mera ameaça concreta de perigo, cabendo ao julgador, neste caso, conceder uma tutela jurisdicional preventiva, em especial a inibitória do dano ambiental, diretamente compatível com o Princípio da Prevenção e da Precaução.

E de acordo com o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225)- PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III)- ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225)- COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E

AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI)- DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu

aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no

âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III). (STF - ADI-MC: 3540 DF, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528)

Portanto, a lógica de existir o fomento a sustentabilidade ambiental é primordial, para isso é necessário conhecê-la para compreender a justificação de tutelar coletivamente esse direito difuso. Esse ponto demonstra a relevância da previsão legal na legislação dos instrumentos de controle, fiscalização e participação do cidadão na defesa do meio ambiente. É relevante ensinar que, por se versar da defesa de direito difuso, pertencente a toda a coletividade, a decisão de uma ação popular por exemplo, produz efeitos *erga omnes*, para todos, como estabelece o art. 18 da Lei 4.717 de 1965 (Lei de Ação Popular). Em razão da essência do direito tutelado por meio da ação popular o Ministério Público tem que assumir o polo ativo e dar prosseguimento ao processo se o cidadão abandonar a demanda, nos termos do que determina a citada Lei no art. 9º.

Qualquer indivíduo pode suscitar a iniciativa do Ministério Público, municiando-o com informações sobre o perigo de lesão ao meio ambiente, instigando-o a operar. E, ainda, se acrescenta, a importância das associações ambientalistas que podem levar ao Judiciário o pedido de responsabilização civil daquele que concorre para o dano ao meio ambiente.

Não basta, em síntese, resguardar o direito ao meio ambiente somente com regras substantivas. Sem a facilitação do exercício da proteção ambiental, o arcabouço protetório material acaba por se transformar em letra morta, pois a conjugação de direitos efetivos com a implementação eficiente é o verdadeiro objetivo do Direito. (BENJAMIN, 2007).

Dessa forma, em sede de Direito processual coletivo, deixamos de lado o sistema probatório pético e acolhemos a necessária dinamicidade. A idéia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, devendo suportar o encargo a parte que estiver em melhores condições de produzi-la. (GODINHO, 2007, p. 309).

Dessa forma a necessidade da sustentabilidade é a sincronia de todos os tópicos (política, ética, jurídica, ambiental, social, econômica), tanto na produção,

quanto na cadeia ambiental e de extrema necessidade para que os efeitos da tutela coletiva una os povos em um mesmo objetivo: preservação dos recursos naturais e efetivação dos direitos coletivos.

5 A IMPORTÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS CONDUZIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Qualquer pessoa, física ou jurídica de direito público ou privado, cuja conduta ou atividade venha a acarretar lesão ao meio ambiente ou descumprimento da legislação ambiental estará sujeita a sanção administrativa, civil ou penal, podendo ainda subsistir de forma cumulativa. Além dessa responsabilização direta, a legislação atribui, não obstante a obrigação solidária (vários infratores concorrendo para o mesmo delito), a obrigação subsidiária (*propter rem*) e a solidariedade passiva (órgão licenciador, agente financiador).

O escopo pleno da legislação ambiental, em primeiro lugar é a prevenção à lesão e, não sendo concretizado, a recuperação da lesão causada, ocasionando indenização exclusivamente caso não for factível a recuperação ou conforme complementação da recuperação. No cenário atual é extremamente difícil a existência de crimes ambientais sem que os órgãos responsáveis tomem informação, seja por denúncia ou como consequência de meios tecnológicos que informam a ocorrência, sem mendicidade de deslocamento da área de fiscalização. Nesse sentido a incisiva ação do Ministério Público, tanto estadual quanto federal, na consubstanciação da autoria dos danos ambientais com instauração de inquérito civil ou oferecendo denúncia por crime ambiental. Vale ressaltar, ainda, que o valor das multas por crime ambiental pode alcançar milhões de reais.

Ao citar Galeno Lacerda, assevera que: Na ação civil pública, o Ministério Público não pode ser identificado como parte comum, revestido de parcialidade inerente a essa condição. Como órgão público eminente, com independência de fiscal da lei, árbitro e intérprete dos direitos da comunidade, claro está que o inquérito por ele instaurado se apresenta com forte presunção de credibilidade. Se o Ministério Público instrui o inquérito com laudos de institutos científicos ou, mesmo, da Polícia Técnica, em regra, tão bem dotada em alguns Estados de recursos humanos e aparelhagem adequada, difícil ou impossível será na ação civil invalidar essa prova. Como quer que seja, ao juiz caberá decidir sobre a conveniência da repetição judicial da perícia. Milaré (2007, p. 974),

A jurisprudência pátria tem ainda acatado esse posicionamento e decidido:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO. O inquérito civil público é procedimento

facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova. (STJ – Resp. 849841/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 28.08.2007, DJ 11.09.2007).

Se constam do acervo probatório indiciário produzido em inquérito civil público, além de fotografias digitais – cujos negativos não se exigem por se tratar de documento público, presumida sua fé pública –, Boletim de Ocorrência Policial e Auto de Infração firmado pelo infrator, encontram-se presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada recursal. (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL 1.0433.06.191131-2/001, REL. DES. FERNANDO BRÁULIO, j. 15/05/2008).

A prova colhida no inquérito civil público deve ser afastada somente se houver contraprova produzida no processo, em contraditório, cabendo ao juiz da causa sopesar o seu valor. (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL 1.0637.06.035965-9/001, REL. DES. MAURÍCIO BARROS, j. 21/10/2008).

Marcos Paulo de Souza Miranda Promotor de Justiça Ministério Público do Estado de Minas Gerais assim também considera que:

A prova colhida nos procedimentos investigatórios presididos pelo Ministério Público, seja ela documental, testemunhal ou pericial, guarda a natureza de documento público e, portanto, goza da presunção de veracidade e legalidade próprias dos atos administrativos, de forma que somente prova cabal em sentido contrário, a cargo do investigado, poderá retirar-lhe o valor.

E ainda salienta:

É preciso trilhar novos caminhos processuais a fim de alcançar a necessária e adequada tutela do meio ambiente, deixando de lado a ritualística, o formalismo e as regras clássicas e obsoletas do conhecido direito probatório, em nada condizente com a natureza especialíssima do Direito material ambiental, o qual deve ser efetivado, obviamente, mediante regras também especiais. Vigora em sede do Direito processual coletivo o

princípio da Distribuição Dinâmica do ônus da prova, segundo o qual o encargo probatório deve ser suportado por quem está em melhores condições e/ou possibilidades de produzir a prova. Em razão da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção, cabe ao imputado degradador o encargo de provar, cabalmente, que sua atividade não causa danos ou ameaças aos bens ambientais, invertendo-se o ônus da prova em seu desfavor (*in dubio pro ambiente*).

Inserir-se, além disso, que o Ministério Público e os Órgãos Ambientais, em nível federal, estadual e municipal estão cada vez mais bem informados e equipados para executarem a fiscalização e controle das atividades bem como a aplicação das penalidades correspondentes. Também o Poder Judiciário vem crescendo na análise dos processos que envolvem o meio ambiente, gerando jurisprudência e determinando a correção dos desvios ambientais.

A ciência invadiu igualmente o campo, não apenas a cidade, proporcionando às atividades rurais serem desenvolvidas por meio de sistemas modernos e produtivos, mas para que os resultados sejam positivos, é fundamental que o meio ambiente incorpore o método de gestão ambiental com o íntegro gerenciamento de suas atividades.

CONCLUSÃO

Neste contexto, a atuação do indivíduo deve estar em consonância com atividades estejam sempre em equilíbrio com a conservação dos recursos naturais, sob pena de responsabilização. Meio ambiente sustentável é o ponto de partida. O Direito Ambiental viabiliza a manutenção da sustentabilidade ambiental aplicando a legislação ambiental. Com a gestão ambiental dos recursos naturais, advirão resultados positivos. O cumprimento da legislação ambiental e a gestão sustentável em conjunto com a ação dirigente dos órgãos de proteção ambiental deverão estar sempre presentes na garantia da imprescindível segurança jurídica que a sociedade necessita para atingir seus objetivos.

A tutela coletiva ambiental é de extrema relevância para o desenvolvimento do País o que procura equilíbrio entre o resultado econômico e a proteção ambiental, com garantia de sua conservação. Nesta linha de ação, contribuindo para a qualidade de vida das pessoas por meio da coexistência dos aspectos ambientais com os econômicos, o meio ambiente terá atingido sua sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMADO, Frederico. Direito Previdenciário: coleção sinopses para concursos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

AMADO, Frederico. Direito e Processo Previdenciário Sistematizado. 6ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de; TACHIZAWA, Takeshy; CARVALHO, Ana Barreiros de. GESTÃO AMBIENTAL. Enfoque Estratégico aplicado ao Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: Makron Books, 2000.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. A insurreição da aldeia global contra o Processo Civil Clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. DIREITO AMBIENTAL. 9ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

BIM, Eduardo Fortunato. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL. São Paulo: Editora LTr, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. PROTECÇÃO DO AMBIENTE E DIREITO DE PROPRIEDADE. (Crítica de Jurisprudência Ambiental). Coimbra/ Portugal: Coimbra Editora, 1995.

FARIAS, Talden. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. Aspectos teóricos e práticos. Prefácio Paulo Affonso Leme Machado. Atualizado de acordo com a Lei n. 12.651/2012 e com a Lei Complementar n. 140/2011. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. CURSO DE DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e FERREIRA, Renata Marques. COMENTÁRIOS AO "CÓDIGO" FLORESTAL. Lei n. 12.651/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e CONTE, Christiany Pegorari. CRIMES AMBIENTAIS. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Juarez. SUSTENTABILIDADE. Direito ao Futuro. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In: CAMARGO, Marcelo Novelino. (Org.). Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

LANFREDI, Geraldo Ferreira et alii. DIREITO PENAL NA ÁREA AMBIENTAL. Os aspectos inovadores do estatuto dos crimes ambientais e a importância da ação preventiva em face desses delitos. Teoria e prática. Doutrina. Jurisprudência. Legislação. Documentários. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini e FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. DANO AMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCO. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e a tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Miranda, Marcos Paulo de Souza. A prova no processo coletivo ambiental: necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente. Biblioteca Virtual do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Acesso em 03 de jul. 2020.

MELO, Tibério Bassi de. DIREITO AMBIENTAL NA PROPRIEDADE RURAL. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MUKAI, Toshio. O NOVO CÓDIGO FLORESTAL. Anotações à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012, com as alterações da Lei 12.727, de 17 de outubro de 2012. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROMM, Joseph J. EMPRESAS ECO-EFICIENTES. Como as melhores empresas aumentam a produtividade e os lucros reduzindo as emissões de poluentes. São Paulo: Signus Editora, 2004.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. As dimensões do Dano Ambiental no Direito Brasileiro. 2ª edição. Revista, Atualizada e Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. DIREITO AMBIENTAL EMPRESARIAL. São Paulo: Saraiva, 2010.

AUXÍLIO EMERGENCIAL INDEVIDO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL TECNOLÓGICA

HIGOR VINICIUS NOGUEIRA JORGE: Delegado de polícia, professor da Academia de Polícia e titular da cadeira 30 da Academia de Ciências, Letras e Artes dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo. Tem proferido aulas e palestras sobre inteligência policial, investigação de crimes cibernéticos e segurança da informação

CÉSAR HENRIQUE SANFELICE ROCHA DE OLIVEIRA^[1]

(coautor)

O grave surto do coronavírus (Covid-19) ensejou um empenho imediato e extraordinário na elaboração de normas visando a minimização dos efeitos dramáticos sofridos pela sociedade brasileira, com especial ênfase no aspecto econômico e social.

Para contextualização, convém lembrar que a emergência em saúde pública de importância nacional foi declarada pelo Ministério da Saúde por intermédio da Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, na esteira da Organização Mundial da Saúde (OMS). A medida lastreou a execução de ações emergenciais visando a proteção da saúde pública. De forma subsequente o Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020), promovendo a dispensa de metas de execução do orçamento e de limitação de empenho de recursos.

Dentre a legislação atinente ao tema se destaca a Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020, que resultou na criação do denominado Auxílio Emergencial. Este, objeto da presente análise, tem recebido enfoque diário da imprensa nacional, dada sua importância social e econômica, consubstanciada em um impacto financeiro, segundo o Governo Federal, no importe de aproximadamente 150 bilhões de reais para os três meses iniciais^{[1] [2]}.

Ocorre que o modelo de requerimento simplificado (realizado pelo aplicativo mantido pela Caixa Econômica Federal) somado ao peso da autodeclaração das informações enviadas pelos requerentes a subsidiar a análise automatizada do benefício propiciam disparidades na sua concessão. Em especial a ocorrência disseminada de geração de pagamentos à requerentes que não se amoldam aos critérios legais, ensejadores do direito ao benefício, ou seja, pessoas que dolosamente inserem informações falsas no requerimento buscando a percepção do benefício e, por isso, incorrem em crimes previstos no Código Penal.

A divulgação dos beneficiários do programa no sítio www.portaldatransparencia.gov.br, em cumprimento ao princípio constitucional da publicidade, talhado expressamente no art. 37 da Constituição Federal, permite um peculiar controle social, em razão da possibilidade da apresentação de denúncia. O portal em questão possibilita a qualquer cidadão efetuar busca geral por município ou específica, por nome, de determinado beneficiário, tornando prática a indicação de eventual irregularidade, oferecida pelo próprio portal, ao detalhar cada recebedor.

No meio popular há certa percepção, infundada, de que os crimes praticados com o auxílio de recursos tecnológicos gozam de ampla impunidade.

Tal percepção é, na realidade, equivocada, considerando que as polícias judiciárias (Polícia Civil e Polícia Federal) estão preparadas para o enfrentamento da criminalidade, como pode se observar nos resultados da atuação dessas instituições em desfavor de organizações criminosas.

Quanto a apuração de crimes mais complexos as polícias judiciárias podem aplicar a denominada “investigação criminal tecnológica” que é um conjunto de recursos e procedimentos, baseados na utilização da tecnologia, que possuem o intuito de proporcionar uma maior eficácia na investigação criminal, principalmente por intermédio da inteligência cibernética, dos equipamentos e softwares específicos que permitem a análise de grande volume de dados, a identificação de vínculos entre alvos e a obtenção de informações impossíveis de serem agregadas de outra forma, da extração de dados de dispositivos eletrônicos, das novas modalidades de afastamento de sigilo e da utilização de fontes abertas.

Ainda quanto ao auxílio emergencial é salutar apontar que a lei se destina a um público vulnerável e bem específico. Basicamente contempla, o cidadão desempregado e o trabalhador informal, que não seja titular de benefício previdenciário, assistencial ou de seguro-desemprego, cuja renda familiar, *per capita*, seja de até meio salário-mínimo ou com renda familiar total de 3 salários mínimos (atualmente R\$ 3.135,00). Dentre outras exigências, impõe-se também o recebimento, no ano de 2018, de rendimentos tributáveis inferiores ao marco de R\$ 28.559,70.

É justamente ao requerer o benefício que se pratica a autodeclaração da renda, componente este tão importante no reconhecimento do direito. A Dataprev, empresa pública responsável por substancial base de dados governamental, foi encarregada pela análise e batimento de informações e já efetuou a identificação de inúmeros requerimentos que não traduzem o perfil aduzido na lei. Entretanto, repise-se, é notória a concessão de inúmeros pagamentos ilegais, decorrentes de falsas

declarações prestadas, quando do protocolo. A prática mais comum é a de omissão ou declaração falsa de renda (a menor) com o propósito de fomentar o deferimento no processamento automático do auxílio. A falsa declaração pode ser realizada com relação a renda pessoal ou renda total do grupo familiar.

Quanto a tal ponto, salutar destacar que a lei cuidou de conceituar o grupo familiar, considerando ainda que a renda familiar é “a soma dos rendimentos brutos auferidos por todos os membros da unidade nuclear”. O art. 2º, §6º da Lei nº 13.982/2020, também foi claro ao prever que a renda familiar pode ser ampliada, mediante o cômputo da renda de outros indivíduos que contribuam para o rendimento ou que tenham suas despesas atendidas por aquela unidade familiar, sendo todos moradores em um mesmo domicílio.

Não é de se olvidar que a declaração inverídica prestada visando a obtenção do benefício emergencial caracteriza o crime de falsidade ideológica que, tal qual aduz o art. 299 do Código Penal, possui pena de um a cinco anos de reclusão e multa. Caso o declarante tenha êxito em obter o auxílio, com base nas referidas informações inverídicas, poderá incorrer no crime de estelionato, que também possui uma pena de um a cinco anos de reclusão e multa, contudo, a pena é aumentada de um terço em razão do estelionato ter sido praticado contra a União, que é uma entidade de direito público (art. 171, § 3º do Código Penal).

Ressalta-se que, em que pese sua simplicidade (que obviamente busca a efetivação da proteção social), o aplicativo traduz propriamente um processo administrativo no âmbito federal, sendo a manifestação de vontade do requerente consignada mediante sua identificação particularizada por instrumentos próprios.

A identificação do delito possui inúmeras possibilidades e os órgãos fiscalizatórios e de controle convergem e evoluem, cada vez mais, para um cenário de garantir a mínima lesão do erário e efetivação das garantias sociais, verdadeira essência da lei protetiva.

NOTAS:

[1] advogado, servidor público federal com lotação no Instituto Nacional do Seguro Social.

DIREITOS DAS GESTANTES EM SITUAÇÃO DE RUA E A PROTEÇÃO À CRIANÇA

LORENA SILVA E SILVA FAUSTINO:

Formada em Letras (Português/Inglês); especialista em Literatura Brasileira; Graduada em Direito e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade del Colúmbia, Asunção, PY.

RESUMO: A população em situação de rua no Brasil tem número considerável, mas algumas vezes é mal vista pela sociedade e em outras é simplesmente ignorada. Em razão do princípio da dignidade humana, de tratados e acordos internacionais à proteção da criança e ao tratamento digno devido a qualquer cidadão, nosso país constitui dívida enorme de efetivação de direitos às pessoas que vivem nessa condição, mais especificamente às gestantes, uma vez que há escassos estudos e projetos voltados ao amparo dessas mulheres, justificando, assim, a presente pesquisa. Objetiva-se analisar a situação de gestantes em situação de rua no país, apresentando os desafios e direitos, por vezes, negados a elas, questionando: Como resguardar os direitos da criança, sem negar os direitos das gestantes em situação de rua? Desse modo, utilizamos a metodologia bibliográfica, a partir de artigos científicos e jornalísticos e a legislação vigente. Dentre os autores, destacam-se Almeida e Quadros (2016) e Suarez (2019). As hipóteses evocam a necessidade de instrumentalização de políticas públicas específicas às gestantes em condição de rua, protegendo mãe e criança, prestando informação sobre direitos e peculiaridades da gestação, enquanto mãe e família, além de prestar acolhimento no período gestacional e acompanhamento médico e psicológico.

Sumário: 1. Introdução; 2. Pessoas em situação de rua no Brasil; 2.1 Aspectos legais de proteção à criança e da permanência no seio familiar; 3. Conclusão; 4. Referências

1.Introdução

Embora tenhamos uma taxa alta de pessoas em situação de rua no Brasil, há insuficientes políticas públicas voltadas aos aspectos que tangem aos direitos de crianças e adolescentes nessa condição, tampouco às mulheres gestantes nesse mesmo cenário, ainda que, sem dúvida, estejam em situação de risco e extrema vulnerabilidade.

A população de rua no Brasil ainda é formada, em sua maioria, por homens (82%) e, ainda mais restrito a homens negros (67%), o que faz com que a margem de estudos às mulheres gestantes sejam mais precários. Acredita-se que rua seja a

própria sociedade, a resposta de uma parte não reconhecida pela população e de inúmeros anos de má gestão.

Contudo, o compromisso e a responsabilidade com políticas públicas voltadas aos direitos e proteção integral à criança e adolescente, seja pela família, seja pelo Estado e comunidade, tendem a fazer crescer também a preocupação com direitos que abrangem tal proteção, como o direito da mãe e da preferência da educação e manutenção da criança em sua família de origem, dado os benefícios que esse ambiente familiar dispõe.

Dessa forma, objetivamos analisar a situação de gestantes em situação de rua no Brasil e abordar sobre seus direitos e os desafios enfrentados por essas mulheres, que ficam, muitas vezes, às margens do olhar estatal, mas que como qualquer ser humano, precisam ser tratadas com dignidade, a partir de informações legais e acolhimento.

A pesquisa aponta para a necessidade de elaboração de política pública própria em relação às gestantes nessa condição, em virtude de especificidades inerentes à gestação, como a realização de exames e acompanhamento psicológico e médico, além da necessária efetivação da Lei existente nº 7.053 de 2009, Decreto que visa a proteção de pessoas em situação de rua.

2. Pessoas em Situação de Rua no Brasil

As histórias nas ruas ricas, tendo diversas causas, desde as questões de violência doméstica, estupro, a situações de desamparo familiar em razão do uso de drogas e alcoolismo, mas também encontramos pessoas que optaram por estar nas ruas, sem interesse de constituir família e obter um emprego.

É comum rotularmos o que seja levar uma vida normal, diante de uma sociedade composta de normas, na qual estabelece suas próprias regras de convivência, avançar no sentido de olhar para as pessoas que vivem em situação de rua e não julgar que sejam pessoas que “não querem nada na vida” ou “que são vagabundas” é um desafio, mas nem todos estão lá por opção, do mesmo modo que nem todos desejam sair dessa realidade.

O preconceito é perpetuado por gerações e faz com que essas pessoas sejam vistas como violentas e perigosas, quando, na verdade, muitos especialistas afirmam que essas pessoas tornaram-se violentas em razão da omissão do Estado e da ausência de gentrificação, que trata-se de um processo de mudança em centros urbanos, por meio de transformação de grupos sociais existentes neles, no sentido

que as alterações feitas no local, como construção de edifícios ou pontos comerciais, acabam afetando a classe mais pobre, onde emergem as camadas mais ricas.

Consoante aos dados do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), no ano de 2016, existia cerca de 102.000 pessoas vivendo em situação de risco no Brasil. Em relação às mulheres gestantes inseridas nessa situação, os dados são alarmantes, e de acordo com Suarez (2019), 60% das 11 (onze) milhões de mulheres que criam seus filhos sozinhas, vivem em situação de pobreza. Somente na cidade de Recife, das 642 mulheres atendidas nos Centros POP (Centro Especializado responsável pelo atendimento às pessoas em situações de rua) em 2019, 39 eram gestantes.

Dados estatísticos sociais sobre o tema em nosso país são bastante escassos, com exceção de um ou dois estados federados que atuam, de forma isolada, em conjunto com organizações sem fins lucrativos propondo o atendimento a mulheres gestantes em situação de rua, oferecendo apoio e incentivo durante o pré-natal, bem como ofertando cursos para as mães, no intuito de tirá-las dessa situação que ameaça tanto à saúde e proteção da criança, quanto ao próprio direito da mãe em cuidar de seu filho (a).

Com efeito, a vulnerabilidade das mulheres em contexto de rua inferem resultados relevantes no que diz respeito à gravidez e a relação delas com a maternidade. Um estudo realizado durante seis meses, no Rio de Janeiro, por Almeida e Quadros (2016, p. 229), com mulheres que utilizam drogas e vivem em ambiente de rua demonstrou que de 180 mulheres entrevistadas, 92% delas afirmaram já ter engravidado ao menos uma vez, sendo que desse total apenas 11 informaram que nunca engravidaram e 5 delas não souberam responder com exatidão sobre a questão.

Salienta-se ainda que desse mesmo estudo, apenas 33% das mulheres confirmaram terem feito o exame pré-natal, ao menos uma vez durante a gestação, um índice baixo em relação ao próprio acesso da saúde a essas gestantes.

No município de Maringá, no Paraná, o número de mulheres grávidas em situação de rua tem crescido de maneira assustadora. Uma pesquisa realizada em 2015 pela Universidade Estadual de Maringá (UEM) confirmou que a maioria das mulheres que procuram por auxílio em instituições é por motivos sociais, pelo uso de substância, por serem vítimas de violência e por estarem em situação de rua.

No Estado do Paraná, a 2ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude da capital reforça constantemente a necessidade de acompanhamento e atendimento dos órgãos públicos a gestantes em situação de rua, em especial, realizando encontros com cronograma de reuniões periódicas, em parceria com a Defensoria

Pública, com intuito de acompanhar e analisar o crescente número de acolhimentos de bebês, filhos de mulheres em situação de extrema vulnerabilidade, como essas que estão na rua (Ministério Público do Paraná, 2019).

Nesse sentido, o MPPR (2019) busca analisar a efetividade de políticas públicas que atendam a essas mulheres, buscando o comprometimento de metas específicas, melhorando o diálogo com instituições de acolhimento, buscando ainda a celeridade no atendimento a mães nessa situação de forma individualizada, para que consigam preservar os direitos das crianças, e a proteção aos direitos da mãe, além da preservação da criança com sua família de origem alcança também o outro objetivo, que considera o acolhimento institucional uma exceção.

Até o ano de 2018, apenas um projeto específico no estado de São Paulo atuava ativamente no atendimento contínuo a mulheres gestantes que moravam nas ruas, o projeto é denominado de “Menino e Menina” e tem como interesse precípua atender as gestantes em todo o período da gravidez. No mesmo ano, o projeto já havia ajudado e atendido a mais de 60 (sessenta) mulheres, mudando a vida da maioria delas, segundo fonte da Rede Brasil Atual (2018).

O projeto “Menino e Menina” é um exemplo a ser seguido e pode servir como espelho para políticas públicas em todo o país, seus maiores objetivos buscam motivar as mulheres a ficarem com seus filhos, realizando exames necessários, como o pré-natal, no combate a doenças que podem ser prevenidas na gestação, oferecendo um acompanhamento com profissionais e agentes de saúde, recebendo também enxoval e produtos de higiene para os cuidados com o bebê, além de um lindo álbum de fotos feito durante o projeto, tudo isso com intuito de mantê-las fora das ruas e focada na necessidade de proteção e amor da família pela criança que logo chegará.

Cabe ainda salientar que o fato de que muitas mulheres, ao descobrirem que estão grávidas se escondem e não fazem o pré-natal dificulta a realização dos estudos sobre o assunto, tendo como razão principalmente o medo de perderem a guarda do filho, filho este que constituem um fator motivacional para elas saírem das ruas e planejarem um futuro com eles e, raras vezes, ao lado de seus companheiros (COSTA, *et al.*, 2015).

Por isso, há uma emergente necessidade de se criar políticas públicas específicas para atender essas mulheres, tanto para informá-las de seus direitos e deveres como mães, quanto para atender às necessidades de saúde, seja física e/ou psicológica, que são exigidos e importantes no período gravídico.

2.1 Aspectos legais de proteção à criança e da permanência no seio familiar

Apesar do Decreto nº 7.053, de 2009 instituir uma Política Nacional para a População em Situação de Rua, buscando o estreitamento das relações do governo federal com representantes da sociedade civil, na tentativa de planejar e coordenar medidas referentes à população inserida nesse meio, raras são as ações ou políticas efetivadas nessa área, em especial, nos municípios, que são os que, de fato, sofrem com eventuais problemas e que precisam discutir e criar medidas que atendam a essa demanda.

É importante destacar que as normas legais brasileiras prevê a adoção como medida excepcional, optando sempre pela manutenção da criança com sua família original, inclusive, em casos de situação de risco à criança ou adolescente, é aconselhável que o juiz procure pelos parentes mais próximos, como tios, avós, etc., para acolher à criança, até que retome a segurança em seu lar ou que seja encaminhada a uma família substituta ou ainda ao acolhimento institucional.

Nesse aspecto, podemos afirmar que não é porque a gestante está em situação de rua que terá a perda da guarda de seu filho, é, inclusive, o que dispõe o Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069/1990, nos termos do art. 23, §1º:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. (BRASIL, 1990)

Há, portanto, uma preferência pela permanência da criança no seio familiar, a não ser em caso de exposição à situação de vulnerabilidade, situação de perigo ou maus-tratos, também com fulcro na mesma legislação, que tem como objetivo primeiro a proteção integral da criança e adolescente.

Como alude o art. 19, do ECA a criança e adolescente possuem o direitos de serem educados no ambiente familiar, sendo casos excepcionais em família substituta, tudo para lhe garantir um desenvolvimento integral em ambiente que possa lhe proporcionar avanço e experiência mais agradáveis possíveis.

De acordo com a Norma Técnica lançada em 2015 sobre o tema, o Ministério da Saúde se contrapõe à ideia de que a vulnerabilidade das mães em situação de

risco, por si só, seria causa para anular direitos constituídos legalmente e constitucionalmente à mãe, direitos esses fundamentais. Nesse sentido, o Ministério da Saúde aborda também sobre a importância não só de preservar os direitos da mãe à permanência com seu filho, mas também o acesso e direito à saúde que ambos possuem.

Nos termos dessa Norma Técnica nº 001- SAS e SGEP buscam alertar que a situação debilitada e frágil dessas mulheres não são condicionantes para a eliminação ou conservação dos direitos fundamentais, o fato de usarem bebidas alcoólicas e escolherem o uso de drogas não podem interferir automaticamente no direito de permanecerem com seus filhos ou impedi-las do acesso aos serviços públicos de saúde, significa dizer que os direitos dessas mulheres em ficar com seus filhos não podem ser efetivo por imposição do Estado em deixarem as ruas ou as drogas, considerando ainda que a situação que vivem não significa necessariamente que tenha sido essa uma escolha feita por essas mulheres.

Conforme foi demonstrada, essa ideologia também é o que prescreve a lei, o interesse mais real do legislador que busca proteger os direitos das crianças e adolescentes, sem ter que sacrificar os direitos maternos, buscando meios de abrigar essas pessoas e aplicar programas que facilitem sua reintegração à sociedade, de forma que tentem sair dessa situação e dar uma vida digna e de qualidade aos filhos.

A Defensoria Pública de Minas Gerais também reporta-se ao tema, no sentido que em Resolução publicada em 2014 solicitou a criação de abrigos para promover o acolhimento às mães e aos seus recém-nascidos, ainda que sejam usuárias de entorpecentes e, por se encontrarem nas ruas, estão em situação de risco social.

Ademais, a mesma resolução requer a ampliação de políticas públicas para oportunizar a reintegração da criança e adolescente à família natural, sendo tais políticas interligadas a todos os objetivos, em conjunto com a assistência social e à saúde, evitando, assim o acolhimento institucional ou o encaminhamento a famílias substitutas.

3. Conclusão

Nesse panorama, para a efetivação e consolidação dos direitos fundamentais ora enfatizados, exige-se que tenhamos um modelo que envolva planejamento e organização, uma assistência e regionalização da política pública criada, garantindo a sua implantação na perspectiva das necessidades que possuem essas gestantes.

Dessa feita, justifica-se e reitera-se a necessidade de apoio e parceria dos setores públicos, bem como de instituições privadas e da sociedade, no fomento e

promoção da conscientização de direitos, do acolhimento e proteção das mulheres em situação de rua, gerando, assim, uma sociedade mais humana e solidária, convergindo na promoção dos direitos humanos, da não-violência causada pelos reflexos das desigualdades sociais e das drogas, além do retorno e novas oportunidades à vida dessas mulheres.

4.Referências

ALMEIDA, Diana Jenifer Ribeiro de; QUADROS, Laura Cristina de Toledo. A pedra que pariu: narrativas e práticas de aproximação de gestantes em situação de rua e usuárias de crack na cidade do Rio de Janeiro. **Revista Pesquisas e Práticas Psicossociais**, v. 11, n. 1, p. 225-237, 2016.

BRASIL, Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nº 8.069/ 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Nota Técnica conjunta N° 001 – SAS E SGEP, em 16 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/Nota%20t%C3%A9cnica-%20diretrizes%20e%20fluxograma%20mulher%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20rua.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

COSTA, Samira Lima da et al. Gestantes em situação de rua no município de Santos, SP: reflexões e desafios para as políticas públicas. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 24, n. 3, p. 1089-1102, 2015.

IPEA. (s/a) **População em Situação de Rua**. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua#:~:text=Conforme%20estimativa%20realizada%20pelo%20IPEA,situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20rua%20no%20Brasil](https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua#:~:text=Conforme%20estimativa%20realizada%20pelo%20IPEA,situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20rua%20no%20Brasil.)>. Acesso em: 03 jun. 2020.

MINAS GERAIS. Defensoria Pública. Atuação conjunta das Defensorias Públicas da União e do Estado de Minas Gerais. Recomendação Conjunta número 01/201/ODHTCMG/DPDH/DPDH/DPUC. Belo Horizonte: CRESS, 2014. Disponível em: <www.cress-mg.org.br/arquivos/Recomendacao%20Conjunta%20Defensorias.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ, 29/08/2019. (2019) **Ministério Público do Paraná faz trabalho de acompanhamento do atendimento de órgãos públicos a gestantes em situação de rua em Curitiba**. Disponível em:

<<http://www.crianca.mppr.mp.br/2019/08/21852,37/Ministerio-Publico-do-Parana-faz-trabalho-de-acompanhamento-do-atendimento-de-orgaos-publicos-a-gestantes-em-situacao-de-rua-em-Curitiba.html>>. Acesso em: 05 jun. 2020.

REDE BRASIL ATUAL (2018). **Projeto oferece pré-natal para gestantes em situação de rua em São Paulo**. Publicado em 10/05/2018. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2018/05/projeto-oferece-pre-natal-para-gestantes-em-situacao-de-rua/>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SUAREZ, Joana. (2019). **Recife: com um bebê e sem documentos**. Publicado em 09/09/2019. Disponível em: <<https://apublica.org/2019/09/os-dias-de-iriana-nas-ruas-de-recife-com-um-bebe-e-sem-documentos/#:~:text=Recife%20fez%20um%20censo%20em,gestantes%20%E2%80%93%20entre%20elas%2C%20Iriana.>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

PANDEMIA: O RETORNO DAS ATIVIDADES E SEUS EFEITOS

RONALDO NOGUEIRA MARTINS PINTO:

Advogado militante em Campinas/SP e pós-graduado em Dir Proc Civil pela Metrocamp.

DIRCEU ANSELMINI[1]

(coautor)

O mundo foi tomado por uma situação inimaginável. Na realidade muito se tinha falado em epidemia e situações apocalípticas. Uma busca na literatura encontraremos a preocupação de especialistas. Se fizermos uma pesquisa encontraremos estudos trazendo as diversas situações que trariam riscos à saúde humana. Dentre os males, poderíamos destacar a preocupação com gripe e similares. Isso porque o vírus gripal traz mutabilidade considerável e gera uma preocupação. (<https://saude.abril.com.br/medicina/10-grandes-ameacas-a-saude-em-2019-segundo-a-oms/>). Mas, é inegável que não havia previsibilidade de quando seríamos avassalados pelo mal. Além disso, não se esperava que chegasse com tamanho impacto.

Nesta refrega não há medida para afastar a contaminação. Seguindo as “orientações” é pregado o afastamento social, como alternativa para tentar debelar ou atrasar a sua contaminação. Inclusive para esta medida, há resistência de alguns aduzindo, alegando da ocorrência de infectados dentro de seus lares.

Somos tomados por notícias que deixam políticos, empresários, administradores, profissionais da saúde e cidadãos atônitos. Não se visualiza um remédio ou vacina a curto prazo e para os casos extremos, não se vê uma terapia que faça cessar o mal. Em tese, o corona vírus traz uma taxa de contágio que cada infectado transmite, no mínimo para mais 3 pessoas.

Segundo alguns especialistas, mister se faz que sejam realizados testes em massa para se aferir o contágio na população. Com os resultados, poderiam estimar a localização da pessoa, seus hábitos e tentar agir em locais que apresentassem maior incidência da doença. Fazendo um mero comentário, e de forma aleatória, a ausência de tais acaba gerando um vácuo que prejudica adoção de medidas preventivas. Exemplo disso, é a estimativa trazida pela Universidade de Pelotas/RS, que o número poderia ser superior ao trazido pelos entes governamentais “... Neste sentido, o número de casos confirmados no dia 1º de abril era de 384 e o resultado da pesquisa mostra que o contágio é 15 vezes o número de casos confirmados”. (<https://ccs2.ufpel.edu.br/wp/2020/04/15/ufpel-apresenta-primeiros->

[resultados-do-estudo-sobre-covid-19-no-rs/](#)). Estamos falando de fatos ocorridos em meados de abril deste ano.

Foi editada a lei 13.979/20, visando trazer algumas regras para combater este mal.

Não obstante, as medidas de isolamento social propugnadas pelos entes estatais, foram de caráter recomendativo. As medidas coercitivas neste sentido (*lockdown*) foram em alguns locais e se mostraram tímidas. Todavia, os resultados não foram como se esperava. A crítica seria um problema cultural, fazendo a população não confiar e nem respeitar as sugestões emitidas pelos órgãos estatais na sua integralidade. Podemos apontar a falta de paralelismo entre União, Estados e Municípios, pois alguns alcaides instituíram isolamento e outros não, a população continuava a circular entre as cidades (em especial nas regiões metropolitanas). O resultado é que não vimos a redução da curva da doença como se acreditava.

Devemos comentar sobre o noticiado pela imprensa de cidades instituidoras de medidas com resultados positivos. Dentre as regras restritivas instituídas, seriam à circulação do transporte público municipal e intermunicipal; proibição de atividade não essencial, inclusive dentro do poder público; vedação de hospedaria; reuniões presenciais inclusive cursos, eventos religiosos; reunião de pessoas em espaços públicos; proibição de permanência de pessoas em locais públicos como praças e jardins. Caberia ao governante insistir para comunidade cumprir as determinações por meio de comunicados; imposição de multas; determinando fechamento de estabelecimentos ou cassação de alvará de funcionamento. Além disso, a realização de testes possibilitaria criar uma estratégia preventiva. A defesa da quarentena devidamente cumprida possibilitaria ao Estado não despender com internações e atendimentos médicos.

Aproveitamos para enfatizar sobre o Brasil, tendo chafurdado de 2015 a 2017, numa crise que acarretou endividamento de empresas e cidadãos. A recuperação se mostrou lenta nos anos subsequentes. Criou-se uma expectativa e algumas empresas investiram contando que 2020 seria um ano de melhoria. A covid frustrou as expectativas e teria gerado a preocupação do retorno do investimento.

Trazendo *en passant*, passemos a apontar alguns aspectos evidentes: “O Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged) informou que, só em abril, foram fechados 860,5 mil postos formais de emprego, um recorde na série iniciada em 1992. Somados aos 240,7 mil cortados em março, o total perdido desde a pandemia chega a 1,1 milhão de postos. Já a Pnad Contínua, do IBGE, calculou a perda de 4,9 milhões de ocupações”.

(<https://valor.globo.com/opiniao/noticia/2020/06/02/cenario-de-incertezas-pune-o-mercado-de-trabalho.ghtml>). " ... com redução de 9,5% do PIB entre o primeiro e o segundo trimestres, na comparação dessazonalizada. No segundo semestre, a retomada deve ser lenta: o PIB vai subir 1,2% no terceiro trimestre, e 3,4% nos últimos três meses do ano. A demanda doméstica deve encolher 8,3% em 2020, com queda de 15,3% nos investimentos e de 8,7% no consumo". (<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/05/20/com-isolamento-social-at-meios-de-julho-pib-vai-recuar-65-pontos-percentuais-em-2020-estima-citi-brasil.ghtml>).

No melhor dos cenários, o impacto da representaria um aumento do desemprego global de 5,3 milhões de pessoas. Mas poderia chegar a 24,7 milhões. Hoje, são 188 milhões de pessoas sem trabalho. "Em comparação, a crise financeira global de 2008 aumentou o desemprego global em 22 milhões", apontou a OIT. (<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/03/18/pandemia-pode-causar-desemprego-de-25-milhoes-de-pessoas.htm?cmpid=copiaecola>)

Os pedidos de seguro-desemprego encostaram em 1 milhão em maio e bateram o recorde da série, iniciada em 2000. Com alta de 53% ante igual período do ano passado, os pedidos registrados no Ministério da Economia somaram 960,3 mil. Ante abril, a expansão foi de 28,3%, mostrando um quadro de forte piora no mercado de trabalho, sinalizando alta de desemprego. Por fim, "Os pedidos de seguro-desemprego encostaram em 1 milhão em maio e bateram o recorde da série, iniciada em 2000. Com alta de 53% ante igual período do ano passado, os pedidos registrados no Ministério da Economia somaram 960,3 mil. Ante abril, a expansão foi de 28,3%, mostrando um quadro de forte piora no mercado de trabalho, sinalizando alta de desemprego". (<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/06/10/pedidos-de-seguro-desemprego-crescem-53.ghtml?GLBID=1a3314c8e65cb28c2be50f0c81cfe894e5141436557624d4e375f6a4b6546546369456a54713070524c78775a744a4f6d3439486955327a663232375241704d4e68314952745052306f7742706768446a563575664b667a54323354303634633770335f7249513d3d3a303a7562776d6f76786b6462707369777276796b7479>)

Feitas as considerações, sabemos que a economia sofre com perda da atividade, redução do capital circulante e dificuldade na geração de riqueza. O desemprego promete ser desolador. As pessoas sofrerão, ou pelo afastamento social ou pelas consequências econômicas já apontadas.

Afora as diversas teses, sabemos que o Brasil é um país que dispõe de recursos advindo do minério de ferro e petróleo, um agronegócio que avançou nos últimos anos trazendo-nos divisas. Mas, nosso país não é uma nação rica. Mas, para enfrentar

esta pandemia catastrófica mister se faz que os cofres disponham de recursos. Neste dilema, temos duas forças ou posições antagônicas, uma defendendo a manutenção da quarentena e outra, pelo retorno às atividades empresariais. Em ambas as alas, existem argumentos de caráter médico, econômico, social que acabam gerando controvérsias e divergências.

De qualquer forma, além das atividades classificadas como essenciais, outras atividades de mercancia deverão ser liberadas ou autorizadas a operar. É nesta situação que deverão ser observadas regras e cuidados na sua adoção.

Lembremos da edição da lei nº 13.979/2020, enfrentamento da emergência de saúde pública. Com fulcro nesta, foram editadas outras normas em nível federal, estadual e municipal. Cabe destacar que os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que a Federação pode estipular regras sobre enfrentamento da síndrome do corona vírus, mas os demais entes podem estabelecer tais regras de forma concorrente.

Sabemos que muitos estão desempregados, outros sofrem redução salarial ou preocupados com a continuidade do contrato de trabalho. Sem falarmos naqueles com atividades (fora da relação de emprego), sem receber, pois o afastamento os impediu de trabalhar. Não deixemos de falar de empresários cujos negócios não operam ou tiveram seu movimento reduzido.

Afinal, todos os entes estatais deverão ser rigorosos para que não haja nova incursão da doença com o aumento do contato de pessoas. Assim, caberá edição de regras para que o empresariado possa dar continuidade ao seu negócio. Assim, deverá autoridade municipal adotar medidas com implementação do serviço de saúde com aquisição de produtos necessários, contratação de especialistas etc. Regular, por exemplo, o transporte público para ser mantido distanciamento necessário dos usuários.

Feitas as ponderações, passemos a abordar a situação de retorno as atividades. *Venia concessa*, não iremos abarcar a controvérsia se a liberação se faz oportuna ou caberia manter o afastamento social.

Temos que acrescentar que o corona vírus trouxe uma série de mudanças e não se sabe precisar como ficará o nosso futuro. Mas, houve considerável número de dispensa de trabalhadores, empresas irão encerrar suas atividades e outra parcela de empresários enfrentarão dificuldades para sobreviver. Isso, vai gerar um aumento do volume de ações judiciais em nosso país e caberá ao empresariado adotar todas as medidas para minimizar tais efeitos.

Não obstante, para consumir é imprescindível ter dinheiro. Talvez, num primeiro passo seja necessário injetar renda às pessoas, com a continuidade ao auxílio emergencial (talvez em valor inferior ao atual) e/ou ampliar o bolsa família a contemplar mais pessoas temporariamente.

O retorno dos trabalhadores deveria ser reduzida àquelas que não podem ser desenvolvidas por *home office*. Cabe lembrar que o trabalho em casa não se restringe ao labor por meio telemático, pois o artigo 83, da CLT já previa o “trabalhador em domicílio”.

Para pessoas jurídicas, deverão reduzir seus custos e ao governo e instituições financeiras lhes incumbirá a viabilização de crédito. Tais medidas por curto espaço de tempo possibilitarão que comece a fluir as atividades de forma generalizada. Falamos em incentivar os elos da *oferta e procura* serem dinamizados.

Para o início das atividades, todo estabelecimento deverá higienizar suas dependências, inclusive balcão, mesas, estações de trabalho, maçanetas de portas, botões de elevador, máquina de café, bebedouro etc. Se possível, exibir imagens com procedimentos de assepsia. Monitorar a entrada de clientes para manter distanciamento entre pessoas. Além disso, fixar um limite de pessoas dentro do estabelecimento, fazendo o excedente aguardar fora do local (organizar as filas externas ao estabelecimento para manter o distanciamento entre as pessoas). Se possível aumentar a ventilação nos ambientes internos. Caberá ao patronato não permitir que os elevadores fiquem lotados, inclusive o número máximo de pessoas em seu uso. Evitar que empregados utilizem transporte público em horários de pico. Se possível constituir comissão para discutir sobre medidas preventivas ou aprimorar a CIPA. Poderá exigir que seus colaboradores utilizem álcool em gel; façam a higiene pessoal como lavar as mãos, uso de lenços ao tossir ou espirrar, efetuar limpeza no solado dos calçados; reforças as notórias recomendações de não tocar nos olhos, nariz, boca durante o trabalho; efetuem troca de roupas ao chegar em casa; usar máscara; óculos; evitar viagens desnecessárias; trabalho seja prestado com a maior distância possível (afinal, cada infectado pode atingir mais 3 pessoas). Por óbvio, que o fornecimento de EPI e EPC não podem ser ignorados.

Outra sugestão seria adotar o procedimento de pessoas recuperadas efetuassem o atendimento ao público de forma presencial (nisso partindo do pressuposto que estariam “imunizadas”). Alguns falam em utilizar pulseiras indicando quem estaria imunizado ou não. Mas, isso pode gerar controvérsias desnecessárias e deve ser melhor analisado antes de sua instituição.

Se mostra interessante a realização de teste clínico para averiguar a condição de cada prestador (mas, sabemos que o país não dispõe do número necessário).

A medição da temperatura dos trabalhadores poderá ocorrer antes e durante a atividade laboral. Deverá ser utilizada aos clientes que pretendam adentrar nas dependências da empresa.

Resta lembrar que nestas práticas deve-se tomar todas as cautelas possíveis. Dizemos isso, pois deve-se evitar qualquer ato que possa ensejar o assédio moral. Com efeito, muitas empresas instituíram programa de *compliance* e não podem permitir atos ofensivos. Outrossim, aquelas que não editaram regras a respeito, o assédio é uma ilicitude e os riscos de sua eclosão devem ser afastados. Vamos insistir que não seja praticado na estrutura do empregador, qualquer ato suscetível de se alegar ofensa a integridade do doente.

Assim, se constatado que alguém poderia estar com a temperatura corporal elevada ou se o exame apontou estar infectado, a reação não pode ser de comoção para tratar a pessoa como se fosse um pária. Afinal, não se pode reprimir a vítima de uma doença. Poder-se-á conduzir o colaborador para outro local e que sejam observadas as regras preventivas, tais como encaminhá-lo para pronto atendimento ou que permaneça em sua residência para aguardar se a moléstia irá progredir (quarentena preventiva). Nesta situação não irá prestar seus serviços, inclusive a lei estabelece a falta justificada (art. 3º, § 3º, da lei 13.979/20).

Diga-se de passagem, nem havia necessidade pois não se pode exigir trabalho de pessoa incapaz de fazê-lo, mas o legislador optou em não deixar dúvidas. No caso de trabalhador apresentar sintomas relacionados à covid, deverá adotar o mesmo procedimento acima, sendo de bom alvitre relatar aos órgãos de saúde.

Não obstante, a pessoa contaminada pode mostrar os sintomas em poucos dias e precisa ficar afastada por cerca de 15 dias (destacamos que a Portaria nº 356/2020 fixa o prazo em 14 dias de medida de isolamento, por recomendação médica ou de agente de vigilância epidemiológica).

Podemos pensar no uso aplicativos, via *smart phone* ou celular, para monitorar que seus colaboradores externos não permanecerem fora de sua residência. No enfoque jurídico, atualmente, no Brasil isso se mostra um tanto controvertido. Esta questão merece uma abordagem para cada caso e empresa específica. Mas, poderia ser aplicado para monitorar estabelecimentos maiores como fábricas ou shoppings centers. Nada impediria aos entes estatais fazer uso para minimizar a circulação de pessoas em tratamento da covid.

Portanto, deverá o empregado demonstrar a observância das regras da lei nº 13.979/2020 e outras que tenham caráter protetivo, inclusive Normas Regulamentadoras. Estar atento às diretrizes da OMS específicas à prevenção. Providenciar diversas medidas acauteladoras, conforme sugeridas acima.

Outrossim, a ocorrência da moléstia pode implicar na responsabilidade do empregador que pela MP 927/20, haveria de demonstrar o nexo causal. **Todavia, o Supremo Tribunal julgou as ADIs de nºs 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354 e suspendeu a eficácia deste dispositivo.** A posição adotada pelo STF, implica que o empregador se preocupe com a situação da sua equipe. No afastamento do empregado por motivo de doença, implica que os primeiros quinze dias o empregador arque com todos os custos remuneratórios. Não obstante, o aumento de afastamentos gera custo, pois o FAP varia de 0,5 a 2,0 e é um fator multiplicador, a depender do risco de acidente da empresa e da contribuição previdenciária paga ao Risco Ambiental do Trabalho (RAT) e esta pode variar de 1% a 3%. Outrossim, há o recolhimento ao FGTS e caberá verificar a existência de normas coletivas ou regras individuais que podem gerar outros ônus. Não vamos olvidar que o artigo 118 da lei 8.213/91, respaldada pela súmula nº 378 do Colendo TST, assegura estabilidade provisória por doze meses após o término do auxílio-doença ao empregado acidentado.

Se faz oportuno, trazer a decisão plenário de Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 828.040, determinando a responsabilidade objetiva do empregador *por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade.* Data vênua, não cabe criticar a posição adotada pela Suprema Corte, que se mostrou coerente dentro daquele caso concreto.

Não obstante, o artigo 29 da MP nº 927, fixou que *não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.* Instado a apreciar a Medida Provisória, em questão, o STF resolveu suspender dois artigos, e dentre eles o art. 29, acima transcrito. Seria exacerbado dizer que a decisão foi prejudicial ou incoerente. Destacamos a fala do Ministro Luiz Roberto Barroso sobre a “prova diabólica”, se exigir que o empregado demonstrasse o nexo causal para demonstrar que a doença adveio do labor. Mas, o STF não definiu a questão, estando suspensa sua eficácia. Todavia, as duas decisões acenderam a preocupação de advogados e empresários, de como ficará o entendimento da Justiça Especializada, encabeçada pelo Tribunal Superior do Trabalho, sobre os casos de empregados e seus familiares acometidos pela covid.

Com efeito, torna-se difícil saber se o empregado contraiu a doença durante o trabalho ou do percurso decorrente do trabalho. Outra questão seria sobre o membro da família que venha a ter a doença. Seria possível se falar que o trabalhador trouxe a contaminação para sua casa? E, se esta situação haveria vinculação com o contrato de trabalho a ponto de responsabilizar o empregador.

Outra questão trazida seria a interpretação das normas com base no *principio in dubio pro operario*, que faria o julgador decidir em prol do trabalhador. Se pensarmos que o empregador assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT), como todo respeito, seria possível que toda sociedade empresária ligada à saúde estaria sujeita a arcar com todos os trabalhadores e colaboradores que tenham a doença. Nisso, podemos acrescentar empresas de transporte público e privado ou toda atividade enquadrada como essencial. Toda esta situação envolvendo a pandemia é nova, traz dúvidas e desponta várias teses sobre a questão.

Mas, visualizando nosso ordenamento jurídico, a lei 8.213/91, no inciso III, do artigo 21, estabelece ser equiparado ao acidente de trabalho *a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade*. Por sua vez, o artigo 21-A estabelece que a perícia médica do INSS caberá considerar a ocorrência da *natureza acidentária da incapacidade*.

O artigo 20, no seu § 1º, inciso "d", diz que não se considera doença do trabalho, a endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo a *comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho*.

Frise-se da lei 8.213/91, artigo 19, § 1º, traz ao empregador a responsabilidade pela *adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador*. E, no § 3º, do mesmo artigo, traz o dever do empregador fornecer *informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular*. Estes dispositivos seguem a orientação da carta magna estampada no art. 7º, inciso XXII, pela redução dos riscos inerentes ao trabalho.

A covid está espalhada pelo mundo a ponto, de se cogitar de se prolongar por anos. Assim, cabe trazermos à baila, os princípios ambientais da precaução e da prevenção.

Prevenção parte do conhecimento da situação de risco e as medidas a serem adotadas para o dano não eclodir. A precaução advém do desconhecimento técnico científico dos efeitos danosos. Ambos princípios caminham juntos em impedir danos à coletividade. *Venia concessa*, em relação à covid temos a destacar o princípio da prevenção.

Sobre este princípios, trazemos à colação do julgado do RE 627.189 SP, o Ministro Celso de Mello, citando o mestre Edis Milaré, na sua obra "Direito do Ambiente": "A invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido". Não obstante, o Ministro Luiz Roberto Barroso, esclarece sobre a melhor aplicação, em matéria ambiental: " Ocorre que a precaução não é o único elemento a ser considerado no presente caso, havendo necessidade de se identificar os demais princípios relevantes e eventualmente colidentes, para que, após, seja realizado um juízo de ponderação, de modo a encontrar uma solução que restrinja apenas na medida indispensável o campo de abrangência de cada um dos princípios em conflito". Pelo princípio da prevenção cabe ao empregador fazer prova que adotou as medidas possíveis.

Em síntese, visando minorar os riscos à saúde dos seus colaboradores e empregados, cabe ao empresário certificar-se que as medidas de prevenção foram repassadas ao corpo funcional e exigir que sejam cumpridas. Dentre elas não perder de vista as normas editadas para coibir ou minimizar os riscos da propagação da doença, sem perder de vista as orientações dos órgãos de saúde a destacar da OMS.

Portanto, caberá ao empregador manter consigo elementos comprobatórios a justificar o retorno (ou continuidade) dos negócios foram adotadas todas medidas preventivas para que não ocorresse a incidência da doença.

NOTA

[1] Advogado militante no Rio de Janeiro/RJ. Pós-graduado em Dir do Petróleo, Gás Natural e Energia pela Universidade Candido Mendes e pós-graduado em Dir do Trabalho pela Universidade Gama Filho

EXECUÇÃO FISCAL: PECULIARIDADES DA RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO FAZENDÁRIO

MARÍLIA CARDOSO YOKOZAWA:

Advogada. Bacharel em direito pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Goiás

RESUMO: O presente artigo abrange um importante instituto comum ao direito processual e tributário: a execução fiscal. Trata-se, em suma, do instrumento de que dispõe a Fazenda Pública para buscar a satisfação de seus créditos inscritos em dívida ativa. O procedimento, regulado pela Lei 6.830 de 1980 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil, também encontra regramento no Código Tributário Nacional e possui especificidades que o distinguem sobremaneira do procedimento executivo à disposição dos particulares. Consubstanciando relevante ferramenta na recuperação de créditos fazendários, é de suma importância a sua compreensão. Assim, este trabalho visa analisar os contornos e peculiaridades da execução fiscal.

Palavras-chaves: Execução fiscal. Fazenda Pública. Certidão de dívida ativa. Créditos tributários e não tributários.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Execução fiscal: breves noções. 3. Título executivo: certidão de dívida ativa. 3.1. Dívida ativa. 3.2. Inscrição em dívida ativa. 3.3. Créditos inscritos em dívida ativa. 4. Legitimidade ativa. 5. Legitimidade passiva. 6. Garantias dos créditos inscritos em dívida ativa. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa de (CRFB/1988), atribuiu ao Poder Público muitas e relevantes obrigações para com os administrados. Não é à toa que a nossa Carta Magna recebeu o nome de Constituição Cidadã.

Se, por um lado, o Estado tem o dever constitucional de atendimento das necessidades públicas, por outro, é preciso que existam recursos para custear as despesas que dali decorrem. Nesse contexto, a atividade financeira do Estado revela-se um grande pilar do nosso Estado Democrático de Direito.

Por atividade financeira do Estado compreende-se, de forma simplificada, a atuação estatal na obtenção, gestão e aplicação de receitas públicas, com o fim de satisfazer o interesse da coletividade.

A aplicação e gestão dos recursos é tarefa que incumbe, em regra, aos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente por meio do processo legislativo das leis orçamentárias e da adoção e priorização de determinadas políticas públicas. Todavia, a própria existência de um Estado não seria possível sem a existência de receitas públicas.

Nesse cenário, figurando como principal fonte de receita estatal, encontram-se os tributos. Esses, em um cenário utópico, deveriam ser voluntariamente pagos pelo contribuinte, mas a realidade é muito diferente disso.

Todos os dias, o Poder Público, em qualquer que seja o âmbito da federação, ajuíza inúmeras execuções com o objetivo de forçar o contribuinte ao cumprimento da obrigação tributária. Essa execução, diferentemente daquela à disposição dos particulares, possui regramento próprio e recebe o nome de execução fiscal.

A execução fiscal é regulada pela Lei 6.830 de 1980 (LEF) e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil (CPC). Outrossim, também encontra regramento no Código Tributário Nacional (CTN), possuindo muitas especificidades.

O relatório do Conselho Nacional de Justiça (2019, p. 131), “Justiça em números”, apresentado em 2019, que analisou dados estatísticos compreendidos entre 2009 e 2018, concluiu que os processos de execução fiscal representam cerca de “39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%”. Isso quer dizer que, “de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados”. De modo que, caso fossem desconsiderados os processos executivos fiscais, a “taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5 pontos percentuais, passando de 71,2% para 62,7% em 2018”.

Como se constata, patente é o dever de estudar e melhor compreender a execução fiscal. Importância essa que se revela não só pela imprescindibilidade de recuperação dos créditos tributários, como também pela necessidade de aperfeiçoar a prestação jurisdicional e, por conseguinte, a eficiência de todo o poder judiciário.

2. EXECUÇÃO FISCAL: BREVES NOÇÕES

O processo de execução, assim como muitos dos nossos institutos, tem suas raízes históricas no Direito Romano. Muito embora não seja possível precisar quando surgiu o simples ato de “cobrar uma dívida”, a Lei das Doze Tábuas já estabelecia regras para a execução de débitos.

A antiga legislação estabelecia que a execução era privada e penal. Privada, porque efetivada pelo próprio credor, não pelo juiz ou outra autoridade pública. Penal, porque eram previstos cruéis castigos físicos e morais com o intuito de coagir o devedor a sanar a sua dívida (GRECO, 1999, p. 11-13)^[11].

Interessante observar a razão de ser de um procedimento tão cruel, já que o credor poderia satisfazer o seu crédito com os bens do devedor. Segundo Leonardo Greco (1999, p. 14), os romanos, nessa época, não concebiam a ideia de se obrigar alguém a entregar os seus bens, uma vez que o “respeito ao direito real do devedor sobre seus bens predominava sobre o direito pessoal do credor”.

Com o transcorrer do tempo e a evolução do direito, houve uma humanização da execução, que passou a recair somente sobre o patrimônio do devedor e mediante controle estatal (DINAMARCO, 2002, p. 53). No Direito Romano, a mudança de paradigma ocorreu a partir da evolução do conceito de obrigação, com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, em 428 a.C (MONTEIRO, 2003, p. 6).

Fazendo um salto histórico, na mais significativa legislação da era moderna, o Código de Napoleão, de 1789, não há dúvidas da consagração da responsabilidade patrimonial. Hoje, a humanização do Direito fez ainda com que, mesmo no patrimônio do devedor, alguns bens não se submetessem à execução, os chamados de bens impenhoráveis (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 71).

No Brasil, desde o início, a execução era uma atividade estatal (DINAMARCO, 2002, p. 74).

No que diz respeito à execução fiscal, historicamente relacionada à existência de tributos, pode-se dizer que teve origem antes mesmo da Independência do Brasil, com a cobrança de impostos no Brasil colonial, que incidiam sobre os mais diversos produtos, como, por exemplo, açúcar, tabaco, ouro, diamantes, algodão, café, pau-brasil, carne de porco salgada, escravos e até sobre empregos públicos (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2015, /s.p.)^[12].

Após a proclamação da república, três são os diplomas que versaram sobre a execução fiscal no Brasil: o Decreto-Lei 960/1938, o Código de Processo Civil (CPC) de 1973 – ambos já revogados – e a Lei 6.830/1980, também conhecida como Lei de Execução Fiscal (LEF), além do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, cuja aplicação é subsidiária às ações executivas fiscais, nos termos do art. 1º, da Lei 6.830/1980.

A LEF, que desde 1980 rege o procedimento de cobrança dos débitos inscritos em dívida ativa, surgiu com o intuito de conferir maior celeridade às execuções por quantia certa em que figurasse como credora a Fazenda Pública, uma vez que à época aplicavam-se a esses procedimentos o Código de Processo Civil de 1973. Ou seja, a execução fiscal não é regulada pelo CPC de 2015, mas sim por uma lei especial, que, além das normas procedimentais, estabelece normas de direito financeiro e material. Todavia, o diploma processual civil aplica-se a ela subsidiariamente.

Dispõe o art. 1º da Lei 6.830/1980 que “a execução judicial para cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por essa lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”. Na prática, constata-se que, em termos gerais, a execução fiscal submete-se à disciplina da execução por quantia certa, com as peculiaridades que visam conferir mais prerrogativas à Fazenda Pública (DONIZETTI, 2017, p. 1379) e, por conseguinte, abreviar a satisfação do crédito.

Neste ponto faz-se necessária uma observação. A LEF data de 1980. Após a sua entrada em vigor, o CPC de 1973 passou por algumas reformas, culminando, em 2015, com a publicação de uma nova legislação processual civil. É assente na comunidade jurídica que a Lei 6.830/1980 veio para favorecer a cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa, cercando-os de garantias e privilégios e conferindo a eles um tratamento mais efetivo do que aos créditos comuns. Por conseguinte, deve-se interpretar o ordenamento processual de forma sistemático-teleológica, isto é, levando sempre em consideração a unidade do sistema, bem como a finalidade para a qual a norma foi editada.

Com supedâneo na Teoria do Diálogo das Fontes^[3], fixou-se o entendimento de que “todas as regras do CPC que, não obstante tratamento expresso da LEF, forem mais benéficas à efetivação do crédito da Fazenda Nacional, devem ser aproveitadas pela execução fiscal” (OLIVEIRA, *apud* COELHO, 2016, p. 333). O Superior Tribunal de Justiça (STJ), inclusive, adotou a teoria ao analisar a aplicação do CPC/73 à execução fiscal^[4].

Em outros termos, mesmo tratando-se a LEF de uma lei especial, as normas previstas na lei processual civil que confirmam maior celeridade e efetividade à execução, ainda que contrárias aos ditames da LEF, devem ser aplicadas ao executivo fiscal, já que atendem ao interesse público, que é a *ratio legis* da Lei 6.830/1980.

Assim, pode-se concluir que a aplicação “subsidiária” do CPC deve importar na incidência dessa legislação naquilo em que favorecer o Poder Público – e não apenas naquilo em que for omissa a lei especial (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 77).

Importante ressaltar também que, quanto aos créditos de natureza tributária, haverá sempre prevalência das normas gerais previstas no CTN sobre as previstas na LEF. Isso porque o artigo 146, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), determina à lei complementar a obrigatoriedade de regulação de normas gerais em matéria tributária.

Dessa forma, uma vez que o CTN tem status de lei complementar e a Lei 6.830/1980 é ordinária, “as normas de caráter material presentes na LEF não terão aplicabilidade ao crédito tributário quando regulem matéria reservada à lei complementar ou quando incompatíveis com o CTN” (GODOI, 2017, p. 46).

Mas em que consiste a execução fiscal?

A execução fiscal pode ser conceituada como o procedimento por meio do qual a Fazenda Pública, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, podem efetuar a cobrança de sua dívida ativa.

Em outros termos, trata-se a execução fiscal de uma modalidade de execução por quantia certa, com base em título extrajudicial, constituído pela certidão de dívida ativa regularmente inscrita, de “caráter expropriatório, que se realiza no interesse da Fazenda Pública, como tal compreendida a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias” (DONIZETTI, 2017, p. 1378).

Vale mencionar o claro conceito proposto por Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p. 432), segundo o qual, a execução fiscal:

(...) é um procedimento especial de execução fundada em título extrajudicial para a satisfação de quantia certa. Ela caracteriza-se pela presença de 2 (dois) elementos: o sujeito ativo e o objeto. Somente se considera execução fiscal se o exequente for a Fazenda Pública e o valor cobrado compuser a sua dívida ativa.

Dessa forma, a LEF regula a cobrança dos créditos fazendários pelo procedimento da execução, “independentemente da natureza pública ou privada dos

créditos em si, desde que possuam liquidez e certeza, confirmadas em procedimento prévio e legalmente disciplinado” (GODOI, 2017, p. 43).

Como se sabe, toda execução funda-se em um título executivo, que pode ser judicial ou extrajudicial. Em ambos os casos, é imprescindível que ele represente uma obrigação líquida, certa e exigível. Os títulos judiciais estão previstos no artigo 515, do CPC. Os extrajudiciais, por sua vez, estão em boa parte relacionados no artigo 784, do CPC e, dentre esses últimos, destaca-se a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública (inciso IX).

Diferentemente dos demais títulos extrajudiciais, a certidão de dívida ativa é formada unilateralmente, sem manifestação de vontade do devedor, razão pela qual a sua formação exige a estrita observância de procedimento administrativo. Não obstante essa condição, “o fato de serem inscritos pelo Poder Público lhes confere autoridade e uma via própria para a execução. Processam-se sob o regime da execução fiscal (Lei 6.830/1980)” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 43).

As outras prestações, a seu turno: fazer, não fazer e entregar coisa, tem seu procedimento regulado pelo CPC, não sendo a execução fiscal meio hábil para exigi-las.

Também não pode se submeter aos trâmites da execução fiscal a cobrança de créditos, tributários ou não, devidos por outra Fazenda Pública. Seja fundada em título extrajudicial ou judicial, a execução contra a Fazenda Pública tem seu regime disciplinado pela CRFB/88, que estabelece ser necessário observar o regime de precatórios ou de requisição de pequeno valor (RPV). Isso porque, além dos pagamentos serem despendidos pelo erário, não há a adoção de medidas expropriatórias para satisfazer o crédito, pois os bens públicos são, em geral, impenhoráveis e inalienáveis (CUNHA, 2018, p. 355-356).

Essas particularidades do processo executivo contra o Estado constituem-se necessárias adequações procedimentais, “na medida em que as exigências do direito material na disciplina das relações jurídicas que envolvem a Fazenda pública influenciam e ditam as regras processuais” (CUNHA, 2018, p. 355).

Assim, a cobrança de outra Fazenda Pública se dá nos moldes do artigo 910 do CPC e artigo 100 da Constituição Federal. Por outro lado, não sendo a Fazenda Pública a executada, mas a exequente, e o título executivo, a certidão de inscrição em dívida ativa, não há outro procedimento a ser adotado que não o disciplinado na Lei 6.830/1980.

Quando se trata de execução fiscal, seja qual for a finalidade, é imprescindível ter em mente que, a depender da natureza do crédito, se tributário ou não tributário – também denominado de residual –, as normas aplicáveis podem ser diferentes. É o caso, a título exemplificativo, do procedimento de constituição (formação) do crédito que será executado, já que os tributários, via de regra, passam por um procedimento denominado lançamento, cujas regras estão previstas no Código Tributário Nacional (CTN) e sobre o qual há uma série de peculiaridades, a depender do tipo de tributo. Os não tributários, por sua vez, dada a diversidade de naturezas que podem possuir, não têm um procedimento único definido. Outro exemplo é o instituto da fraude à execução, pois aos créditos tributários aplica-se o disposto no CTN e aos não tributários, a disciplina constante do CPC.

Feitas as necessárias ressalvas, cumpre destacar que, além da peculiaridade de a Fazenda Pública poder formar unilateralmente a certidão de inscrição em dívida ativa, que instruirá a execução fiscal eventualmente ajuizada, a sistemática de cobrança dos créditos fazendários envolve uma série de garantias e prerrogativas não só do crédito, mas também do ente fazendário, as quais se justificam pela natureza, importância e destinação do valor cobrado, bem como pela supremacia do interesse público.

O processo executivo fiscal e o Poder Público em juízo constituem disciplinas de extrema amplitude e com incontáveis questões importantes, razão pela qual, dada a impossibilidade de serem tratadas em sua integralidade, serão tratados seus aspectos mais distintivos e característicos: o título executivo (a certidão de dívida ativa), a legitimidade ativa e passiva, bem como as garantias do crédito inscrito em dívida ativa.

3. TÍTULO EXECUTIVO: CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

O processo de execução somente pode ser instaurado se houver um documento ao qual a lei atribua eficácia executiva: o título executivo. Independentemente da modalidade de execução, ela obrigatoriamente deve ser lastreada por um título executivo judicial ou extrajudicial. Sem ele o processo é nulo.

Como já mencionado, somente o crédito inscrito em dívida ativa é passível de execução fiscal. Logo, por ser a certidão de dívida ativa formada sem interferência da jurisdição, trata-se de um título extrajudicial. Todavia, há uma singularidade que o distingue da maioria dos demais: ele é formado sem a manifestação de vontade do devedor (DONIZETTI, 2017, p. 1379).

Não restando dúvidas de que o título executivo que lastreia a execução fiscal é a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do

Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei (artigo 784, CPC e artigo 1º, Lei 6.830/1980), é importante esclarecer o que vem a ser dívida ativa, bem como do que se trata a inscrição em dívida ativa.

3.1 Dívida ativa

Nos termos do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal, a dívida ativa da Fazenda Pública é aquela definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320/1964 (Lei dos Orçamentos Públicos), que dispõe sobre as normas gerais de direito financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. A dívida abrange ainda a atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato dos respectivos créditos (§ 2º).

Melhor dizendo, a dívida ativa representa o conjunto de créditos de natureza tributária ou não tributária, de titularidade de algum Ente Público, independentemente da sua origem, contanto que haja “os atributos da liquidez e certeza, certificados em procedimento prévio e legalmente disciplinado, englobando, inclusive, a atualização monetária, os juros, a multa ou quaisquer outros encargos, definidos em lei ou contrato, incidentes sobre o valor do crédito” (GODOI, 2017, p. 46). Percebe-se, portanto, que os créditos que compõem a dívida podem ter origem tributária ou não tributária.

A dívida ativa tributária é formada pelos créditos dos Entes Públicos, provenientes de tributos e seus respectivos acessórios. Ela pode ser conceituada como “um crédito público originado pelo não pagamento de um determinado tributo pelo sujeito passivo, no prazo fixado pela norma regente da exação, constituída em procedimento prévio e disciplinada por lei” (GODOI, 2017, p. 47).

Dispõe o artigo 201 do CTN: “Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”.

O Supremo Tribunal Federal (STF), adepto da teoria pentapartida na classificação dos tributos em espécie, entende como de natureza tributária a dívida decorrente de impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios (ALEXANDRE, 2018, p. 54). Ou seja, pode-se concluir que a dívida ativa tributária é formada pelo não pagamento de qualquer tributo, no prazo previsto em lei, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, após devidamente

constituído o crédito tributário, por meio do lançamento^[5] e julgamento de eventuais recursos administrativos; procedimento este que o torna líquido e exigível^[6].

Ao constatar o inadimplemento do crédito tributário regularmente constituído, o fisco o inscreve na dívida ativa, originando a certidão de dívida ativa (CDA), momento a partir do qual o crédito tributário, que antes era apenas exigível, torna-se exequível e passível, portanto, de embasar uma execução fiscal.

A dívida ativa não tributária, a seu turno, é constituída pelos demais créditos da Fazenda Pública, enumerados não exaustivamente no § 2º, artigo 39, da Lei 4.320/1964.

Além disso, qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei à Fazenda Pública, será considerada dívida ativa, passível, portanto, de ser exigida via execução fiscal (§ 1º, artigo 2º, da LEF).

3.2 Inscrição em dívida ativa

Não há dívida ativa ou certidão de dívida ativa – e, por conseguinte, não há execução fiscal – sem a regular inscrição do crédito em dívida ativa.

Nos termos do § 3º, artigo 2º, da LEF, “a inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito”.

A inscrição nada mais é do que um ato administrativo, realizado pela autoridade competente, com o objetivo de verificar a legalidade do crédito (quanto à existência, valor e acessórios), do qual resulta sua liquidez e certeza (artigo 3º, Lei 6.830/1980 e artigo 204, do CTN). Passando, após escoado o prazo para pagamento voluntário, a ser judicialmente exigível (DONIZETTI, 2017, p. 1380).

Relativamente ao crédito tributário, após a finalização do procedimento administrativo que o constitui definitivamente ou ocorrido o ato a partir do qual ele é considerado constituído, “sem que tenha o contribuinte apresentado impugnação e/ou recurso previsto na lei, ou, ainda, após o julgamento definitivo de eventual irresignação interposta, com o vencimento do prazo para o pagamento do crédito definitivamente constituído” (GODOI, 2017, p. 65), o procedimento é enviado para quem detém a competência de apurar, inscrever e cobrar judicialmente a dívida^[7].

No que concerne aos créditos não tributários, sua constituição segue, em linhas gerais, a mesma sistemática administrativa aplicada ao crédito tributário. Mesmo não havendo a previsão de um procedimento administrativo de constituição

único – o que seria impossível, porque diversos e distintos são os créditos não tributários passíveis de inscrição em dívida ativa – após se tornarem exigíveis e não pendendo nenhum recurso de qualquer natureza acerca dele, há o encaminhamento para quem pode inscrevê-lo em dívida ativa.

Em suma,

O crédito fazendário somente é inscrito “depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular” (art. 201 do CTN). E, esclarece o art. 160 do CTN, o vencimento do crédito tributário ocorre trinta dias após a notificação do sujeito passivo do lançamento, se a lei não fixar, expressamente, o tempo do pagamento. Quanto ao crédito não tributário, existirá inscrição se o obrigado não cumpriu a obrigação, no tempo e modo devidos. Em qualquer hipótese, a inscrição abrange créditos já exigíveis - e, por esse motivo, o inadimplemento subsiste como pressuposto da inscrição e da ulterior execução. (ASSIS, 2016, p. 1057)

Independentemente de qual seja o crédito analisado, é obrigatória, para ambas as categorias de créditos, a observância dos princípios básicos que norteiam qualquer processo, seja ele judicial ou administrativo: o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório¹⁸¹.

Encerrado o procedimento administrativo, procede-se à inscrição propriamente dita do montante devido em dívida ativa. O ato de inscrição realiza-se com a lavratura do termo de inscrição, que deverá conter os requisitos elencados no § 5º, artigo 2º, da LEF e artigo 202, do CTN. São eles:

ELEMENTOS DO TERMO DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA
a) o nome do devedor e, sendo caso, o dos corresponsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;
b) a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos e demais encargos previstos em lei ou contrato;
c) a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;
d) a indicação, se for o caso, da sujeição da dívida à correção monetária, com indicação do fundamento legal e do termo inicial para o cálculo;
e) a data em que foi inscrita;

- f) sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

A partir do termo, extrai-se a certidão de dívida ativa, que deverá conter, além dos requisitos acima mencionados, a indicação do livro e da folha em que essa se realizou (artigo 202, parágrafo único, CTN).

O termo de inscrição em dívida ativa “é o documento que formaliza a inclusão da dívida do contribuinte no cadastro de dívida ativa”. Dele extrai-se “a respectiva Certidão de Dívida Ativa (CDA), que deverá conter os mesmos dados e que valerá como título executivo”. Os mencionados elementos “têm por fim evidenciar a certeza e liquidez do crédito neles representados e ensejar ao contribuinte o exercício efetivo do seu direito de defesa quando do ajuizamento da execução fiscal” (PAULSEN, 2017, p. 310-311).

Importante mencionar que a inscrição e a extração da certidão de dívida ativa devem ser feitas com extremo rigor formal. A omissão de quaisquer dos requisitos formais exigidos ou erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente. No entanto, pode a nulidade ser sanada somente até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula e retorno ao sujeito passivo, acusado ou ao interessado do prazo para defesa (artigo 203, CTN e artigo 2º, § 8º, LEF). Nesse sentido, há entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 392: A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”.

Ademais, o reconhecimento de nulidade depende da demonstração de prejuízo à defesa:

Eventual vício que não comprometa a presunção de certeza e liquidez e que não implique prejuízo à defesa, como no caso em que o débito já restou sobejamente discutido na esfera administrativa, não justifica o reconhecimento de nulidade, considerando-se, então, como simples irregularidade (PAULSEN, 2017, p. 311).

Em suma, após realizada a inscrição, é emitido o respectivo termo, do qual se extrai a certidão de inscrição em dívida ativa, que é o título executivo extrajudicial que fundamenta a propositura do procedimento executório fiscal.

Neste ponto, vale ainda destacar que, muito embora se afirme que a certidão de dívida ativa é um título formado unilateralmente, sem a manifestação de vontade do devedor, “instaurado o procedimento administrativo, o devedor será notificado para pagar o valor devido ou apresentar as razões de defesa” e somente “não efetuado o pagamento, não apresentada defesa ou vindo esta a ser rejeitada, sobrevirá o ato administrativo de inscrição do valor na dívida ativa” (CUNHA, 2018, p. 433-434).

Destarte, por mais que a CDA seja um título executivo que pode ser formado sem a interferência do sujeito passivo da obrigação, o procedimento administrativo de constituição do crédito assegura, ao executado, a oportunidade de pagamento do débito antes do ato de inscrição, bem como o exercício do contraditório e da ampla defesa. Tanto é que, conforme mencionado, padece de nulidade – desde que tenha havido prejuízo à defesa – a inscrição que seja omissa ou que apresente erros quanto aos seus elementos formais, pois considera-se que, nessa hipótese, não foram fornecidas ao devedor as informações suficientes para o pleno exercício do direito de defesa. No mesmo sentido, esclarece Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 396):

A regularidade do processo administrativo é pressuposto básico da execução, mormente no que diz respeito à intimação inicial do contribuinte e ao exercício do livre direito de defesa. Por isso, “provando-se irregularidades no processo administrativo, que o sacrificaram completamente, sobretudo quanto à inscrição, que é formalidade essencial da constituição do débito, a ação proposta não tem cabimento” (REsp 816.069/RS). Padecendo de nulidade a inscrição, o vício atinge a ação executiva, tornando o processo passível de nulidade *ex radice*, por não se considerar mais a dívida como líquida e certa.

Isso porque “as exigências formais quanto à composição do Termo de Inscrição em Dívida Ativa, devidamente arroladas em lei, têm o objetivo de promover a mais completa transparência à higidez do crédito público cobrado”, além de assegurarem a “ampla defesa do devedor e, com isso, legitimar a presunção de liquidez e certeza do crédito inscrito em dívida ativa, diante dos privilégios concedidos à Fazenda Pública na relação obrigacional. Por fim, garantem o equilíbrio da relação Estado-particular” (GODOI, 2017, p. 78).

3.3 Créditos inscritos em dívida ativa

A execução fiscal representa o único instrumento processual para recuperação do crédito público inscrito em dívida ativa¹⁹¹. Além disso, não se exige que a fazenda pública seja titular do crédito, basta que a lei atribua a ela o dever de cobrá-lo. Todavia, se a Fazenda Pública dispõe de outro título que não seja a certidão de dívida ativa, não caberá execução fiscal.

Independentemente de ter origem tributária ou não tributária, todo crédito que passe por um processo administrativo tendente a apurar a sua legalidade, identificar os sujeitos ativos e passivo da obrigação, fixar o valor devido e identificar a causa da obrigação, dele notificando-se o devedor, pode ser considerado um crédito fiscal, apto, por conseguinte, a ser inscrito em dívida ativa e cobrado mediante execução fiscal (MOURA, 2017, p. 55). Isto é, a dívida ativa da Fazenda Pública é constituída por créditos tributários e não tributários, cuja cobrança seja atribuída por lei àquela, nos termos do artigo 2º, § 1º, Lei 6.830/1980 e artigo 39, Lei 4.320/1964.

Segundo Elpídio Donizetti (2017, p. 1379), “para caracterizar dívida ativa, passível de execução fiscal, é indispensável que seja originária de relação de direito público”.

No que tange à dívida ativa tributária, não restam dúvidas, é constituída pelos créditos da mesma natureza, regularmente inscritos na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular (artigo 201, CTN). Resulta, portanto, do não pagamento de impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios, bem como das infrações à legislação tributária, que, muito embora não sejam tributos – já que esses não podem constituir uma sanção (artigo 3º, do CTN) –, são dívidas fiscais.

A dívida ativa não tributária, a seu turno, é composta por créditos que não possuem natureza tributária, inscritos pelo setor administrativo legalmente competente para a execução do ato, após a devida apuração na forma prevista em lei, “cuja origem decorre do exercício do poder de império, na modalidade de poder de polícia, ou de atividade legalmente conferida à autoridade de direito público” (GODOI, 2017, p. 47).

Outrossim, o artigo 39, § 2º, Lei 4.320/1964, apresenta rol não exaustivo de créditos que compõem a dívida ativa não tributária, a saber: multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em

moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

Considerando a extensão da lista, poder-se-ia inferir que qualquer dívida de natureza não tributária poderia ser inscrita em dívida ativa. Todavia, “apenas a dívida não tributária originada de atividade típica de direito público própria da credora fazendária, baseada na lei, no poder de império ou contrato, mostra-se passível de inscrição em dívida ativa e cobrada pelo procedimento da LEF”. As atividades acidentais do poder público ou aquelas que não se inserem dentro de suas finalidades precípuas não podem integrar a conceituação de dívida ativa não tributária (GODOI, 2017, p. 47-49).

O Poder Judiciário tem adotado posicionamento mais rigoroso quanto à definição de crédito não tributário. Assim, além de observar o que dispõe a Lei 4.320/1964 e a Lei 6.830/1980, exige-se a existência de uma “norma específica que, ao mesmo tempo, integre a conceituação definida nos referidos dispositivos legais e, expressamente, autorize a constituição unilateral do crédito não tributário, com inscrição em dívida ativa e a cobrança pelo procedimento da LEF” (GODOI, 2017, p. 49).

O tratamento mais rigoroso, no entanto, não muda o fato de que “quase todas as fontes de receita da Fazenda Pública [...] mostram-se passíveis de formar créditos exequíveis pelo rito especial, haja vista a remissão do art. 2º, *caput* e § 1º” da LEF (ASSIS, 2016, p. 1051).

Por outro lado, alguns créditos não são passíveis de inscrição em dívida ativa porque já estão consolidados em títulos executivos judiciais ou extrajudiciais. Logo, por já ostentarem as condições de certeza, liquidez e exigibilidade, não há razão de inscrevê-los em dívida ativa, posto que não carecem ser “dotados do que já são” (CUNHA, 2018, p. 526). É o caso, por exemplo, das multas e condenações dos Tribunais de Contas, que, por força do artigo 71, § 3º, já possuem eficácia executiva; bem como dos honorários advocatícios em favor da Fazenda Pública, uma vez que se fundam em um título executivo judicial, cabendo cobrá-los pelo procedimento do cumprimento de sentença a partir do artigo 523 do CPC (REsp. n. 1126631/PR)^[10].

Também não podem ser inscritos em dívida ativa, a título exemplificativo, os créditos oriundos de ilícito extracontratual, pois, além da falta de dispositivo legal específico que autorize expressamente a inscrição em dívida ativa, ainda falta liquidez e certeza dos valores cobrados^[11]; e os valores indevidamente pagos a título de benefício previdenciário, porquanto trata-se de hipótese de enriquecimento ilícito,

que deve ser apurada mediante ação de responsabilidade civil, diante da ausência de norma específica autorizando a inscrição em dívida ativa^[12].

Como já dito, muitos são os créditos não tributários da Fazenda Pública que podem ser inscritos em dívida ativa. Assim, enumeram-se, a seguir, os exemplos mais recorrentes ou já consolidados na jurisprudência^[13]:

CRÉDITOS NÃO TRIBUTÁRIOS QUE PODEM SER INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA:
a) multas de forma geral ^[14] ;
b) multas eleitorais, advindas da infringência da lei eleitoral;
c) multas trabalhistas, decorrentes do exercício de fiscalização por parte da Auditoria do Trabalho nas Delegacias Regionais do Trabalho;
d) multas por ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 77, § 3.º, do Código de Processo Civil;
e) multas administrativas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por força da Lei 12.529/2011;
f) créditos da Secretaria do Patrimônio Público, devidos em face à exploração de bem pertencente à União;
g) valores decorrentes de ilícitos administrativos cometidos por servidores públicos federais, uma vez que a apuração do ilícito advém de um processo administrativo prévio e há norma específica permitindo a inscrição em dívida ativa ^[15] ;
h) débitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), nos termos da Lei nº 8.844/94;
i) créditos rurais, assumidos pela União de instituições financeiras públicas, como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal ^[16] .

Por fim, importa destacar que as contribuições instituídas em favor das autarquias também constituem dívida ativa, passível de execução fiscal. Não se pode dizer o mesmo de créditos das empresas públicas e sociedades de economia mista, que não podem ser cobrados conforme disposições da LEF (DONIZETTI, 2017, p. 1379). Essa questão será melhor analisada no tópico seguinte, sobre a legitimidade ativa na execução fiscal.

4. LEGITIMIDADE ATIVA

A execução fiscal caracteriza-se pela presença de dois elementos: um objeto, que é a cobrança de crédito inscrito em dívida ativa; e um sujeito ativo, que

é a Fazenda Pública (CUNHA, 2018, p. 432). Logo, é incontestável que possuem legitimidade para propor execução fiscal os entes denominados de Fazenda Pública.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a expressão Fazenda Pública é utilizada para “designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira” (CUNHA, 2018, p. 2). Isto é, o termo refere-se à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e às suas respectivas autarquias e fundações.

Incluem-se também, no conceito de Fazenda Pública, as agências e as associações públicas. Às primeiras, que podem ser reguladoras ou executivas, “tem se atribuído a natureza jurídica de autarquias especiais, significando dizer que tais agências se constituem de pessoas jurídicas de direito público destinadas a desempenhar atividade pública”. As associações públicas, por sua vez, são constituídas por consórcio público e desfrutam da condição de pessoa jurídica de direito público (CUNHA, 2018, p. 4).

Percebe-se que o conceito de Fazenda Pública envolve os entes da administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e da indireta (autarquias e fundações públicas), com exceção das denominadas empresas estatais, isto é, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Essas, muito embora integrem a administração indireta, são pessoas jurídicas de direito privado, submetendo-se ao regime jurídico de direito privado e não integram o conceito de Fazenda Pública.

Além disso, há expressa disposição constitucional no artigo 173, § 2º: “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

Há, no entanto, duas exceções.

Em primeiro lugar, tem-se a situação excepcional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT). “O Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que a EBCT é equiparada à Fazenda Pública, de modo que está legitimada à propositura de execução fiscal” (BARROS, 2016, p. 220).

Dispõe o artigo 12, do Decreto-Lei 509/1969:

Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de

seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.

Percebe-se que o dispositivo legal concede à EBCT, uma empresa pública, as mesmas prerrogativas inerentes à Fazenda Pública, em conflito direto com a previsão do artigo 173, § 2º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CFRB/88)^[17].

Todavia, o STF e o STJ pacificaram o entendimento de que a EBCT, por prestar em exclusividade o serviço postal, que é um serviço público da União (artigo 21, inciso X, CF), inclui-se no conceito de Poder Público e, por conseguinte, goza das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública. Além disso, entendem os Tribunais Superiores que o Decreto-Lei 509/1969 foi recepcionado pela CFRB/88, corroborando a constitucionalidade da extensão das garantias dos entes públicos à EBCT. Veja:

1. A prestação do serviço postal consubstancia serviço público (art. 175 da CB/88). A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal tendo sido criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1969.

2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, quando do julgamento do RE 220.906, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 14.11.2002, à vista do disposto no artigo 6º do decreto-lei nº 509/69, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é “pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, artigo 21, X)” [...]

(ACO 765 QO, Rei. Min. Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2005, DJe-211 de 06/11/2008)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. EMPRESA ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. ATUAÇÃO ESSENCIALMENTE ESTATAL. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509/69, presta em exclusividade o serviço postal, que é um serviço público, não consubstanciando atividade econômica (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJ 26/02/2010). Por essa razão, goza de algumas prerrogativas da Fazenda Pública, como prazos processuais, custas, impenhorabilidade de bens e imunidade recíproca. [...]

(AgRg no REsp 1308820/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 10/06/2013)

Ou seja, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por estar inserida no conceito de Fazenda Pública, pode cobrar seus créditos passíveis de inscrição em dívida ativa por meio de execução fiscal.

Como segunda exceção, tem-se a Caixa Econômica Federal (CEF). Consoante mencionado anteriormente, os débitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), muito embora não possuam natureza tributária, podem ser cobrados pelo procedimento da execução fiscal. A CEF, por sua vez, está legitimada a cobrar o FGTS via execução fiscal, com fundamento no artigo 2º da Lei 8.844/1994, que dispõe competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em dívida ativa dos débitos para com FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da CEF, mediante convênio, a representação judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança da contribuição, multas e demais encargos previstos na legislação respectiva (BARROS, 2016, p. 220).

À vista disso, a CEF, por meio de convênio firmado com o poder público, pode promover execução fiscal, na condição de substituto processual, do FGTS para cobrar valores não recolhidos a esse fundo¹⁸¹ – Resp. n. 1.126.491/RS (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 1011).

Ressalvadas as duas exceções, reitera-se que não se exige que a fazenda pública seja titular do crédito, bastando que a lei atribua a ela o dever de cobrá-lo. Nesse sentido, observa-se, a título exemplificativo, os já mencionados créditos rurais, que, uma vez transferidos das instituições financeiras para o Poder Público, podem ser por este cobrados via execução fiscal, independentemente da natureza pública ou privada que ostentem.

Importante destacar, ainda, a peculiar situação dos Conselhos Profissionais. Doutrina e Jurisprudência divergem nesse ponto. No entanto, atualmente, encontra-se consolidado, no STJ, o entendimento de que esses entes possuem natureza jurídica de autarquias especiais e, por conseguinte, compõem o conceito de Fazenda Pública, podendo também cobrar seus créditos por meio de execução fiscal – Resp. 552.894/SE (CUNHA, 2018, p. 442).

Com efeito, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717/DF, concluiu que a natureza jurídica dos Conselhos Profissionais é de direito público. Todavia, o mesmo Tribunal, ao analisar o Recurso Extraordinário n. 938.837, em sede de repercussão geral, destacando-o como tema 877, fixou a tese de que “Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos Conselhos de Fiscalização não se submetem ao regime de precatórios”. Na fundamentação, apesar de ter entendido que se tratam de autarquias especiais, submetidas às normas constitucionais que impõem a fiscalização de suas contas pelo TCU e que exigem que a contratação de pessoal se faça mediante concurso público, concluiu que “tais conselhos não têm, porém, orçamento público, nem lhes são feitos aportes de recursos pela União, de sorte que não estão submetidos às normas constitucionais relativas às finanças públicas, o que inviabiliza sua submissão ao regime de precatórios”. Por isso, defende a Doutrina que, “se os conselhos profissionais não têm orçamento público, não se submetem às normas da Lei 4.320/64” e, por conseguinte, não têm dívida ativa, sem a qual não é possível expedir a certidão de dívida ativa, título executivo que lastreia a execução fiscal (CUNHA, 2018, p. 445).

Por fim, impende salientar que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), muito embora seja um conselho profissional, não pode se valer do executivo fiscal, conforme decidiu o STJ no REsp. 503.252/SC. Cabe à OAB, para a cobrança de anuidades de advogados, utilizar o procedimento de execução por quantia certa estabelecida no Código de Processo Civil.

A controvérsia envolvendo a OAB é tamanha que até o STF e o STJ divergem com relação à natureza jurídica da entidade. Enquanto o Tribunal da Cidadania entende que a OAB ostenta natureza de autarquia especial, a Corte Suprema, na ADI 3026/DF, decidiu que a OAB seria um “serviço público independente”, “categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”.

No entanto, entendem os tribunais superiores que a OAB não se submete à Lei 4.320/64, que a sua receita não é composta de verbas orçamentárias e não se subordina à disciplina da controladoria pública; situações às quais se submetem os entes que têm suas receitas inseridas em orçamento público e que inscrevem seus

créditos em dívida ativa. Logo, não pode a OAB expedir certidão de dívida ativa e nem propor execução fiscal (DIDIER JR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 1011).

Conclui-se, dessa forma, que são legitimados a propor execução fiscal: a) os entes da administração pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); b) as fundações públicas de direito público e as autarquias, incluindo as agências reguladoras e executivas; c) as associações públicas; d) as empresas públicas ECT e a CEF – sendo essa somente na qualidade de substituto processual –; e) os Conselhos Profissionais, com exceção da OAB.

5. LEGITIMIDADE PASSIVA

Diferentemente da legitimidade ativa, qualquer pessoa física ou jurídica e entes despersonalizados podem figurar no polo passivo da execução fiscal. Para tanto, basta que o executado conste da certidão de dívida ativa ou que o procedimento executório possa ser contra ele redirecionado.

A única exceção, já tratada neste trabalho, diz respeito à impossibilidade de a Fazenda Pública figurar como sujeito passivo de uma execução fiscal. Não se está dizendo que não haverá execução, mas que a esses casos aplica-se o procedimento previsto no artigo 910, do CPC e não o disposto na Lei nº 6.830/80, ante a impossibilidade de adoção de medidas expropriatórias contra o ente público, dado o impositivo regime constitucional de precatórios.

Nos termos do artigo 4º, *caput*, da LEF, figuram no polo passivo da execução fiscal o devedor constante da certidão de dívida ativa ou seus sucessores. O procedimento executivo fiscal pode ainda ser promovido contra o garantidor da dívida ou a pessoa obrigada a satisfazer a obrigação – fiador, espólio, massa falida ou o responsável, nos termos da lei, por dívidas tributárias ou não tributárias.

Determina o inciso I, § 5º, artigo 2º da LEF, que tanto o devedor quanto os demais responsáveis devem constar do termo de inscrição de dívida ativa – e da respectiva certidão.

Todavia, o artigo 4º, inciso V, do mesmo diploma legal, dispõe expressamente que a execução fiscal pode ser promovida contra o responsável, o que leva a crer que “se realmente fosse necessária a designação do responsável no termo de inscrição de dívida ativa, ele se transformaria em devedor, não havendo razão para o art. 4º, V, da LEF fazer referência ao responsável”, sendo suficiente a “menção apenas ao devedor, pois ostenta essa condição aquele que consta do Termo de Inscrição de Dívida Ativa” (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 446).

Segundo Araken de Assis (2016, p. 1067), é de suma importância compreender que a adoção da tese expansiva, exigindo-se a identificação no termo de todos os responsáveis, “torna inoperante o art. 4º, V, da Lei 6.830/1980, porquanto a pessoa identificada no título se transforma *ipsis facto*, em ‘devedora’ para efeitos de execução forçada”. Complementa o autor:

Adquire singular e extraordinária importância esse ponto, considerando a possibilidade de a Fazenda Pública, no curso do procedimento, voltá-lo contra os responsáveis, ainda que ausentes do título, caso não localize bens penhoráveis do devedor “principal”. Exemplo corriqueiro é o caso do sócio-gerente da sociedade por cotas de responsabilidade limitada dissolvida irregularmente. Exatamente para ele se concebeu a regra insculpida no art. 4.º, § 3.º, 2.ª parte, da Lei 6.830/1980 que reza: “Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida”. (ASSIS, 2016, p. 1067)

Tem-se, assim, que a execução fiscal pode ser proposta contra o devedor ou contra o responsável, sendo totalmente prescindível que conste da certidão de dívida ativa o nome de ambos^[19].

Na prática, caso o nome do responsável conste do termo de inscrição de dívida ativa, ele “figura como parte legítima a integrar o polo passivo da execução fiscal, exurgindo a presunção de liquidez e certeza de ser ele responsável, podendo, simplesmente, ser intentada execução fiscal em face dele”. Assim, terá o responsável a seu dispor os embargos do devedor ou exceção de pré-executividade (havendo prova pré-constituída), para refutar a presunção de legitimidade da certidão de dívida ativa. Por outro lado, caso o título executivo não contenha o nome do responsável, “nada impede seja a execução contra ele redirecionada”, cabendo, contudo, ao exequente comprovar, desde logo, sua responsabilidade pela dívida (CUNHA, 2018, p. 447).

Assim sendo, quando o devedor e o responsável constarem da certidão de dívida ativa, dada a presunção de legalidade e certeza do título, conferida pelo procedimento administrativo, o ônus de demonstrar a ilegitimidade passiva é do executado. Em contrapartida, quando o pedido de inclusão de terceiro no polo passivo ocorrer quando já houver sido intentada a demanda executiva, o ônus de demonstrar a responsabilização é da Fazenda Pública, inexistindo qualquer presunção a favor do ente público (MELO FILHO; SANDRI, 2017, p. 157-161).

O STJ fixou o entendimento acima mencionado ainda em 2005 e, desde então, o Tribunal da Cidadania entende que há presunção *juris tantum* de legitimidade passiva dos corresponsáveis quando eles constarem da certidão de dívida ativa; ao passo que, ante a inexistência de remissão a eles no título, o redirecionamento depende de prova, a ser realizada pelo fisco, nos autos da própria execução e quando estiverem presentes as condições que ensejam a responsabilidade de terceiros. Veja: “O entendimento deste Tribunal é de que, quando o nome do sócio constar da Certidão da Dívida Ativa (CDA), a presunção de liquidez e certeza do título executivo faz com que o ônus da prova seja transferido ao gestor da sociedade” (REsp 1698639/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 19/12/2017).

A questão da responsabilidade é intrinsecamente ligada às regras de direito material, conforme remissão do próprio artigo 4º da LEF, que determina, no § 2º, que “à Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial”, bem como, no §4º, que “aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos artigos 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional”.

A lei 6.830/1980 assegura aos responsáveis o benefício de ordem, uma vez que eles poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida, advertidos de que os bens dos responsáveis ficarão sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida (§ 3º).

Saliente-se, por fim, que “para inserir o nome de um sócio ou de qualquer outro corresponsável, em uma CDA, é preciso que se tenha dado a ele a oportunidade de participar do processo administrativo correspondente, no qual sua responsabilidade foi apurada” (MACHADO, 2018, p. 419).

Abordadas as questões relativas à legitimidade, resta tratar das garantias dos créditos cobrados mediante execução fiscal.

6. GARANTIAS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA

“Todos são iguais perante a lei”, é o que enuncia o *caput* do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, inserindo o princípio da igualdade no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Esse princípio, ao invés de pretender conferir tratamento idêntico a todas as pessoas, remete à concepção aristotélica de justiça distributiva, segundo a qual deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Neste contexto, são conferidas à Fazenda Pública uma série de prerrogativas às quais não fazem jus os particulares.

Em juízo, o Estado busca tutelar o interesse público, seja o da coletividade, que diz respeito ao bem de todos, seja o titularizado apenas pela pessoa de direito público, relacionado a questões arrecadatórias ou patrimoniais do ente. Em ambos os casos a Fazenda Pública em juízo persegue o interesse “do público”. Isso porque,

[...] interesses patrimoniais do Estado não parecem poder ser dissociados dos interesses da coletividade, como se realmente fossem categorias estanques. Ambos atuam em conjunto, no sentido de que a proteção a um também promove a do outro. Assim, a satisfação de um interesse arrecadatório estatal, por exemplo, não é apenas de relevância da própria pessoa jurídica de direito público; tal benefício acaba por se reverter em prol da própria coletividade, já que tais valores poderão ser utilizados para promoção de políticas públicas que devem ser empreendidas pela Administração [...]. (RODRIGUES, 2016, p. 7-8)

O interesse público “identifica-se com a ideia de bem comum e reveste-se de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano” e é assente que, muito embora o Estado não seja o único a buscar alcançar o interesse público, “sua atuação é marcada por tal busca, não devendo afastar-se desse objetivo”(CUNHA, 2018, p. 26-27).

Aspecto esse que, por si só, já justifica um tratamento diferenciado à Fazenda Pública.

Aliado a isso, tem-se que o Poder Público em juízo defende o erário e o faz a partir de uma situação pior e desigual, quando comparado aos particulares. Não se trata somente do excessivo volume de trabalho com que lidam os advogados públicos, mas também das dificuldades estruturais da advocacia pública e burocracia inerente à atividade, o que dificulta o acesso aos fatos e elementos da causa (CUNHA, 2018, p. 28-29).

As prerrogativas (e não privilégios) da Fazenda Pública são de ordem material e processual. Estas podem ser exemplificadas com o prazo em dobro, a intimação pessoal, a remessa necessária e os procedimentos executórios diferenciados (execução fiscal e execução contra a Fazenda Pública). Aquelas, a seu turno, podem ser exemplificadas com a presunção de legitimidade dos atos administrativos – o ônus da prova, em regra, é atribuído ao particular –, a

responsabilidade regressiva e subjetiva dos procuradores e com o tratamento conferido aos créditos inscritos em dívida ativa.

Na verdade, quando se fala no tratamento diferenciado conferido aos créditos cobrados mediante execução fiscal, refere-se às suas garantias e privilégios, que configuram verdadeiras medidas assecuratórias de que dispõe o Poder Público para compelir o devedor à satisfação do crédito fazendário. Elas estão previstas nos artigos 183 a 193 do CTN, bem como nos artigos 29 a 31 da LEF.

Enquanto as garantias são regras que asseguram direitos, facilitando a entrada do Estado no patrimônio do particular para receber a prestação que lhe é devida; os privilégios são regras que colocam o crédito tributário em uma posição de vantagem quanto aos demais (ALEXANDRE, 2018, p. 583).

Como é cediço, na matéria atinente aos créditos tributários, o CTN derroga as disposições da LEF naquilo que dispuser.

O art. 183 do CTN estabelece que o rol das garantias e privilégios possuem natureza meramente exemplificativa, não excluindo outras expressamente previstas em lei.

A LEF, a seu turno, além de regulamentar a matéria nos artigos 29 a 31, faz expressa remissão, no § 4º, artigo 4º, às preferências dos artigos 186 e 188 a 192, do CTN, impondo a todos os créditos inscritos em dívida ativa, passíveis de execução fiscal, regime de privilégios e garantias similar, embora haja algumas diferenças.

Incluem-se no rol de privilégios e garantias dos créditos inscritos em dívida ativa previstos no CTN e na LEF:

- a) a responsabilidade pessoal, de forma que a totalidade dos bens e as rendas do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, respondem pelo pagamento da dívida ativa (tributária e não tributária) da Fazenda Pública, com exceção dos bens e rendas declarados pela lei como absolutamente impenhoráveis e dos bens gravados por ônus real, que na falência preferem aos créditos fazendários (artigo 184, CTN e artigo 30, LEF);
- b) a preferência de pagamento sobre quaisquer créditos, seja qual for a sua natureza ou tempo de sua constituição, salvo os decorrentes da legislação trabalhista ou de acidentes de trabalho; há também exceções relativas ao processo falimentar, no qual o crédito fazendário

“não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado” (artigo 186, CTN e artigo 4º, § 4º, LEF);

- c) a autonomia do executivo fiscal, que se trata da não sujeição da cobrança judicial do crédito fiscal ao concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento (artigo 187, CTN e artigo 29, LEF)^[20];
- d) a exigência de prova da quitação dos débitos para extinção das obrigações do falido (art. 191, CTN) e do espólio (art. 192, CTN) e para a concessão de recuperação judicial (art. 191-A, CTN), configurando meio eficaz de cobrança indireta (artigo 4º, § 4º, LEF).

Além dos benefícios citados – e de outros previstos na legislação esparsa –, o CTN apresenta, nos artigos 185, 185-A e 193, garantias e privilégios do crédito tributário, que, entretanto, não se aplicam aos créditos

não tributários. São elas:

- a) a presunção de fraude na alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa (artigo 185, do CTN);
- b) a decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor tributário que, devidamente citado, não pagar, não apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis (artigo 185-A, do CTN);
- c) exigência de prova de quitação de todos os tributos para participação em contratos e concorrências públicas (artigo 193 CTN).

Note-se que a LEF não faz em nenhum momento referência aos artigos 185, 185-A e 193, do CTN. Na verdade, no artigo 4º, § 4º, no qual há remissão expressa às garantias e privilégios previstos no CTN e aplicáveis a todos os créditos inscritos em dívida ativa, vê-se que foi opção legislativa deixar os mencionados artigos de fora. Quanto ao artigo 193, é evidente o motivo pelo qual não se aplica aos créditos não tributários, uma vez que se trata de uma cobrança indireta de tributos. Com relação aos demais artigos, a seu turno, não há um motivo que seja decorrência lógica da natureza do crédito, levando a crer que o legislador

intencionalmente não quis conferir aos créditos não tributários as garantias neles previstas.

7. CONCLUSÃO

O tema proposto neste trabalho é de inegável importância, pois está intimamente ligado aos comandos programáticos previstos em nossa Carta Magna. Não se questiona, é imprescindível que haja uma eficiente arrecadação de receitas públicas para que o Estado possa efetivar os direitos abstratamente consignados na Constituição Federal.

O recolhimento de receitas pela Fazenda Pública não constitui mero exercício do poder estatal ou sacrifício imposto ao cidadão. Na verdade, é imprescindível para a vida em comunidade organizada em Estado fiscal.

O procedimento com a nobre finalidade de buscar a satisfação dos créditos fazendários e, por conseguinte, propiciar ao Estado os recursos necessários à consecução dos ditames constitucionais é denominado de execução fiscal.

Em termos simples, a execução fiscal nada mais é do que o procedimento por meio do qual a Fazenda Pública pode efetuar a cobrança de sua dívida ativa.

Sobre o instituto, tem-se que sua origem pátria remonta à cobrança de impostos no Brasil Colonial e, desde 1980, o procedimento é regido pela Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980).

Na verdade, os créditos inscritos em dívida ativa só podem ser cobrados por meio de execução fiscal e a execução fiscal só pode ser utilizada para a cobrança de créditos inscritos em dívida ativa. Ou seja, o título executivo que lastreia a execução fiscal é a certidão de dívida ativa das Fazendas Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias e fundações.

Obrigações de pagar quantia certa consubstanciadas em outro título que não CDA ou nas quais figurem como executado outro ente fazendário, bem como as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa seguem o regramento do CPC e não da LEF.

No entanto, é preciso que a execução seja efetiva, que ela consiga, de fato, obter a satisfação dos créditos fazendários. Não é por acaso que, entre os princípios do processo executório, encontra-se o da efetividade^[21], o qual impõe a existência

de um sistema no qual os meios executivos sejam capazes de proporcionar a pronta e integral satisfação aos direitos que reclamam tutela executiva.

Nesse contexto, é preciso observar as especificidades do procedimento executivo fiscal, notadamente as que, não sem razão, privilegiam a recuperação das receitas públicas.

8. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, RICARDO. **Direito Tributário**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

ASSIS, Araken. **Manual de Execução**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Poder Público em Juízo**. 6. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 1º Set. 2018.

———. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>. Acesso em 1º Jul. 2020.

———. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em 1º Jul. 2020.

———. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em 1º Jul. 2020.

———. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 1º Jul. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Forense. 2017.

COELHO, Flávia Palmeira de Moura. Impacto no NCPC às Execuções Fiscais - Parecer PGFN/CRJ/Nº 618/2016. *In: Revista da PGFN*. Ano V, Número 9, 2016. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-v-numero-9-2016/ano-v-numero-9-2016>>. Acesso em 1º Jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 1º Jul. 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

GODOI, Marilei Fortuna Godoi. Formação do Título Executivo. *In*: MELO FILHO, João Aurino de (Coord.). **Execução Fiscal Aplicada**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, vol. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimentos Diferenciados**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, vol. 3.

MELO FILHO, João Aurino de; SANDRI, Marcos Paulo. Legitimidade no Processo de Execução Fiscal: Fazenda Pública Exequente e Devedor ou Responsável Executado. *In*: MELO FILHO, João Aurino de (Coord.). **Execução Fiscal Aplicada**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MELO FILHO, João Aurino de. Modificações no Polo Passivo da Execução Fiscal. *In*: MELO FILHO, João Aurino de (Coord.). **Execução Fiscal Aplicada**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOURA, Arthur. **Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL, **Arrecadação de impostos no Brasil Colonial**. 2015. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/memoria-fazendaria/arrecadacao-de-impostos-no-brasil-colonial>>. Acesso em 1º Jul. 2020.

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Luiz Henrique Teixeira da. Privilégios e Garantias dos Créditos dos Entes Públicos e Prerrogativas Judiciais dos seus Procuradores. *In*: MELO FILHO, João Aurino de (Coord.). **Execução Fiscal Aplicada**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

THODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 3.

NOTAS:

[1] Os castigos iam desde a perda da liberdade (inicialmente temporária e depois definitiva) e exposição no mercado público, até o esquartejamento do corpo e perda da vida, que, “em si, não satisfaziam o crédito do exequente, mas eram meios coativos indiretos para romper a resistência do devedor que relutava em saldar o débito ou para sensibilizar algum parente ou amigo do devedor que, penalizado, viesse a livrá-lo dessa série de sofrimentos através do pagamento ao credor” (GRECO, 1999, p. 13).

[2] Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/sobre/institucional/memoria/memoria-fazendaria/arrecadacao-de-impostos-no-brasil-colonial>>.

[3] A teoria surgiu na Alemanha, por Erik Jayme, e foi bastante desenvolvida no Brasil por Cláudia Lima Marques, no contexto de interpretação do Código de Defesa do Consumidor juntamente com o Código Civil de 2002 (MOURA, 2017, p. 49).

[4] Resp. 1.272.827/PE e Resp. 1.184.765/PA.

[5] O lançamento do crédito tributário pode ocorrer de três formas distintas, de ofício, por declaração e por homologação. O lançamento de ofício é aquele efetuado pelo próprio ente público, sem que haja a participação do sujeito passivo do tributo (o devedor). No lançamento por declaração, a seu turno, o sujeito passivo presta informações à Fazenda Pública, que procede ao lançamento com base nos dados

fornecidos. Por fim, o lançamento por homologação ocorre mediante o pagamento pelo sujeito passivo, que, posteriormente, é confirmado (ou não) pela administração, que o homologa, extinguindo o crédito (GODOI, 2017, p. 62).

[6] “Art. 142, CTN: Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

[7] No âmbito da União, o procedimento é enviado para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. No estadual, para a Procuradoria-Geral do respectivo Estado. Nos municípios que contam com órgão de representação instituído, o procedimento é encaminhado para ele. Nos demais, embora não haja consenso, é encaminhado para o setor responsável pela inscrição do crédito em dívida ativa.

[8] Além da disposição expressa no artigo 5º, inciso LV, Constituição Federal, que dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, a jurisprudência também é pacífica nesse ponto: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. 1. **O art. 5º, LV, da CF ampliou o direito de defesa dos litigantes, para assegurar, em processo judicial e administrativo, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes.** Precedentes. 2. Cumpre ao Poder Judiciário, sem que tenha de apreciar necessariamente o mérito administrativo e examinar fatos e provas, exercer o controle jurisdicional do cumprimento desses princípios. 3. Recurso provido. (RMS 24823, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/04/2006, DJ 19-05-2006) (grifo nosso).

[9] Isso não significa que não se admitam outros mecanismos administrativos (extrajudiciais) de cobrança, tanto é que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça declararam que o protesto de certidão de dívida ativa é, respectivamente, constitucional e legal (ADI 5135 e Resp. n. 1126515).

[10] “Com efeito, se, no processo judicial, o Estado-juiz arbitra crédito em favor do Estado-administração, crédito esse que pode ser obtido diretamente nos autos, em procedimento ulterior e consequente ao trânsito em julgado, não há motivo lógico ou jurídico para conceber que o Estado-administração desista – obrigatoriamente, sob pena de cobrança em duplicidade – da sua utilização, para então efetuar a inscrição da verba honorária em dívida ativa e, depois, ajuizar novo processo,

sobrecarregando desnecessariamente o Poder Judiciário com demandas” (REsp. n. 1126631/PR).

[11] Nesse sentido: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO CONCEDIDO MEDIANTE SUPOSTA FRAUDE. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ATO ILÍCITO. NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. 1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que, ao negar provimento ao agravo interno, aplicou jurisprudência do STJ no sentido de que os créditos incertos e ilíquidos não integram a dívida ativa, suscetível de cobrança executivo-fiscal. 2. “No caso dos autos, cuida-se de um suposto crédito decorrente de ato ilícito (fraude). Trata-se de um nítido caso de responsabilidade civil, não se enquadrando no conceito de dívida ativa não tributária por falta do requisito da certeza” (REsp 1172126/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/10/2010). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1340269/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 25/03/2011).

[12] A questão foi definida no REsp 1350804/PR, julgado na sistemática dos recursos repetitivos. Veja o acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INDEVIDAMENTE PAGO QUALIFICADO COMO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 154, §2º, DO DECRETO N. 3.048/99 QUE EXTRAPOLA O ART. 115, II, DA LEI N. 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA POR AUSÊNCIA DE LEI EXPRESSA. NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA. [...] 2. À mingua de lei expressa, a inscrição em dívida ativa não é a forma de cobrança adequada para os valores indevidamente recebidos a título de benefício previdenciário previstos no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91 que devem submeter-se a ação de cobrança por enriquecimento ilícito para apuração da responsabilidade civil. [...] 3. Situação em que a Procuradoria-Geral Federal - PGF defende a possibilidade de inscrição em dívida ativa de benefício previdenciário indevidamente recebido por particular, qualificado na certidão de inscrição em dívida ativa na hipótese prevista no art. 115, II, da Lei n. 8.213/91, que se refere a benefício pago além do devido, art. 154, §2º, do Decreto n. 3.048/99, que se refere à restituição de uma só vez nos casos de dolo, fraude ou má-fé, e artigos 876, 884 e 885, do CC/2002, que se referem a enriquecimento ilícito. 4. Não há na lei própria do INSS (Lei n. 8.213/91) dispositivo legal semelhante ao que consta do parágrafo único do art. 47, da Lei n. 8.112/90. Sendo assim, o art. 154, §4º, II, do Decreto n. 3.048/99 que determina a inscrição em dívida ativa de benefício previdenciário pago indevidamente não encontra amparo

legal. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1350804/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 28/06/2013).

Contudo, ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha pacificado o entendimento em não admitir a imediata inscrição em dívida ativa e cobrança pela LEF dos créditos originados de fraudes no recebimento de benefícios previdenciários, há quem defenda o contrário, pois “apesar do entendimento do STJ, a apuração do montante do dano, não passa da soma atualizada das parcelas dos benefícios previdenciários pagos indevidamente, acrescidas dos encargos previstos em lei. Além disso, a verificação do ilícito é antecedida por um prévio processo administrativo” (GODOI, 2017, p. 51).

[13] As hipóteses exemplificadas de créditos não tributários que podem ser inscritos em dívida ativa foram retiradas dos livros *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*, de Arthur Moura, e *A Fazenda Pública em Juízo*, de Leonardo Carneiro da Cunha, e do artigo “Formação do Título Executivo”, de Marilei Fortuna Godoi, *In Execução Fiscal Aplicada*, organizado por João Aurino de Melo Filho.

[14] Podem ser inscritas em dívida ativa as multas de todas as searas, federal, estadual e municipal, abrangendo as sanções aplicadas por ministérios, por órgãos de fiscalização, bem como advindas de descumprimento contratual.

[15] Trata-se de uma ressalva, feita pelo próprio STJ, à impossibilidade de inscrição em dívida ativa de valores decorrentes de ilícitos. Segundo o Tribunal Superior, quando o crédito precede de anterior relação jurídica entre o causador do dano (servidor ou funcionário público) e a Administração Pública, o mesmo se mostra revestido dos atributos da certeza e liquidez (GODOI, 2017, p. 51).

[16] Embora as dívidas sejam originariamente de natureza privada, já que oriundas de operações financeiras de créditos rurais de titularidade do Banco do Brasil S/A, que foram cedidas à União, o STJ, em julgamento de recurso especial sob a sistemática dos recursos repetitivos, entendeu que a cessão alterou o regime jurídico privado para o público, impondo a aplicação de normas de direito administrativo, aplicáveis ao crédito não tributário (REsp. n. 1123539). Assim, não havendo pagamento, o crédito passa a ser inscrito na dívida ativa da União, já que deixou de ser contratual e passou a ser fiscal.

[17] Art. 173, § 2º, CRFB/88: As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

[18] Sobre a situação do FGTS, tem-se que a inscrição em dívida ativa é atribuição indelegável da FGFN, mas a apresentação judicial e extrajudicial pode ser transferida à CEF mediante convênio. Nesses termos, foi celebrado convênio entre a PGFN e a CEF em 30/12/2014, substituindo o que datava de 22/06/1995, no qual se estabeleceu que: "[...] cabe à PGFN a cobrança judicial das dívidas ativas de contribuições devidas ao FGTS (Lei nº 8.036/90) inscritas até 01/01/1995; a cobrança judicial das dívidas ativas de contribuições devidas ao FGTS inscritas depois de 01/01/1995, quando o documento de constituição do crédito fundiário (notificação fiscal ou confissão) abranger também créditos tributários relativos às contribuições sociais de que trata a LC nº 110/2011; e, enfim, em qualquer caso, a cobrança judicial das contribuições sociais de que trata a LC nº 110/2001, independentemente do período de inscrição. Também cabe à PGFN, em qualquer caso, o exercício da cobrança extrajudicial (inclusive o protesto extrajudicial) dos débitos de FGTS e de contribuições sociais da LC nº 110/2001. Por outro lado, caberá à CEF a cobrança judicial (via execução fiscal) das dívidas inscritas depois de 01/01/1995, desde que o objeto do ajuizamento seja exclusivamente a cobrança das contribuições devidas ao FGTS (previstas na Lei 8.036/90), exigindo-se, ainda, que na notificação fiscal ou confissão no âmbito da qual o crédito fundiário tenha sido lançado não constem, também, contribuições sociais da LC nº 110/2001" (MELO FILHO; SANDRI, 2017, p. 151-152).

[19] Nesse sentido, DIDIER CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 1013-1015; CUNHA, 2018, p. 446-448; MELO FILHO; SANDRI, 2017, p. 155-161. Divergente é o entendimento de Hugo de Brito Machado, segundo o qual: "A corresponsabilidade é matéria que não deveria ser apurada na execução fiscal, mas sim em momento anterior, no bojo do procedimento preparatório do lançamento, ou do processo administrativo propriamente dito. A execução não busca o exercício da tutela de conhecimento, mas sim da tutela executiva, sendo descabido admitir que no título conste o nome de um devedor, mas a Fazenda judicialmente 'prove' a responsabilidade de outro, para contra ele redirecionar o feito executivo. Deve-se mencionar, contudo, que a jurisprudência admite esse redirecionamento" (MACHADO, 2018, p. 419).

[20] Note-se que o concurso se verifica somente entre as pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I – União; II – Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e *pro rata*; III – Municípios, conjuntamente e *pro rata* (artigo 187, parágrafo único, do CTN e artigo 29, parágrafo único, da LEF).

[21] O princípio da efetividade é corolário do princípio constitucional do devido processo legal e, no âmbito infraconstitucional é reforçado pelo artigo 4º, do CPC, ao incluir, dentre as normas processuais civis fundamentais, o direito à atividade satisfativa.

O ARTIGO 926 DO CPC E A POSTURA DO STF NAS ADCS 58 E 59

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Desde o dia 27 de junho – um sábado, vale dizer – o meio jurídico nacional acompanha de forma atônita a decisão monocrática proferida pelo respeitável ministro Gilmar Mendes nas Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) 58 e 59 que tramitam no Supremo[1].

O eminente julgador deferiu o pedido formulado nas citadas ações constitucionais e determinou, desde já, *ad referendum* do Pleno (artigo 5º, § 1º, da Lei 9.882/1999 c/c artigo 21 da Lei 9.868/1999) a suspensão do julgamento de todos os processos em curso no âmbito da Justiça do Trabalho que envolvam a aplicação dos artigos 879, § 7º, e 899, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, e o artigo 39, *caput* e § 1º, da Lei 8.177/1991[2].

A discussão, em essência, trata do índice de correção a incidir sobre débitos trabalhistas resultantes de condenação judicial, quais sejam a Taxa Referencial (TR) ou o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Pois bem.

O objetivo aqui não é chancelar um ou outro índice, mas chamar a atenção – e isto não foi possível passar despercebido – quanto à menção no corpo da decisão judicial ao caso paradigma do Recurso Extraordinário 870.947/SE referente ao Tema 810. Nessa toada, disse o respeitável ministro Gilmar Mendes:

Em relação ao *fumus boni iuris*, entendo que os precedentes citados pelos requerentes, ARE 1247.402 e a Rcl 37314, ambos de minha

relatoria, demonstram a presença deste requisito. Nas referidas decisões, esclareci que as decisões da justiça do trabalho que afastam a aplicação dos arts. 879 e 899 da CLT, com a redação dada pela Reforma Trabalhista de 2017, além de não se amoldarem às decisões proferidas pelo STF nas ADIs 4425 e 4357, tampouco se adequam ao Tema 810 da sistemática de Repercussão Geral, no âmbito do qual se reconheceu a existência de questão constitucional quanto à aplicação da Lei 11.960/09 para correção monetária das condenações contra a Fazenda Pública antes da expedição de precatório. Isso porque a especificidade dos débitos trabalhistas, em que pese a existência de princípios como hipossuficiência do trabalhador, a meu sentir, teria o condão de estabelecer uma distinção que aparta o caso concreto da controvérsia tratada no Tema 810, tornando inviável apenas se considerar débito trabalhista como “relação jurídica não tributária.”[3]

A premissa basilar do festejado julgador é justamente – a seu ver – a similitude entre o Recurso Extraordinário 870.947/SE referente ao Tema 810 e as ADCs 58 e 59. Entendendo, por via de consequência, que o desfecho dado ao primeiro deve ser replicado na questão *sub judice*.

Esse Tema 810 diz respeito à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, conforme previsto no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009[4].

A par disso, o questionamento que se põe em mesa é o seguinte: se o caso das ADCs 58 e 59 possui – na visão do eminente ministro relator – tamanha similitude quando comparado ao Recurso Extraordinário 870.947/SE referente ao Tema 810, por que, então, suspender a tramitação das demandas trabalhistas?

Essa pergunta tem pertinência jurídica na medida em que o Supremo não determinou a suspensão nacional das ações judiciais que tratavam do Recurso Extraordinário 870.947/SE concernente ao Tema 810.

Ao se realizar uma consulta no site do STF é possível identificar que o Recurso Extraordinário 870.947/SE (Tema 810) ingressou na corte em 10/03/2015, sob a relatoria do ministro Luiz Fux. A chancela do reconhecimento da repercussão geral se deu pelo plenário virtual em 17/04/2015.

Ocorre que o Supremo – inclusive o ministro Gilmar Mendes – na oportunidade do julgamento acima e durante toda a tramitação do Recurso

Extraordinário 870.947/SE (Tema 810) não determinou a suspensão nacional da tramitação destas ações de interesse da Fazenda Pública. Mesmo com divergências diárias de âmbito nacional com magistrados de todo o País decidindo a questão de modo diverso entre si. Alguns aplicando a TR, outros o IPCA-E. Houve quem adotasse o Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M) ou mesmo a caderneta de poupança.

E o STF nada disse acerca destas discrepâncias durante anos e anos no aguardo do desfecho do Tema 810. Apenas olhou, do alto da pirâmide do Poder Judiciário, a Fazenda Pública ser submetida a diversos índices de correção monetária e juros moratórios.

Noutras palavras, o recurso acima mencionado ingressou no STF em 10/03/2015 e o trânsito em julgado ocorreu apenas em 31/03/2020. Houve mais de 5 anos nesta discussão sobre a correção monetária e os juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, sem qualquer providência semelhante à adotada monocraticamente pelo ministro Gilmar Mendes nas ADCs 58 e 59.

Nesta concepção, a interpretação e o padrão decisório que se colhem da postura colegiada da corte se resumem no seguinte: tal matéria – discussão sobre índice de correção monetária e juros moratórios – não justifica a suspensão nacional de ações nem mesmo contra a Fazenda Pública. Esta, aliás, que representa a essência do interesse público em juízo, o interesse do Estado.

O que dizer e esperar, então, da pretensão de suspensão nacional de ações onde se discutem dívidas trabalhistas quase que exclusivamente de natureza particular entre empregadores e empregados?

A lógica seria a negativa da suspensão nacional dos feitos na seara das ADCs 58 e 59. Ou não?

Fixadas essas balizas, é evidente, com a devida vênia, que não há componente jurídico de estabilidade, coerência e integridade na decisão monocrática do eminente ministro Gilmar Mendes. Pelo contrário, o comando tomado nas ADCs 58 e 59 reforça a nociva imprevisibilidade dos atos judiciais, rompe a confiança no Poder Judiciário e estimula a quebra do princípio basilar da segurança jurídica.

Nesse particular, o Código de Processo Civil (CPC) precisa ser registrado, na medida em que a clareza solar de seu texto reluz aplicável ao caso em deslinde:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Não por outra razão a Procuradoria-Geral da República (PGR), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)[5] e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)[6] – entre outros – manifestaram-se de imediato quanto à preocupação com a decisão monocrática do eminente ministro Gilmar Mendes e seus reflexos para a seara da Justiça do Trabalho.

Ato contínuo, em 01/07/2020, o destacado julgador proferiu nova decisão monocrática em resposta ao pleito da PGR para o fim de reforçar o argumento inicial da similitude entre as ADCs 58 e 59 e o Recurso Extraordinário 870.947/SE concernente ao Tema 810[7], reiterando a mesma vinculação entre os assuntos[8].

Frente ao exposto, questionamentos fundamentais não podem ser postos em segundo plano.

Por que o Supremo não suspendeu a tramitação nacional das ações quando a parte interessada era a Fazenda Pública (Tema 810), sem qualquer divergência levantada, durante mais de 5 anos, pelo respeitável ministro Gilmar Mendes?

A título de cogitação argumentativa, não haveria mais razão, nesta hipótese acima, por se tratar da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular?[9]

Por que aplicar uma regra que soa mais precavida para a Justiça do Trabalho – que lida diariamente com conflitos trabalhistas de interesses jurídicos essencialmente particulares – mas não ter aplicado essa mesma preocupação nas causas envolvendo a Fazenda Pública, vale dizer, o erário mantido pelos tributos de toda a sociedade?

Em palavras mais simples, poderia a Fazenda Pública se submeter a variações frívolas de padrões decisórios de juízes e Tribunais[10], mas os particulares não?

Se as ADCs 58 e 59 possuem tamanha similitude com o tema retro – na visão do órgão julgador – por que mudar a tramitação e adotar uma suspensão nacional inexistente no paradigma suscitado?

Ausente a determinação quanto à suspensão nacional na tramitação de ações referentes ao Tema 810, fazê-la a título monocrático sem a manifestação

colegiada não importaria em violação ao artigo 926 do CPC, haja vista se tratar de tese diversa daquela anuída pelo plenário?

Como fica, nesta perspectiva, o respeito ao princípio da colegialidade?

Ante o exposto, não obstante a manifestação última do eminente julgador em 01/07/2020 – na ótica de que a suspensão nacional determinada não impede o regular andamento de processos judiciais, tampouco a produção de atos de execução, adjudicação e transferência patrimonial no que diz respeito à parcela do valor das condenações que se afigura incontroversa pela aplicação de qualquer dos dois índices de correção (TR ou IPCA-E) – ainda restam pendentes as respostas para os questionamentos acima suscitados e que deixaram (e ainda deixam) perplexos os operadores do mundo do Direito.

A lembrar, em arremate, que o Tema 810 passou mais de 5 anos tramitando no Supremo e não se mostrou urgente – segundo a corte – a ponto de exigir a suspensão nacional de tramitação de ações. E, há anos, discutem-se os índices diversos de correção monetária na Justiça do Trabalho, sem que o Supremo tenha entendido como questão de altíssima urgência.

Entretanto, de repente, as orientações mudaram à revelia do artigo 926 do CPC. E, por sinal, monocraticamente sem o aval do plenário do Supremo, bem como sem data certa e próxima para julgamento colegiado, com o justo receio de que sejam mais 5 anos de espera pela prestação jurisdicional como ocorreu com o erário.

Enfim, a sociedade aguarda os próximos capítulos. Brevemente.

NOTAS:

[1] Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446480>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

[2] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/gilmar-suspende-aco-es-correcao-monetaria-justica-trabalho>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

[3] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adc-58.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

[4] Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4723934&numeroProcesso=870947>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

[5] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jun-29/paralisa-trabalhista-oab-urgencia-stf>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

Disponível em: <<https://www.oab.org.br/noticia/58254/oab-protocola-no-stf-embargos-de-declaracao-contra-cautelares-que-suspendem-julgamentos-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

[6] Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/30072-correcao-de-debitos-trabalhistas-liminar-do-ministro-gilmar-mendes-paralisa-tramitacao-de-cerca-de-4-milhoes-de-processos-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

[7] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-02/gilmar-esclarece-liminar-acoes-discutem-correcao-monetaria>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

[8] Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-gilmar-mendes-justica-trabalho.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

[9] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 43.

[10] MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005. p. 188.

A CRISE DE LEGITIMIDADE DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA E DO PARADIGMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

ATOS HENRIQUE FERNANDES:

Estudante de Direito no Centro Universitário Estácio de Belo Horizonte e conciliador no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Resumo: o presente artigo apresenta, no estudo do dilema, Constitucionalismo versus Democracia, uma explicação para atual crise de legitimidade do Supremo Tribunal Federal e seu controle de constitucionalidade. O estudo foi feito através de pesquisa bibliográfica em consagradas obras do Direito, História e Economia e concluiu que tudo se relaciona com a percepção de que o STF se impõe sobre a Constituição ao invés de interpretá-la e aplica-la de forma fidedigna.

Palavras-chaves: Supremo Tribunal Federal; Constitucionalismo; Democracia; Controle de Constitucionalidade; Soberania popular.

Sumário: Introdução; 1. A formação do Estado brasileiro; 2. A República e o Supremo Tribunal Federal; 3. Controle de constitucionalidade e soberania popular; 4. A resposta da atual Suprema Corte a sua crise de legitimidade; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Historicamente, existe um clima de tensão entre o Estado brasileiro e o seu cidadão. Seja por como se deu nossa colonização, seja pelo relacionamento entre metrópole e colônia, seja pela centralização administrativa no Brasil Império, seja pelo golpe que instalou uma república sem qualquer apoio popular, seja pela oligarquia formada para governar a república recém criada, seja pela nova onda centralizadora e autoritária dos governos de Getúlio Vargas após a revolução de 1930, seja pelo fracasso de governos democráticos ao longo da nossa história, seja pelo fim trágico da Ditadura Militar ou, mais recentemente, pela generalizada corrupção política pós redemocratização. A grande questão é que nossas instituições políticas sempre foram alvo de descrédito do brasileiro médio. Contudo, um poder foi por muito tempo poupado da negativa visão do povo, o Judiciário. Quando nos referimos ao Poder Judiciário, voltamos-nos ao judiciário independente, uma vez que em diversos momentos de nossa história, ele esteve subordinado ao Poder Executivo.

Uma hipótese plausível para explicar o fato de o Juiz ter sido poupado do descrédito nacional é o fato de ser um técnico, não um político. Certamente ainda

pesou o fato de este apenas aplicar as leis criadas pelos políticos do país. Após 1988, o Poder Judiciário foi sofrendo com problemas como morosidade e falta de assertividade, é bem verdade que a Justiça brasileira é acusada pelo brasileiro médio de ser conivente com o crime, mas sempre houve o adendo de que eles aplicavam as legislações existente. Sendo assim, se havia impunidade o problema era de quem criava as leis, não dos que a aplicavam. Assim passaram-se os anos, nestes anos as altas cortes eram praticamente invisíveis perante a população em geral, seu trabalho difícil demais para ser compreendido por “meros mortais” trabalhadores com pouca instrução educacional.

Mas nas últimas décadas, nota-se um crescente interesse no cidadão médio pelas altas cortes brasileiras, sobretudo pela sua mais alta corte, o Supremo Tribunal Federal. Nesse diapasão houve momentos de deslumbre, como o julgamento da Ação Penal 470 (mensalão) e a decisão que determinou que a pena se podia começar a cumprir após condenação em segunda instância. Mas muito mais constantes são os momentos de perplexidade popular causados por situações como sucessivas mudanças em relação ao entendimento sobre o início do cumprimento de pena num curto período de tempo, que passou a impressão de casuísmo na Suprema Corte. Decisões polêmicas como a criminalização da homofobia, legalização do casamento homossexual, descriminalização do aborto de fetos anencefálos, e constantes (como também impróprias) declarações de apoio à descriminalização do aborto em geral (fora de um processo específico, isto é, fora dos autos) opõe o STF a uma maioria conservadora no seio do Brasil. Não ajuda ao Supremo, uma relação amistosa de alguns de seus membros com políticos, muitos com problemas sérios na ceara judiciária. Na história da Corte com casos de corrupção da política após o julgamento da Ação Penal 470, sua retrospectiva não é de colher apoio na opinião pública, o garantismo para seus membros é sinônimo de conivência para o povo.

Soma-se a situação até aqui exposta um problema que está ligado à essência de uma corte constitucional. A missão de se fazer cumprir os ditames constitucionais de forma fiel a Carta Magna, defendendo a “regra do jogo”. Não são raras as acusações de que o STF pratica o chamado ativismo judicial, usurpando as competências do Legislativo e, às vezes, do Executivo, legislando conforme seus interesses acima do controle exercido por meio do voto. Se um senador ou deputado federal é eleito, ele o é baseado em sua plataforma, se o eleito trai sua plataforma, ele o pode fazer com certa segurança durante o tempo de seu mandato, mas findado seu mandato, os seus eleitores tem o poder de não mais eleger-lo como seu representante. Porém, com os ministros do Supremo Tribunal Federal esse controle popular direto não pode ser exercido, seus cargos não são eletivos e também não são delimitados por um mandato, apenas por uma aposentadoria compulsória na idade avançada, e os meios de se frear sua má atuação, a saber o controle do Senado

Federal, não se vê na história desse país onde em 129 anos de STF nunca se viu impeachment de ministro da Suprema Corte.

Na esteira de uma onda conservadora que atinge o Ocidente e não deixa de fora o Brasil, é cada vez maior o número de vozes críticas à nossa corte constitucional. Essas críticas, em sua maioria feita de fora da academia, pela população em geral, são pesadas e carregadas de denúncias ainda mais sérias do que o ativismo judicial, como, por exemplo, de ser uma corte com claro caráter político progressista e de fazer oposição política ao Governo Bolsonaro. A resposta do STF foi contundente e polêmica, polêmica até na academia. O Inquérito 4.781, popularmente conhecido como Inquérito das Fake News, causa polêmica pela inovadora leitura que o presidente da Corte fez do Regimento Interno da casa. Baseado nessa hermenêutica heterodoxa o presidente do STF, ministro Dias Toffoli, instaurou de ofício um inquérito para investigar suposta rede coordenada que visa, segundo a Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019 apurar “a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi, diffamandi e injuriandi*, que atingem a honorabilidade do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares”. Nesse contexto, o Supremo Tribunal vai investigar de ofício, apresentar denúncia e julgar os crimes que encontrar. Tal processo, criou uma acirrada discussão com juristas que defendem e condenam a atitude do STF, discussão ainda mais acirrada entre as pessoas leigas.

O presente artigo, busca apresentar uma explicação histórica da motivação do que ocorre nos dias de hoje, isto é, a crise de legitimidade da Suprema Corte Brasileira e apresentar uma saída que não só preserve, mas que também aprofunde, a ordem democrática no Brasil. A metodologia adotada foi uma pesquisa bibliográfica em consagradas obras do Direito, História e das Ciências Sociais.

1. A FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Ao se propor investigar um fenômeno bem presente no Brasil, o patrimonialismo, Raymundo Faoro em sua consagrada obra *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, debruçou-se sobre a formação do Estado Português para traçar uma linha de acontecimentos que desembocou na confusão entre o público e o privado na política nacional. A conclusão de Faoro (2012) é que o Estado brasileiro é regido por uma elite, denominada por ele em referência a Weber, de o estamento burocrático, tal elite composta pelo alto funcionalismo público dita os rumos da nação à revelia da vontade popular. O poder do estamento burocrático vem, sobretudo, da tutela da sociedade pelo Estado, Estado empresário e regulador desde o nascimento, Estado paternalista que se vê na missão de organizar a atividade econômica segundo os interesses dos seus regentes. Com

quem esse estamento aprendeu tais coisas? A resposta está no ano de 1385 com a ascensão em Portugal da dinastia Avis, na pessoa de Dom João I.

A crise de 1383-85, de onde nascerá uma nova dinastia, a dinastia de Avis, dará fisionomia definitiva aos elementos ainda dispersos, vagos, em crescimento. Um fato quantitativo, o rei como o maior proprietário, ditará, em consonância com a chefia da guerra, a índole qualitativa, ainda mal colorida, da transformação do domínio na soberania – *do dominare ao regnare*. O centro supremo das decisões, das ações temerárias, cujo êxito geraria um reino e cujo malogro lançaria à miséria um conde, impediu que, dispersando-se o poder real em domínios, se constituísse uma camada autônoma, formada de nobres proprietários. Entre o rei e os súditos não há intermediários: um comanda e todos obedecem. A recalcitrância contra a palavra suprema se chama traição, rebeldia à vontade que toma as deliberações superiores. O chefe da heterogênea hoste combatente não admite aliados e sócios: acima dele só a Santa Sé, o papa e não o clero; abaixo dele, só há delegados sob suas ordens, súditos e subordinados. (FAORO, 2012, p. 19)

Enquanto o resto da Europa passava pelo feudalismo, Portugal já experimentava uma precoce organização centralizada que mais tarde, no resto do continente, seria denominada Formação dos Estados Nacionais, processo que culminaria nas monarquias absolutistas. No feudalismo não existe uma ligação direta entre os súditos e o rei, o que existe é uma relação por estamentos sociais, um ligado diretamente ao estamento imediatamente superior numa relação de confiança, uma via de mão dupla. As obrigações eram negociadas, logo quem estava no topo da pirâmide social não podia simplesmente dar uma ordem aos que estavam na base. Os que estavam no topo negociavam com o estamento imediatamente inferior, que fazia o mesmo até que se chegava na base da pirâmide com uma conclusão retalhada do assunto, costurada entre camadas num fluxo descentralizado de poder. Como salienta Hoppe (2018), durante a Baixa Idade Média até a imposição de tributos precisava ser negociada, os reis e senhores feudais só podiam taxar com a anuência do taxado e em sua própria terra, além disso todos estavam debaixo de um direito consuetudinário, o Estado juiz e legislador ainda não havia nascido. Por outro lado, em Portugal não houve a experiência feudal. Tal afirmação foi uma das conclusões polêmicas em que chegou Raymundo Faoro.

Faoro (2012), explica que no processo de retomada da península ibérica das mãos dos invasores islâmicos houve uma concentração de poder nas mãos do rei, chefe da guerra que levara o povo a vitória. No processo o rei arregimentaria pelo território grandes extensões de terra, algo que nenhum outro nobre teve a oportunidade de fazer. Conseqüentemente, numa época onde terra era o motor econômico, temos um rei que é o principal agente econômico do país, privilégio que o soberano jamais permitiria a outro nobre alcançar. Nessa altura, salienta Faoro (2012, p. 18) "Ao príncipe, afirma-o prematuramente um documento de 1098, incumbe reinar (*regnare*), ao tempo que os senhores, sem a auréola feudal, apenas exercem o *dominare*, assenhorando a terra sem governa-la". Neto e Tasinafo (2006) também afirmam que Portugal foi o primeiro Estado Moderno da Europa, afirmam também que a centralização prematura foi essencial para o sucesso das navegações portuguesas. Podemos concluir então que o Brasil tende a centralização do poder desde o seu embrião, é algo cultural que se sobrepõe aos resultados práticos desse paradigma. Por exemplo, embora o Estado empresário português tenha sido essencial para o enriquecimento do país, a mesma característica é responsável pelo estado daquela nação na altura das Guerras Napoleônicas.

A chegada dos portugueses ao Brasil e o início do processo colonizador ocorreu com uma marca peculiar, era um negócio do rei, a missão, uma missão empresarial do rei. Como toda empresa, o objetivo era trazer lucro ao dono do negócio, o monarca. Voltando ao processo de formação do Estado Nacional português constatamos que a semente do patrimonialismo, o rei-proprietário e governante direto de todo território precisa de funcionários, uma vez que não conta, como no sistema feudal, com uma aliança com a nobreza senhorial o seu domínio direto precisa ser exercido por um corpo funcional, nasce aí o estamento burocrático de Portugal. A sustentação financeira desse corpo se dá pelas propriedades de terra, terra essa que não se sabe, do rei ou do Estado. Dom João I chega ao poder apoiado pela burguesia contra a aristocracia, no poder não escolhe entre ambas, escolhe a burocracia. Houve sim um privilegio dirigido à nascente burguesia, mas essa nunca se viu dentro das decisões de governo como gostariam, ganharam um sócio, um sócio majoritário que tinha a palavra final, o rei. A mentalidade econômica que se cristalizou em Portugal foi essa:

O mercantilismo empírico português, herdado pelo Estado brasileiro, fixou-se num ponto fundamental, inseparável de seu conteúdo doutrinário, disperso em correntes, facções e escolas. Este ponto, claramente emergente da tradição medieval, apurado em especial pela monarquia lusitana, acentua o papel diretor, interventor e participante do Estado na atividade econômica. O Estado organiza o comércio, incrementa a

indústria, assegura a apropriação de terra, estabiliza preços, determina salários, tudo para o enriquecimento da nação e o proveito do grupo que a dirige. O mercantilismo opera, sob tal constelação, como agente unificador e centralizador, versado contra o disperso e universal mundo da Idade Média. O Estado, desta forma elevado a uma posição prevalente, ganha poder, internamente, contra as instituições e classes particularistas, consagrado na razão de estado. (FAORO, 2012, p. 81)

Esse pensamento econômico, mercantilismo patrimonialista, foi trazido ao Brasil. Contudo, aqui não logrou êxito tentativas de deixar essa mentalidade para trás. em Portugal, no ano de 1820, houve a Revolução Liberal do Porto que conseguiu limitar o poder da monarquia, mas no Brasil Dom Pedro I e Dom Pedro II se agarraram ao Poder Moderador para garantir que a aqui a máxima liberal *o rei reina, mas não governa* jamais se tornasse realidade, com algo parecido a essa máxima tendo vigorado durante o reinado de Dom Pedro II, mas por obra e graça do imperador. O monarca concedia o poder a um governo, e o retirava quando sentia que devia, tudo bem distante de um parlamentarismo britânico. A única explicação lúcida e assertiva para a vitalidade do Antigo Regime no Brasil, garantido por uma constituição dita liberal, mas com um dispositivo de tutela real sobre a política são, nas palavras de Lassalle (2016), os fatores reais de poder, que garantiram uma vitalidade parecida à monarquia de um dos últimos Estados Nacionais a surgirem na Europa, o Império Alemão.

Seguindo a visão empresarial, na qual o Brasil-colônia era um negócio do rei, o monarca português divide a terra em capitanias hereditárias, mais tarde se institui um governo-geral, a essa altura já podemos enxergar a sociedade brasileira, heterogenia e localista. Mas os indivíduos que constituíam a nascente sociedade brasileira eram para Portugal os funcionários do rei, vivendo na empresa do rei, sob a tutela do rei. Vejamos:

A coroa não confiou a empresa a homens de negócio, entregues unicamente ao lucro e à produção. Selecionou, para guardar seus vínculos públicos com a conquista, pessoas próximas do trono, burocratas e militares, letrados ou guerreiros provados na Índia, a pequena nobreza, sedenta de glórias e riquezas. Numa faixa de cento e noventa e cinco léguas de litoral, à borda do mar, de Itamaracá a São Vicente, desenvolveu-se toda a vida do século XVI. Aí se cumpriam os propósitos iniciais das capitanias: defesa da costa e internamento nos sertões, internamento paulatino e mediante

autorização administrativa. Os fidalgos da Casa Real, os veteranos do Oriente, prósperos ou abatidos pelas adversidades, não afastaram seus passos da vista do mar: no mar estava a autoridade do soberano, precariamente presente nas caravelas e embarcações que iam e vinham de Portugal. As donatarias, reduzindo o espaço geográfico ao espaço administrativo, não lograram dispersar o comando de além-mar, cuja influência burocrática controlava o natural extravio territorial. Logo que o sistema deu mostras, quinze anos volvidos, de ferir, ameaçar ou afrouxar o laço curto da lealdade, a metrópole reage drasticamente quebrando as promessas de perpetuidade do plano anterior. A nobreza togada, a nobreza calada ao manto real, dá o grito de alarma e volta-se ao velho, tradicional e vigoroso leito de Avis. A coroa “busca manter aquele mesmo sistema de povoamento litorâneo, permitindo contato mais fácil e direto com a metrópole e ao mesmo tempo previne, ou chama exclusivamente a si, enquanto tem forças para fazê-lo, as entradas ao sertão, tolhendo, aqui, sobretudo, o arbítrio individual. O pequeno reino, com seu escasso milhão e duzentos mil habitantes, prezava, acima de tudo e como é natural, sua integridade política. Velava, contra as forças dispersivas, contra as distâncias autonomistas, contra as empresas econômicas independentes, o estado-maior de domínio – o estamento – dependente do rei e senhor do reino. A colonização é negócio seu, dentro do quadro marítimo e universal, sob controle financeiro da Coroa com os ramos, que lhe sugavam o tutano, espalhados por toda a Europa. Sobre as capitâneas avultava o protetorado do soberano, pronto, ao menor sinal de desvio, a anular, com uma penada, o contrato escrito e a palavra empenhada. Muitos anos correrão antes que os potentados rurais ganhem substância e consciência para romper as correntes, lance sempre adiado, veleidade de alguns séculos, veleidade cortada pela manutenção, na Independência, da velha Coroa, americanizada mas não nacionalizada. (FAORO, 2012, p. 142-143)

Vemos que o rei missionou o povoamento do Brasil a um corpo de funcionários públicos, ou melhor, funcionários do rei. Permitindo-lhes usar as terras do Estado, daí pode-se ver a origem do patrimonialismo no Brasil, bem no seu nascedouro. O agente do Estado usa a terra do Estado como se fosse sua, pois apesar

de legalmente haver limites, na realidade não o havia, os fatores reais de poder não permitiam muitas limitações aos poderes dos agentes colonizadores. O rei estava distante, a estrutura legal pátria estava distante, o exército e a polícia estavam distantes, restava ao capitão usar a terra do Estado como se fosse sua e esse hábito nunca deixou os políticos brasileiros, nem os altos funcionários públicos. Ao se utilizar da expressão estamento, Faoro (2012) recorria à Max Weber e ideia de rigidez social que foi marca do feudalismo, marca ferida de morte pelo Estado Liberal, não no Brasil.

Fugindo de Napoleão a Corte chega ao Brasil para aqui governar, traz consigo o estamento burocrático português e sua lógica. Ao fim do sonho napoleônico para a Europa, Portugal quer seu rei de volta e as potências europeias querem o monarca por perto. A resposta de Dom João VI foi tornar o Brasil reino unido com Portugal, o tempo passou e Portugal, numa difícil situação econômica e social, protesta pelo retorno da Corte e pela recolonização do Brasil. Ocorre a Revolução Liberal do Porto, o rei volta ao seu país de origem e aqui deixa seu filho. Com o tempo, vem a independência. Passada a euforia, uma questão incomoda a elite brasileira, o imperador está cercado de portugueses, nativos tem pouco espaço no governo do país. Dom Pedro I é visto mais como português do que como brasileiro. A tentativa de impor nova ordem ao país, ordem constitucional e liberal esbarra numa questão, centralização versus descentralização do poder. O medo da Coroa, segundo Neto e Tasinafo (2006), era a rebelião das elites localistas, a anarquia. Forma-se uma Assembleia Constituinte comprometida com tudo que o imperador abominava, a descentralização política e o governo parlamentar, tal qual havia na Inglaterra. O rei responde com um golpe contra os constituintes e uma Carta Magna que o garante como o cabeça de 2 poderes, o executivo e o moderador. As elites locais estavam garantidas no poder, mas o iam exercer-lo sob a chancela do monarca, a partir daí formam-se, segundo Faoro (2012), um corpo político sempre dominado por uma classe em especial, dos altos funcionários públicos.

Uma curiosidade interessante, a Constituição de 1824 é reconhecida como a mais liberal da história do Brasil, foi também sua Lex Mater mais longeva. Mas contradições evidentes mostram um país incapaz de tomar o rumo do liberalismo, Poder Moderador, governo provincial escolhido pelo imperador e falta de plena liberdade religiosa são as contradições que mais chamam atenção dos estudiosos. Positivamente chama a atenção a longevidade da Carta Magna e sua preservação com apenas 1 emenda em 65 anos de vigência.

O Brasil, desde que se tornou república, teve 6 constituições. Pode-se afirmar que a chamada Constituição Cidadã é a sexta tentativa de fazer o ideal republicano ter êxito no nosso país. Causa fascínio a ideia de descobrirmos o que a Carta Magna

de 1824 tinha, que as suas sucessoras não tinham, para alcançar longevidade. Uma resposta factível é esta:

Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são. (LASSALLE, 2016, p. 18)

Hoppe (2014), defende a ideia de que uma monarquia forte tende a permitir que um país alcance maior e mais duradoura prosperidade econômica que uma república. O sociólogo explica sua posição sob a ótica do conceito econômico de preferência temporal. Desenvolvida inicialmente pelos economistas Stanley Jevons e Eugen Von Böhm-Bawerk. As “taxas de preferência temporal” denominam a relação humana entre consumo e tempo. Isto é, partindo-se da premissa de que o ser humano consome visando sair de um estado de menor para um estado de maior satisfação, conclui-se que os homens tendem a preferir o consumo presente ao consumo futuro. Produzir para o consumo imediato reflete uma alta preferência temporal. Entretanto, quando ao perceber questões como sua expectativa de vida, a instabilidade de produção que fatores naturais como secas e enchentes ou momentos de saúde plena e saúde debilitada exercem sobre sua qualidade de vida futura o homem tende a moderar seu consumo no tempo presente em favor de consumi-lo futuramente, baixando sua taxa de preferência temporal. Segundo a Escola Austríaca de Economia esse fator vai determinar, por exemplo, a taxa de juros em um contexto de livre mercado bancário.

Aplicando o conceito de preferência temporal a relação entre monarquia e democracia, tem-se que como um monarca absoluto vê o território de seu país como sua propriedade privada perene no tempo, ou seja, ele tem a chefia vitalícia de governo e como após a morte ele pode passar o governo a um descendente direto então, o rei tende a exercer seu predatismo estatal de forma moderada, favorecendo a classe produtiva e aumentando a riqueza de seu país. Já na democracia, como o chefe de governo exerce um controle da coisa pública limitado no tempo por um mandato, como ele chegou ao seu posto por habilidades políticas e como ele não poderá repassar o governo a um descendente seu, então ele tenderá a uma predação irresponsável da riqueza que é produzida naquele país. Em outras palavras, um rei tende a uma baixa preferência temporal enquanto um governante democrático tende a uma alta preferência temporal.

Sob a ótica de Hans-Hermann Hoppe, democracia leva a empobrecimento. Vejamos, o autor conclama em sua obra que os leitores façam o seguinte trabalho

imaginativo: imaginemos que se instale no mundo um Estado global, imaginemos também que esse Estado assuma a forma de uma república democrática com sufrágio universal e então, pode-se concluir que o governo seria, muito provavelmente, eleito por uma coligação entre a Índia e a China. Uma vez instalada essa coalizão governamental, a estrutura democrática tende a leva-los a ver os outros países, em especial o Ocidente, como países com uma excessiva concentração de riquezas em relação ao Oriente, em especial Índia e China, logo se criaria um grande programa de redistribuição de riquezas visando beneficiar os países que sustentam a coligação governante. A Primeira Guerra Mundial terminou com o modelo democrático alcançando a hegemonia em relação à monarquia, processo que se iniciou com a Revolução Francesa e terminou com o fim do Império Austro-Húngaro. Desde então, o que ocorreria numa democracia global aconteceu em todos os países que adotaram a democracia, iniciou-se um processo global de transferência de renda. O problema é que transferência de renda gera pobreza, pois ao tirar dos mais produtivos para dar aos menos produtivos o governo pune a produtividade e premia a não produtividade. Além disso, o assistencialismo promove um aumento da preferência temporal na sociedade na medida que a poupança passa a ser menos atraente que o consumo. Dada a natureza do processo de transferência de renda, a população beneficiada precisa fazer aquela moeda girar, pelo fato de que nesse processo não foi criada riqueza, apenas redistribuída. Sendo assim, em primeiro lugar se aquela riqueza não girar vai haver cada vez menos de onde se tirar mais riqueza, em segundo lugar não há incentivos para poupar um dinheiro que não veio do seu trabalho, ainda mais que o indivíduo recebedor tem a certeza que no futuro será novamente agraciado.

Os defensores do assistencialismo estatal costumam defender suas posições alegando o cuidado aos mais pobres. Hoppe (2014), contra-argumenta mostrando o exemplo da educação superior gratuita oferecida pelo Estado, na qual se verifica estudantes vindo de famílias ricas tendo seus estudos universitários pagos pelas famílias mais pobres, cujos filhos dificilmente tem chances de chegar a estudar nessas universidades públicas. Segundo o autor, pela lógica democrática o óbvio é ocorrer, nas palavras do economista francês Frédéric Bastiat, "um sistema onde todos querem viver às custas de todos". Assim sendo, a maneira mais eficaz de ajudar os mais pobres a sair da pobreza é favorecer à poupança, empreendedorismo e aumento da produtividade, criando riqueza e não apenas redistribuindo a que já existe.

A teoria proposta por Hans-Hermann Hoppe pode explicar como o Império, sobretudo o imperador Dom Pedro II, conseguiu manter os fatores reais de poder alinhados à constituição vigente garantindo-lhe a vida útil que teve. Olhando com olhar atento àquela ordem constitucional não podemos negar que ela falhava para com seu espírito liberal, não sujeitava de modo algum o monarca à Lei. Através da

Carta de 1824 o imperador pôde exercer a autocracia sobre o país e impor-se sobre a política, não foram poucas as tentativas das lideranças políticas de reformar o poder para garantir o lema liberal *o rei reina, mas não governa*, mas as tentativas sempre se deparavam com um racha no estamento burocrático que, de facto, controlava o Estado. O tempo passa e o estamento burocrático é fragilizado, o mesmo está envelhecido e novas ideias rondam o país.

Faoro (2012), ao se debruçar sobre as causas que possibilitaram o fim da monarquia, explica que o exército teve formação aristocrática, do seu alto escalão saíam ilustres senadores, e muitos desses ilustres senadores ganhavam uma cadeira no Conselho de Ministros. Contudo, com o passar do tempo a atividade caiu em desprestígio, vítima de um preconceito liberal que os viam como parasitas dados a incivilidade. A civilidade vinha não das armas, mas do trabalho, da produção e do comércio. Os filhos da aristocracia trocaram a carreira militar pelo bacharelado em Direito e o exército se tornou refúgio para a “classe média” da época. Abandonados pelo monarca e pelo estamento envelhecido e fechado em si mesmo, os militares bradam e pedem respeito, quando são ouvidos já é tarde demais. O imperador segundo Neto e Tasinafo (2006) foi abandonado pela Igreja Católica Apostólica Romana e pela elite econômica do país. O monarca também foi abandonado por parte de uma importante instituição, a Maçonaria. A alta cúpula do exército foi tomada pelo sentimento republicano positivista, isso atraiu a todos os descontentes com o Império. O estamento burocrático sacrificou seu líder para sobreviver, cooptou Deodoro da Fonseca e seguiria a partir daí no comando do Brasil, sem a tutela imperial. Tem qual conceito então, o estamento burocrático? Elite política e do funcionalismo público, que comandam os altos postos do Estado, e se utilizam do poder do Estado para parasitar e dirigir a sociedade segundo seus próprios interesses, cujo principal é a perpetuação no poder.

2. A REPÚBLICA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O fim do império e do poder moderador deixou um vácuo no Estado brasileiro que beneficiava as forças localistas. Contudo, as elites locais viviam em constante conflito, haviam tantos conflitos intrarregionais como inter-regionais. Segundo Repolês (2008), para se preencher o vácuo deixado pelo fim do poder moderador criou-se o Supremo Tribunal Federal e para ele se transferiu a missão de arbitrar os conflitos entre as forças políticas antagônicas a fim de se impedir o autoritarismo e o desmantelamento do Estado-Nação. A ideia de transferir a guarda da constituição e das liberdades individuais para um corpo técnico-interpretativo e de fora da política teve, no Brasil, seu principal defensor e articulador a figura liberal de Ruy Barbosa. No entanto, afirma Repolês (2008), desde o início da república já pairava sobre os

ministros do Supremo a acusação de formarem uma Corte politicamente militante e engajada, acusação que o STF também recebe nos dias atuais.

Durante o período imperial, vimos no tópico anterior, que o Imperador Dom Pedro I não aceitou ter seu poder limitado pela constituição, sobretudo por uma constituição escrito por outros, outros que não se submetiam a vontade do monarca. O resultado foi o fechamento da Assembleia cuja missão era promulgar a primeira Carta Magna brasileira, ao invés disso, um Conselho de escolha do rei redigiu uma constituição moldada ao caráter real e não que moldasse o caráter da monarquia. A partir daí o imperador garantiu total controle do governo e do parlamento. Dom Pedro I impediu que no país vigorasse a máxima liberal *o rei reina, mas não governa*, mas suas ações cobraram seu preço e o rei teve que sair, ou melhor, fugir do Brasil deixando a elite política regendo o governo e seu filho como a semente do espírito monárquico e centralizador. Dom Pedro II soube exercer seu enorme poder por um período impressionante, nesse período ele foi o grande intérprete e defensor da Constituição de 1824. Mas lembremo-nos que no próprio corpo da Lei Maior estava expresso que o imperador vinha antes da constituição. Sendo assim, era ele a rocha sob qual o Estado se assentava e dele decorria a legitimidade dos atos político-jurídicos.

Definir o que é uma Constituição não é tarefa simples, existem várias abordagens:

O estudo da jurisdição constitucional – tema notadamente amplo e complexo e, principalmente, um dos mais intrigantes da Teoria da Constituição – exige, como ponto de partida, pré-compreensões acerca de seu objeto de ação – a Constituição – , cuja eficácia e força normativa dependem de múltiplos fatores e condições e, principalmente, da existência de um sistema de controle de constitucionalidade das leis célere e efetivo, o qual constitui o instrumento jurídico contemporâneo de tutela constitucional. Conceituar a Constituição consiste em uma das tarefas mais complexas da Teoria da Constituição, visto que seu conceito não é unívoco. Diante disso, faz-se necessário delimitar o alcance conceitual que a ela será despendido. Isto porque, recorrendo as lições de Schmitt, “la palabra constitución reconoce una diversidad de sentidos”, devendo-se, pois, “limitar la palabra constitución a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de um Pueblo”. Nesse dia diapasão, ao dizer que a Constituição consiste em uma ordenação, a qual é indispensável a toda associação

permanente para sua formação, para o desenvolvimento de sua vontade e limitação da situação de seus membros, dentro dela e na relação com ela, Jellinek conclui, categoricamente, que “todo Estado, pues, necessariamente há menester de uma Constitución”. A Constituição, pois, é o elemento vital não só do Estado, mas também da sociedade, cujo objetivo é constituir e construir a solidez estatal e a organização social. (PEREIRA, 2012, p. 13-14)

Partindo-se da premissa de que Constituição é o elemento vital para constituir a solidez estatal e, aplicando esse conceito a realidade constitucional brasileira onde a Constituição é o documento escrito em determinado momento histórico por uma assembleia constituinte democraticamente eleita para garantir aos cidadãos uma lista de direitos e garantias frente ao poder do Estado, para organizar as funções e prerrogativas estatais e para tudo mais que quiserem (dado o caráter dirigista da Constituição de 1988), então, a função básica de uma corte como o Supremo Tribunal Federal é garantir a fiel efetividade do documento constitucional frente à sociedade brasileira. Contudo, desde sua criação o STF inspira na sociedade um medo de que este se sobreponha à constituição que deveriam preservar e aplicar. Sendo assim, a partir de agora analisaremos a possibilidade de tal medo se concretizar na atual conjuntura nacional.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SOBERANIA POPULAR

A função básica de uma corte constitucional é garantir e proteger os direitos e garantias fundamentais de maiorias ocasionais e garantir a soberania da Lei Maior sobre os atos jurídicos-políticos no país, a arma que uma corte constitucional se utiliza para tal é o controle de constitucionalidade. Segundo Pereira (2012), no Brasil se utiliza o controle concentrado e difuso de constitucionalidade, cabendo ao Supremo Tribunal Federal a palavra final em termos da constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. O problema desse arranjo, tanto no Brasil como em qualquer outro país que o adota, consiste na fidelidade dos ministros ao ditame constitucional. Pois, sendo a Constituição Brasileira um documento escrito, formulado em determinado período temporal por uma Assembleia imbuída por meio do voto democrático de registrar o que o povo, soberanamente, quer que sejam as características básicas de seu Estado Democrático, cabe ao guardião da Lei Maior aplicar o que ela determina. Mas tendo seu guardião a palavra final, o que ocorre se uma corte constitucional como o STF determinar que a Constituição diz o completo oposto do que está devidamente registrado? Nesse caso, a Constituição deixaria de ser um documento escrito por representantes eleitos para se tornar a vontade política de uma maioria de ministros da corte constitucional.

Se a Constituição deixar de ser um documento escrito por representantes eleitos, num determinado momento histórico, para se tornar a vontade política de uma maioria de ministros de uma corte constitucional, essa corte deixaria de ser um ente técnico do Poder Judiciário para se tornar um ente político usurpador do Poder Executivo e do Poder Legislativo. As decisões dessa corte certamente fariam tombar a independência dos demais poderes e não se poderia falar em democracia com um poder quase absoluto em mãos não eleitas. Em termos comparativos, numa realidade como essa o que se chamaria de corte constitucional seria, na verdade, uma estrutura similar ao Politburo do Partido Comunista Chinês. Na China, país governado por uma oligarquia comunista, existe o Partido Comunista Chinês, esse não é o único partido permitido, mas os outros existem por permissão deste que detêm o monopólio da máquina pública. Contudo, não é o partido que governa, quem governa é a cúpula desse partido, um órgão com cerca de 11 membros (mesmo número de membros que o Supremo Tribunal Federal do Brasil) chamado Comitê Permanente do Politburo, esse órgão concentra o poder Executivo, Legislativo e Judiciário na China e embora tecnicamente exista uma Constituição Chinesa, o poder, *de facto*, se encontra nas mãos desse órgão que faz com a Lei Maior seja o que ele quer que ela seja. (WALBERT, 2012)

Uma vez determinada que uma corte politicamente militante e engajada, que use de sua função de último intérprete da constituição para fazer valer seu entendimento pessoal para a forma de agir do Estado viola a democracia e se transforma num modelo de oligarquia jurídica, precisamos determinar então, quais artifícios uma corte constitucional precisa usar para perverter a democracia constitucional em uma ditadura de juízes. Em primeiro lugar precisamos compreender que uma corte como o Supremo Tribunal Federal tem o poder de anular leis ordinárias por considera-las inconstitucionais, uma vez que isso acontece não há a quem recorrer e a legislação em questão precisa morrer ou ser modificada (em caso de inconstitucionalidade parcial do texto). O poder por de trás do controle de constitucionalidade se ancora na ideia de que uma corte como o STF possui um papel contramajoritário. Para Pereira (2020), o papel contramajoritário consiste em “restrições ao que a maioria pode decidir” com o objetivo de proteger os direitos e garantias fundamentais de todos, em especial das minorias em relação a maiorias políticas. A questão, no entanto, suscita um problema democrático, os direitos e garantias fundamentais estão, muitas vezes, registradas em termos vagos na Carta Magna o que inevitavelmente implica numa leitura moral deles por partes dos juízes. Além disso, um paradigma do Direito Pós-positivista é a vinculação das normas aos princípios constitucionais e tais princípios são extremamente abertos e vagos. Por exemplo, qual o conceito definitivo de Dignidade da Pessoa Humana? Ele pode significar diversas coisas em diversos casos concretos. Na polêmica discussão acerca

da constitucionalidade das restrições legais ao “aborto provocado” no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, os grupos contrários e defensores da pauta podem e tomam o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como ferido pelo outro lado, e qualquer decisão judicial a respeito será inevitavelmente moral e pessoal do agente decisor.

Para além do poder de perverter a constituição por meio de seu papel de último intérprete, uma corte constitucional pode justificar a infidelidade ao texto da Lex Mater com o artifício interpretativo da mutação constitucional. Segundo Pansieri e Souza (2018), mutação constitucional ocorre sempre que houver uma mudança no sentido do texto de uma Carta Magna, ao invés de uma mudança no próprio texto pelos meios estabelecidos de emenda à constituição, ou seja, de acordo com o processo de mudança do texto constitucional legalmente estabelecido o ditame se encontra em plena validade e vigência, mas por uma mudança cultural em como a sociedade encara o objeto tutelado em questão não se pode mais fazer uma interpretação literal. O resultado da alegada mutação constitucional é um poder absurdo concentrado no último intérprete da Lei Maior do Estado, a este caberá determinar à mudança cultural e seu reflexo constitucional, tudo isso à margem de qualquer processo democrático. Vejamos, o Brasil é um país multicultural em aspecto étnico (cultura afro, europeia, asiática) multicultural em aspecto regional (norte, sul, nordeste) e multireligioso (catolicismo, protestantismo, espiritismo, candomblé) o que significa que não há unidade entre os grupos – pode haver duas famílias negras uma no sul e outra no nordeste, uma católica e outra pentecostal, mas ambas de classe média – Como determinar mudanças culturais significativas nesse contexto? E como determinar que isso deva mudar a Constituição Federal fora do processo legislativo? Sobretudo numa corte como o STF, que está longe de representatividade étnica, de gênero ou de classe social. O mais provável é que haja o predomínio de uma linha cultural sobre todas as demais, voltando à Faoro (2012), o predomínio virá da cultura do estamento burocrático brasileiro, que é elitista, anticapitalista, antiliberal, intervencionista e progressista.

Conclui-se então que a crise de legitimidade do Supremo Tribunal Federal decorre da percepção de que a instituição não é fiel a Constituição vigente, fazendo dessa uma leitura parcial e, sendo assim, tutelando a vontade popular que é depositada nos políticos democraticamente eleitos. Em suma, trata-se da já conhecida acusação de ativismo judicial.

3.A RESPOSTA DA ATUAL SUPREMA CORTE À SUA CRISE DE LEGITIMIDADE

A resposta que a atual composição do Supremo Tribunal Federal deu aos seus mais ferrenhos críticos é o polêmico Inquérito 4.781, também denominado Inquérito

das Fake News. A polêmica começa pelo fato de o inquérito ter sido instaurado de ofício pelo atual presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, e o mesmo ter apontado o seu relator, ministro Alexandre de Moraes, ao invés de a escolha ter ocorrido por sorteio. O resultado é que um mesmo órgão irá investigar, denunciar e julgar crimes, num inquérito que não foi proposto pelo Ministério Público, e os crimes em questão vitimaram o órgão que está a frente de todo o processo, que é o Supremo Tribunal Federal.

A justificativa legal dada para o caso em questão é o Artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que diz:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

A interpretação do artigo em questão é bastante heterodoxa, com todas as vênias a hermenêutica dos ministros em questão, mas o texto fala objetivamente em crimes ocorridos nas dependências físicas, ou seja, no edifício-sede do Supremo Tribunal Federal em Brasília. O atual presidente do STF entende que crimes contra a honra dos ministros, feitas em todo país por meio da internet, se enquadra no artigo. Novamente voltamos à questão, o que fazer quando o guardião da Constituição e última instância do Judiciário interpreta uma lei de maneira totalmente oposta ao textualmente registrado?

Verificada a completa inconstitucionalidade do inquérito em questão (embora reconhecida pelo plenário do STF pelo placar de 9x1) resta analisar se essa é a melhor abordagem para recuperar a confiança dos cidadãos em sua corte constitucional. Segundo pesquisa Datafolha, 39% da população avaliam o trabalho do STF como ruim ou péssimo, e embora a maior parte da população nacional não entenda suficientemente de Direito para reprovar a atitude da Suprema Corte, essa abordagem certamente não ajuda na melhora da imagem da instituição.

4. CONCLUSÃO

Nesse breve artigo analisamos a formação do Estado brasileiro e nos deparamos com as raízes patrimonialistas e clientelistas advindas do Estado português e que desde o nascimento criou no país uma estrutura de poder que tem no topo um estamento burocrático. Tal estamento enxerga a máquina pública como meio de se perpetuar no poder e de gozar de privilégios pessoais e familiares em detrimento dos demais cidadãos. Uma característica advinda da estrutura de poder herdada de Portugal é um Estado dirigista, paternalista e antiliberal, essas características são o alimento do estamento burocrático que, por meio do Estado, rege à sociedade. Tal estrutura, salienta Faoro (2012), é ao mesmo tempo rígida (razão da denominação estamento), mas flexível o suficiente para absorver impactos sociais que o visa destruir e se remodelar as transformações decorrentes da evolução social, essa característica é responsável pela longevidade e resistência dessa estrutura a movimentos como a Revolução de 1930, por exemplo.

Na medida em que o estamento não é algo coeso nacionalmente, mas regionalista e belicista. No período monárquico, o Imperador garantiu que as disputas no seio do estamento não significassem o desmantelamento do Estado-Nação, essa garantia veio do Poder Moderador, característica mais marcante da nossa primeira Constituição, combinada com o exercício indireto do Poder Executivo por parte da coroa (parlamentarismo às avessas). Apesar disso a primeira grande crise do Estado resultou no fim do Império, mas não no fim do estamento burocrático, que se adaptou as mudanças e sobreviveu. Contudo, ainda para moderar as disputas de poder se instituiu na República o Supremo Tribunal Federal, que serviria de órgão técnico para funcionar acima das paixões políticas, mas desde o seu início já pairava sobre seus membros a acusação de militância político-partidária.

Séculos depois da criação do Supremo Tribunal Federal, ainda paira sobre ele a acusação de ser um órgão político, militante e que desequilibra a harmonia entre os poderes do Estado. Atualmente o STF é composto por onze membros, escolhidos livremente pelo Presidente da República entre maiores de trinta e cinco anos com notável saber jurídico, o nome do escolhido precisa ser aprovado pelo Senado Federal para poder tomar posse como ministro da corte, ao assumir o novo ministro não tem seu período de atuação limitada por um mandato, mas é sumariamente aposentado ao chegar na idade de setenta e cinco anos. Além de funcionar como corte constitucional o Supremo também figura como cúpula do Poder Judiciário, ou seja, última instância a que se é possível recorrer no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, o STF é o órgão de julgamento para os que possuem foro privilegiado por prerrogativa de função.

Conclui-se que a crise de legitimidade do Supremo Tribunal Federal decorre da percepção de que é um órgão elitista e antidemocrático. Expressão máxima do

estamento burocrático brasileiro que impede o livre exercício do poder pelo povo através da perversão do papel de último intérprete da Constituição, essa perversão se manifesta em ignorar o que diz o texto constitucional o trocando pela vontade política da corte, sendo assim, legislando e, por vezes, governando. Esse estudo não se debruçou sobre a validade da percepção, mas levando em conta que ela existe e que se baseia no problema real de como garantir a fidelidade de uma corte constitucional ao determinado pelos constituintes então passemos a uma possível reforma para aproximar a instituição do povo.

O fato de não haver mandato para o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal, é um problema na medida que vivemos numa República. Historicamente, vitaliciedade é algo associado a monarquias e alternância de poder ao republicanismo, se alguém é nomeado aos 50 anos ministro do STF, este terá 25 anos de atuação garantida à frente de um poder imenso, a tese de mandato para ministro é uma possibilidade salutar de reforma.

Muitos países optam por ter um órgão como última instância do Poder Judiciário e outra exercendo exclusivamente o papel de corte constitucional. Tal separação é salutar na medida em que separa o relacionamento dos ministros da corte constitucional com os atos do poder público e os membros do poder público. Por exemplo, seria maior garantia de imparcialidade o órgão que julga as leis aprovadas no Congresso não ser o mesmo que julga os atos infracionais dos congressistas.

Muitos países optam que mais setores da sociedade participem da escolha de um ministro de uma corte constitucional. Ao invés do paradigma Norte-americano de indicação/presidente e aprovação/senado, poder-se-ia, por exemplo, o presidente nomear sem aprovação alguns nomes, a Câmara e o Senado nomear nomes de consenso e que, Faculdade de Direito, mais bem avaliadas possam escolher um nome de consenso.

As possibilidades elencadas aqui, visam abrir um salutar debate na sociedade, pois o que se enxerga como crise, pode ser apenas uma oportunidade de melhorar essa importante instituição democrática que é o nosso Supremo Tribunal Federal. Mas principalmente, deve-se criar um meio legal de garantir que os ministros do STF sejam fiéis a Constituição, como um documento escrito, elaborado por uma Assembleia Constituinte, para organizar o Estado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento interno [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal.** – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020.

Disponível in:
> <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>
> Acesso em 27/06/2020.

DATAFOLHA; Instituto de Pesquisas. **39% reprovam trabalho do STF**. São Paulo, 2020. Disponível in:
> <http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2020/01/1988570-39-reprovam-trabalho-do-stf.shtml> > Acesso em 27/06/2020.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Prefácio: Gabriel Cohn. – 5. ed. – São Paulo: Globo, 2012.

HOPPE, Hans-Hermann. **Democracia: o deus que falhou**. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. – São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2014.

HOPPE, Hans-Hermann. **Uma breve história do homem: progresso e declínio**. Traduzido por Paulo Polzonoff. – São Paulo: LVM Editora, 2018.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição** – CL EDIJUR – Leme/SP – 1ª Edição – 3ª tiragem 2016.

NETO, José Alves de; TASINAFO, Célio Ricardo. **História geral e do Brasil**. – São Paulo: HABRA, 2006.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação Constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea** – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. **Jurisdição Constitucional do Processo Legislativo: Legitimidade, Reinterpretação e Remodelagem do Sistema no Brasil**. Prefácio de José Alfredo de Oliveira Baracho Junior. Belo Horizonte: Fórum, 2012. PEREIRA, Clarissa de Cerqueira. **Supremacia da Constituição e democracia: desenho institucional para defesa dos direitos fundamentais** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 junho 2020. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54631/supremacia-da-constituio-e-democracia-desenho-institucional-para-defesa-dos-direitos-fundamentais>. > Acesso em: 24 junho 2020.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Quem Deve Ser o Guardião da Constituição? Do Poder Moderador ao Supremo Tribunal Federal**. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

WALBERT, Allan. **Como o Partido Comunista Define o Futuro da China?** Brasília: 2012. Disponível em:

< <https://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2012/11/como-o-partido-comunista-define-o-futuro-da-china> > Acesso em 27/06/2020.

O DIREITO DO JOVEM MARX

MATHEUS DE ALMEIDA: Bolsista CNPq. Doutorando em Filosofia do Direito - PUC/SP. Graduado e Mestre em Teoria do Direito e do Estado - Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Advogado.

Resumo: O presente estudo visa demonstrar o direito sob a ótica do jovem Marx, que ainda não tendo desenvolvido em plenitude o método materialista-histórico dialético, já se era um excelente crítico dos assuntos filosóficos e jurídicos existentes para época, dialogando criticamente com grandes nomes, como Savigny, Hegel, Bruno Bauer, e trazendo reflexões importantíssimas até os dias atuais, para os direitos humanos.

Palavras-chave: 1. Marxismo e Direito; 2. Filosofia do Direito; 3. Crítica do Direito

Sumário: Introdução; 1. Debates jurídicos no texto: "O Manifesto filosófico da Escola Histórica do Direito" de 1842; 2. Debates sobre a Lei referente ao furto de madeira de 1842; 3. Crítica da Filosofia do Direito de Hegel de 1843. E, Introdução a Crítica do Direito de Hegel de 1844; 4. Sobre a Questão Judaica de 1844; Considerações Finais; Referências.

Introdução

O pensamento marxista não se resume as obras de Marx, trata-se de um método científico chamado materialista histórico-dialético[1], continuado por vários autores. Além disso, existe uma diferença histórica entre os estudos *marxianos*, ou seja, o que foi escrito pelo próprio Marx, e os *marxismos*, estudos a partir das obras de Marx em que vários autores continuaram com seu método e seus pensamentos, aplicando em cada fase da história e cada ciclo conjuntural político.

Um dos grandes debates existentes dentro das teorias marxistas, é se existe ou não um recorte epistemológico e cronológico de suas obras, levando em consideração a maturidade científica de Marx ao longo de sua vida. Para quem adota esse recorte, conclui-se que nem todo texto de Marx teria seu método aplicado, materialista-histórico dialético.

Para se chegar no Marx maduro, três principais formas de interpretação são adotadas no campo do marxismo, a mais popular, adotada pela maioria dos partidos comunistas ao redor do mundo, seria uma evolução de Marx por "Hegel-Feuerbach-Marx". Para *acrescentar* essa linha teórica evolutiva, surgem outros dois posicionamentos, com Galvano Della Volpi[2] propondo uma linha evolutiva de

"Aristóteles-Galileu-Marx", e por fim Althusser, propondo a evolução do pensamento entre "Demócrito-Spinoza-Marx".

No campo do Direito, entre esses debates, o nome que mais se destacou, foi e ainda é, Louis Althusser, ao qual será utilizado nesse estudo. Para Althusser (2005, p.24):

Esse "corte epistemológico" divide assim o pensamento de Marx em dois grandes períodos essenciais: o período ainda "ideológico", anterior ao corte de 1845, e o período "científico", posterior ao corte de 1845. Esse segundo período pode, igualmente, ser dividido em dois momentos, o momento da maturação teórica e o momento da maturidade teórica de Marx.

Para o autor, a obra "ideologia Alemã" é a fundamental para determinar esse corte. Ao qual faz a classificação: 1840-1844: Obras da juventude; 1845: Obras do corte; 1845-1857: Obras da maturação; 1857-1883: Obras da maturidade. (ALTHUSSER, 2005, p.25)

Importante destacar que existem até hoje dentro da política, economia, filosofia, etc., todos os pensamentos e ideologias existentes na época, desde os quais Marx confronta de forma veemente, até os idealistas de esquerda em que autor flerta na sua juventude. Inclusive na fase madura, quando ele abordará temas sobre política, passará mais tempo se ocupando em criticar os erros teóricos e políticos da própria esquerda, dos seus próprios amigos, do que se ocupando com falsas teorias da direita.

Desta forma, o presente estudo adota a linha epistemológica de Althusser, trazendo recorte epistemológico no pensamento de Marx, acrescentando seu próprio método de análise - materialismo histórico dialético - para contextualizar como o autor trabalha o direito em diferentes fases de sua vida.

Esse estudo demonstra os vários pensamentos políticos e jurídicos existentes para época e o quanto eles estão presentes até hoje, pois fazem parte da sociedade capitalista. Além disso, é parte fundamental do método entender a parte histórica e o desenvolvimento do pensamento jurídico para o objeto de estudo presente.

1. Debates jurídicos no texto: "O Manifesto filosófico da Escola Histórica do Direito", de 1842.

O jovem Marx teve sua formação no meio jurídico, cursando Direito na Universidade de Berlin e conhecendo os maiores nomes do Direito daquela época, nomes que são influentes até hoje na legislação de vários países, inclusive no Brasil, como de seu Professor Friederich Carl Von Savigny. Por sua formação jurídica, entre seus primeiros escritos, faz duras críticas contra as normas e doutrinas existentes na época. Entretanto, o jovem Marx ainda não tinha a radicalidade que só se expressaria anos mais tarde. Nesta época as críticas iniciais de Marx, se coadunavam com o pensamento liberal da época.

Entre um dos seus primeiros escritos críticos sobre o direito, encontra-se o artigo "O Manifesto filosófico da Escola Histórica do Direito" de 1842, quando tinha apenas 24 anos de idade. Para entender o artigo, é preciso contextualizar os pensamentos existentes na época, seu professor Savigny era um crítico do capitalismo, o pensamento liberal burguês que estava influenciando todos países da Europa. Portanto, Savigny era contrário ao Código Civil Napoleônico, o qual servia de base para a burguesia de todos países da Europa, ou seja, era contrário ao Direito Burguês.

Embora Savigny fosse adverso ao direito burguês, ele adota uma crítica totalmente diferente da qual Marx irá construir. É nesse período que Marx começa as suas primeiras reviravoltas da vida, fica decepcionado com a academia tomada por nomes ligados ao Rei, e começa a tentar influenciar o debate por meio de um jornal, chamado Gazeta Renana, e como dito, entre seus primeiros textos críticos ele se volta para o direito, que também é o seu primeiro rompimento teórico público, e tem como alvo a Escola Histórica.

A Escola Histórica, é um pensamento reacionário que se fazia presente nos países que ainda não tinham feito revolução, principalmente na Alemanha, pautado em tradições e costumes feudais, por isso, contrário ao que existia de "novo" para época, o pensamento liberal burguês, da França.

No direito, Savigny se torna mundialmente famoso por sua teoria da posse - no Brasil ainda é usada para embasar pedidos de Usucapião, trazendo a posse como uma realidade concreta que deve ser reconhecida pelo direito. Em outras palavras, Savigny lutava contra a ideia de que nenhum senhor feudal, nenhuma propriedade da igreja, nenhuma posse ancestral baseada em costume, poderia ser tomada pelos ditames revolucionários burgueses.

O principal alhoz de Savigny era o liberal Anton Friedrich Justus Thibaut, que defendia um Código Civil Alemão, nos moldes do liberalismo Francês:

“Yo opino, por el contrario, que nuestro Derecho civil (por el que entenderá siempre aquí el Derecho privado y el penal, así como el procesal) necesita una rápida transformación y que los alemanes no podrán ser felices en sus relaciones civiles más que cuando todos los gobiernos alemanes traten de poner en vigor, uniendo sus fuerzas, un código promulgado para toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares”. (THIBAUT, 1970, p. 11)

A base teórica do Savigny é ser contra a codificação burguesa, por isso ele lança um artigo intitulado, “Da vocação da Nossa Época para a Legislação e Jurisprudência” de 1814, criticando esse pensamento liberal burguês e exaltando a “Escola Histórica”, defendendo os costumes e tradições feudalistas do passado, que todo direito nasce consuetudinário e só depois se torna jurisprudência. Por isso é um pensamento conservador para maior parte dos Estados da Alemanha - ele é contra esse “estrangeirismo” francês- que é reacionário para Europa e alguns poucos estados da Alemanha que já estavam vivendo sob codificações e pensamento liberal. Diz o autor:

“Allí donde nos encontramos por primera vez ante una historia documentada, el Derecho civil tiene ya un carácter determinado, peculiar del pueblo, lo mismo que su lenguaje, sus costumbres y su constitución. Em efecto, estos fenómenos no tienen una existencia separada, son tan solo fuerzas y actividades singulares de un pueblo, inseparablemente unidas en la naturaleza, y que solo aparentemente se revelan a nuestra consideración como cualidades especiales”. (SAVIGNY, 1970, p. 54)

O pensamento da Escola Histórica é até hoje repetido nos cursos de direito pelo Brasil. Diz que o direito tem origem Romana, e não burguesa, que faz parte da consciência de um povo, assim como a linguagem, e que é repetido até que vire um costume social, uma cultura, algo comum e consuetudinário - posições que ainda são adotadas por ambos espectros políticos da sociedade, tanto de direita quanto de esquerda. Deste modo, a codificação seria feita de princípios abstratos, e a escola histórica seria atos formais simbólicos repetidos por todos. Nas palavras do autor:

“La administración de justicia se hará aparentemente según el código, pero de hecho se hará según otra cosa ajena al código, la cual será, por tanto, la verdadera fuente de Derecho. Pero esta falsa apariencia es sumamente nociva. Porque el código, por su novedad, por su afinidad con los conceptos que

dominan la época y por su autoridad externa, atraerá indefectiblemente hacia sí toda la atención, desviándola de la verdadera fuente del Derecho, de manera que esta oscura e inobservada existencia se verá privada de las fuerzas espirituales de la nación, que son las únicas que pueden conferirle autoridad.” (SAVIGNY, 1970, p. 65)

Outro ponto importante de destacar, antes de vir a crítica marxiana, se trata da argumentação que Savigny faz sobre a noção de consciência do povo e da consciência dos juristas, já que para ele, o direito tem um elemento político natural e um elemento técnico erudito, portanto, ele entende que, quando a consciência dos juristas passa a ser diferente da consciência do povo, como uma ciência autônoma, descolada dos costumes do povo, o direito torna-se arbitrário.

Quando Marx escreve a crítica a Escola Histórica, ao invés de criticar diretamente seu Professor Savigny, que tinha bastante prestígio social, ele faz seu primeiro texto atacando Gustav Hugo, considerado o fundador da Escola Histórica.

É importante salientar, que nesse momento Marx é racionalista e idealista, ainda adepto ao pensamento liberal, por isso defende que as novidades dos pensamentos da Revolução Francesa chegassem na Alemanha, portanto a favor da codificação, e que esse novo pensamento destruísse o pensamento feudalista local, pois Marx enxergava a Alemanha como uma sociedade atrasada, comparando com França, Inglaterra, e outras nações que já tinham sua unificação interna consolidada

Assim, Marx no seu texto, “O manifesto filosófico da Escola Histórica do Direito”, inicia dizendo: “A opinião vulgar considera a ‘Escola Histórica’ uma reação contra o espírito ‘frívolo’ do século ‘XVIII’. A difusão dessa opinião é proporcionalmente inversa à sua verdade. (Marx, 2007, p.265). Deixa evidente a sua adesão ao racionalismo francês da época, criticando Hugo, e dizendo que a sua “loucura” tem método:

Hugo “profana” tudo que é legal, moral e político para os homens, porém esmaga essas coisas sagradas apenas para poder trata-las como relíquias históricas. Ele as viola diante dos “olhos da razão” para, depois, honrá-las diante dos “olhos da história”, e também, simultaneamente, para “honrar o olhar histórico”. (MARX, 2007, p. 267).

Esse rompimento de Marx com a Escola Histórica, demonstra o que há de errado com a ideia de direito como algo perpétuo, cultural, costumeiro, o forte que prevalece sobre o fraco, do rico sobre o pobre, ou adaptando para os tempos nazistas

- e atuais no Brasil -, as minorias têm que se adequar as majorias. Marx rebate essas afirmações, e nega essa tradição de direito como costume, a história não é justa, ela somente garante o direito de exploração. Ressalta-se, que o pressuposto da Escola Histórica é a existência, justa ou não, é a perpetuação de privilégios sociais. Marx rebate todos esses argumentos, diz que isso é uma arbitrariedade, uma Teoria Alemã do “Antigo Regime” (fazendo referência, ao antigo regime da França).

Por fim, nesse texto, fica evidente que Marx em sua juventude, toma o direito como uma pauta de luta política e social, e apesar de ainda não ter desenvolvido o seu método, ele deixa exposto seu posicionamento contra qualquer forma de exploração humana, apostando em uma sociedade mais justa e igualitária, mas ainda está preso na luta pelo direito, um pensamento típico de liberais de esquerda da época.

2. Debates sobre a Lei referente ao furto de madeira de 1842.

Ainda em 1842, Marx pública outro texto relacionado ao direito, na Gazeta Renana, cujo título é: “Debates sobre a Lei referente ao futuro de madeira”. Nessa publicação, fica evidente a sua adesão a luta política e a transformação social por meio do direito, demonstrando mais uma vez seu posicionamento idealista. Nesse texto, encontra-se debates importantes que irá desenvolver pelo resto de sua vida, é o primeiro debate sobre uma questão social concreta, e além disso discorre sobre a “propriedade”, e sobre o “Estado”. Embora, nessa fase de escritor da Gazeta Renana, Marx nunca utilizou a palavra “proletário”.

O texto se trata de uma discussão jurídica entre parlamentares, sobre a criminalização de um costume local, o simples fato de camponeses ajuntar madeiras secas caídas no chão. Esses parlamentares debatem vários pontos, se é crime de furto ou não, se a pena deveria equivaler a roubar madeira verde, se deveria existir pena, quem era o responsável por determinar a indenização ao proprietário da floresta, e qual seria o valor da multa, etc. Foi uma época caracterizada pelo uso do aparelho jurídico para alterar as relações de propriedade, privilegiando os proprietários.

Como demonstrado no parágrafo anterior, na época a maior escola do Direito da Alemanha era a Escola Histórica, tendo Savigny como referência, sendo a bandeira primordial o direito consuetudinário. Nessa publicação, Marx sai como advogado do povo, e argumenta usando o direito consuetudinário da pobreza, embora de primeira vista pareça ser uma contradição, já que ele critica a Escola Histórica justamente por adotar um pensamento embasando o direito no costume. Mas aqui, ele traz uma abordagem distinta, considera o direito consuetudinário da Escola Histórica, como privilégio, como um direito dos ricos e nobres:

Desse modo, não pode falar em direitos consuetudinários dos estamentos privilegiados. Eles encontraram na lei não só o reconhecimento do seu direito razoável, mas muitas vezes até o reconhecimento de suas pretensões desarrazoadas. (MARX, 2016, p.86)

Já que Savigny dizia que o açoite em escravos é um direito por ser um costume, por que catar madeira não poderia ser? Além disso, ele diz que o costume do rico é injusto, mesmo tendo virado lei pelo Estado. Enquanto o direito dos camponeses para pegar madeira seca no chão, está a séculos como um costume do povo, para se proteger do frio e não morrer. Nesse sentido, se o pobre ainda tem o costume para sua sobrevivência, ele depende desse costume, é um costume razoável que deveria se tornar parte do ordenamento jurídico. Ou seja, para Marx, nessa fase da vida, o problema é o Estado que não está cumprindo seu papel liberal de exercer o bem comum.

Ele adota a Escola Histórica apenas como tática, para defender a vida dos camponeses, mas Marx, nunca mais volta para essa defesa do direito consuetudinário dos pobres. Sobre as mudanças vindas com o direito burguês, acrescenta:

A unilateralidade dessas legislações foi necessária, pois todos os direitos consuetudinários dos pobres baseavam-se no fato de que certo tipo de propriedade tinha um caráter incerto, que não a definia em absoluto como propriedade privada, mas tampouco decididamente como propriedade comum, sendo uma mistura de direito privado e direito público o que encontramos em todas as instituições da idade média (MARX, 2016, p.88).

Quando ele fala de propriedade privada burguesa, até esse momento, era uma inovação da Revolução Francesa que derrubava o poder dos monarcas e senhores feudais, então, começa defendendo a propriedade como um direito de todos, uma possibilidade para trazer igualdade social.

O debate sobre o conceito de propriedade é fundamental para entender o que ele irá dizer alguns anos depois no Manifesto do Partido Comunista: "A característica particular do comunismo não é a abolição da propriedade em geral, mas a abolição da propriedade burguesa" (MARX, 2003, p.39). Para ele existia uma forma de propriedade anterior a essa, a diferença é que essa propriedade anterior incluía direito dos não proprietários[3], com o exemplo:

[...] a saber, dos conventos. Os conventos foram abolidos, sua propriedade foi secularizada, e isso foi justo. Porém, o apoio contingente que os pobres recebiam dos conventos de modo nenhum foi transformado em outra fonte positiva de posse. Quando a propriedade dos conventos foi convertida em propriedade privada e os conventos foram de certo modo indenizados, não houve qualquer compensação para que os pobres que viviam dos conventos. Pelo contrário, um novo limite lhes foi traçado e eles foram privados de um antigo direito. (MARX, 2016, p.87)

É na burguesia que surge uma nova propriedade, que exclui qualquer direito para os não proprietários, sem colocar nada no lugar, tem uma outra relação de produção, no qual o sujeito que não tem propriedade, a não ser que venda sua força de trabalho. Ainda não é uma crítica radical, mas seis anos depois vai se transformar, quando ele faz um debate com Proudhon[4], argumento que o autor não sabe o que é propriedade.

A propriedade é um *fenômeno histórico* que existe antes da sociedade burguesa, toma uma forma específica. Assim, no período de transição para o comunismo, existirá outro tipo de propriedade, uma que não seja a exploração do homem pelo homem.

Do início ao fim do texto, Marx acredita no Estado, ele critica os deputados porque eles estão buscando seus interesses privados, e acha que eles deveriam buscar o bem comum, e que é possível um interesse público para além do interesse privado, é uma noção do liberalismo de que o Estado é a síntese da sociedade civil, entre a dialética de classes existentes, em uma das críticas ele diz:

Essa pretensão do interesse privado, cuja alma mesquinha jamais foi iluminada ou tocada pela ideia de um Estado, constitui para este uma lição séria e profunda. Se o Estado se degradar desse modo em apenas um ponto e, em vez de atuar à sua maneira, atuar à maneira da propriedade privada, a consequência imediata disso é que ele terá de acomodar-se, na forma dos seus recursos, às limitações da propriedade privada. (MARX, 2016, p.98)

Com isso, sua visão leva a crer que a burocracia estatal poderia ser neutra, existindo um interesse público. Para ele, o problema dessa lei, era que o Estado não

merecia essa lei. Só depois Marx vai perceber que todo mundo age de acordo com seu interesse de classe.

Por fim, o ponto fundamental do texto em relação ao Direito, se encontra em uma anedota, a faca russa dos samoiedos:

Quando samoiedos matam um animal, antes de lhe tirar o couro eles lhe asseveram com toda a seriedade que os russos são os únicos causadores desse mal, que uma faca russa o está esquartejando e que, portanto, a vingança deve recair inteira sobre os russos. **Pode-se transformar a lei em uma faca russa, mesmo que não se tenha a pretensão de ser um samoiedo.** (MARX, 2016, p.93, grifo nosso)

Nessa passagem, está o *insight* de Marx para o processo de alienação, ideologia, fetichismo jurídico, etc., que a pessoa não manda na sua vida, ela é só um instrumento da lei. É uma analogia que abre caminho para o Marx maduro, quando ele diz que o direito pode ser uma faca russa, está mencionando que o explorado quase nunca percebe quem o explora, é somente um cumpridor da lei, e que quem explora ele é a lei e não o capitalista. É na “faca russa”, que o explorado coloca a culpa.

Em outras palavras, antigamente era mais fácil saber quem era o explorador e quem o explorado, era uma relação direta entre o escravagista e o escravo, não tinha um mediador, como hoje existe com o Estado. E, embora, no feudalismo essa exploração pudesse ser mitigada pela religião, que dividia a sociedade em castas, e cada um tinha que fazer sua parte, ainda era fácil de reconhecer o senhor feudal do servo. Com o capitalismo inaugura a sociedade jurídica, com todos sendo igual perante a lei, com a mesma liberdade e igualdade, a “autonomia da vontade” passa a ser a nova forma de dominação.

3. Crítica da Filosofia do Direito de Hegel de 1843. E, Introdução a Crítica da Filosofia do Direito de Hegel de 1844.

Para a grande parte da literatura marxista é neste livro que Marx irá romper com o pensamento de Hegel, pois esse livro existe dois recortes, dois escritos em momentos distintos que se complementam, o primeiro é a “Crítica da Filosofia do Direito de Hegel” de 1843, em que Marx faz a crítica do livro “Princípios da Filosofia do Direito”[5] de Hegel, mas não de todo o livro, da parte que Marx considera mais importante para aquele momento da Alemanha – aqui cabe dizer que Hegel escrevia enumerando os assuntos por parágrafos, portanto Marx, debruça sua crítica do livro

de Hegel, onde começa a tratar sobre o papel do Estado. E, o segundo momento, que trata da "Introdução a Crítica da Filosofia do Direito de Hegel", assim:

[...] há grandes diferenças entre ela e a Crítica de 43, apesar do curto espaço de tempo que separa os dois textos. Na Crítica, Marx afirma a "verdadeira democracia", no sentido do pensamento de Rousseau (e de Feuerbach). Já na "Introdução" ele faz uma transição do liberalismo burguês ao tema da "emancipação humana" (isto é, do comunismo), enquanto a democracia passa a ser identificada com a "emancipação política"; é quando Marx introduz o conceito de "democracia acabada" (vollendete Demokratie), definição que iria muito além da mera transformação da forma política na república burguesa. Ou seja, a "Introdução" representa uma ruptura de Marx com o seu próprio pensamento inicial, ruptura esta que na Crítica de 43 é apenas anunciada. (JINKINGS; BACKES. 2010, p.8)

Hegel tenta superar o jusnaturalismo[6], e o individualismo de Kant – o maior pensador da Alemanha até o momento - para isso, defende um Estado mais social, nos moldes do pensamento da política da Grécia Antiga. Entende que para filosofia do direito, o Estado está acima da sociedade civil. E que, dentro da sociedade civil burguesa, as famílias e corporações só conseguiram se organizar em defesa de interesses particulares, sendo então incapazes de realizar interesses universais. Por isso, a necessidade de um Estado[7], sem interferências externas:

Nessa dependência e reciprocidade do trabalho e da satisfação dos carecimentos, o egoísmo subjetivo transforma-se em contribuição para a satisfação dos carecimentos de todos os outros, –na mediação do particular pelo universal, enquanto movimento dialético, de modo que produz e frui para si, e ele precisamente nisso produz e adquire para a fruição dos demais. (Hegel, 2010, §199).

Opondo-se a Hegel, Marx adota a linha de que o Estado não era a base da sociedade civil, mas que a sociedade civil é que era a base do Estado: "o Estado político não pode ser, sem a base natural da família e a base artificial da sociedade civil; elas são, para ele, *conditio sine qua non*. Mas a condição torna-se o condicionado, o determinante torna-se o determinado, o produtor é posto como o produto de seu produto" (MARX, 2005, p.30-31). Além disso, enquanto Kant colocava

toda a racionalidade no indivíduo, Hegel colocava racionalidade no Estado[8], sendo para ele, o espírito absoluto para aquele momento histórico, assim o diz:

O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade que esta adquire na consciência particular de si universalizada, **é o racional em si e para si**: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado têm o seu mais elevado dever. (HEGEL, 1997, p. 217, grifo nosso)

Contextualizado a parte da Crítica do Direito de Hegel, mais relevante, o estudo passa a dissertar sobre a "Introdução", um dos textos mais famosos do autor, pois é onde fica clara a ruptura de um texto com o outro, ou seja, da ruptura com o idealismo de Hegel, quando aborta a questão da constituição e da gestão do Estado, na "Crítica a Filosofia do Direito de Hegel" o autor escreve, dando ênfase a uma espécie de revolução política:

[...] em todos os Estados que diferem da democracia o que domina é o Estado, a lei, a constituição, sem que ele domine realmente, quer dizer, sem que ele penetre materialmente o conteúdo das restantes esferas não políticas. Na democracia, a constituição, a lei, o próprio Estado é apenas uma autodeterminação e um conteúdo particular do povo, na medida em que esse conteúdo é constituição política. (MARX, 2005, p.51)

Já na "Introdução", após a ruptura com Hegel, o autor, não dá mais ênfase a uma ruptura política, mas a radicalidade social: "ser radical é agarrar a coisa pela raiz. Mas a raiz, para o homem, é o próprio homem" (MARX, 2005, p151). Acrescenta: "Uma revolução radical só pode ser a revolução de necessidades reais, para a qual faltam justamente os pressupostos e o nascedouro" (MARX, 2005, p153). E, sobre a tentativa de uma constituição em um Estado monárquico, proposto por Hegel, o autor indaga: "Haverá, por exemplo, algum país no mundo que participe tão ingenuamente de todas as ilusões do regime constitucional sem compartilhar das suas realidades como a chamada Alemanha constitucional?" (MARX, 2005, p153). Por fim, a passagem mais importante dessa ruptura se apresenta nesse trecho: "O sonho utópico da Alemanha não é a revolução *radical*, a emancipação *humana universal*, mas a revolução parcial, *meramente* política, a revolução que deixa de pé os pilares do edifício" (MARX, 2005, p154).

Deste modo, caminha-se o estudo para demonstrar que Marx tem vários pensamentos distintos dentro da sua juventude, ele ainda está aprendendo com os principais nomes desse momento, e já vendo falhas em suas teorias, ao qual ele viria aprofundar ainda mais, e trazer um novo método de análise histórico e filosófico. Portanto, aqui, Marx traz uma das suas passagens principais, sai da luta pela emancipação política para emancipação humana, ou seja, é mais um *insight*, para o que mais tarde, com o método científico, seria chamado de comunismo.

4. Sobre a Questão Judaica de 1844.

Junto com a “Introdução – Crítica da filosofia do Direito de Hegel” de 1844, Marx escreve outro texto que se torna fundamental para entender o papel do direito na sua análise de mundo, “Sobre a Questão Judaica” de 1844. O texto marca a ruptura de Marx com Bruno Bauer, um jovem hegeliano de esquerda, que fora seu amigo. Marx juntamente com outros dos seus colegas, começa a substituir a filosofia da época, Bauer vai pelo caminho do idealismo, cuja ação intelectual é capaz de alterar a realidade humana. E Marx, começa a caminhar para o materialismo filosófico.

O ponto chave desse texto é a diferença da emancipação política da emancipação humana, que irá percorrer todos os debates atuais sobre direitos humanos, pois, apesar de ainda não existir naquela época, como conhecemos hoje a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, já existia na época, o documento que inspirou esse texto, a Declaração do Homem e do Cidadão, da revolução burguesa de 1789. Texto esse, que de certa forma, cria um ahistoricismo[9] para o direito, e um universalismo quanto a liberdade, igualdade e propriedade privada.

“Sobre a questão judaica”, é uma crítica[10] de Marx ao Bauer, por ele ter publicado um texto, transformado esse debate em uma questão teológica: “não transformamos questões mundanas em questões teológicas, Transformamos questões teológicas em questões mundanas” (MARX, 2010, p38). E, por não ter aprofundado a crítica para uma questão social e política mais profunda. Nessa época na Alemanha, pesava uma série de restrições sob os Judeus. E, na França não, essa comparação entre os dois países, gerou grandes debates sobre como esses direitos seriam adaptados na Alemanha. Acrescenta o autor:

[...] o erro de Bauer no fato de submeter à crítica tão somente o “Estado cristão”, mas não o “Estado como tal”, no fato de não investigar a relação entre emancipação política e emancipação humana e, em consequência, de impor condições que só se explicam a partir da confusão acrítica da emancipação política com a emancipação humana geral. (MARX, 2010, p.36)

Marx vai além, e faz a crítica do estado, no geral, diz que a proposta do Bauer, é dizer que todo homem dentro do Estado é igual ao outro, uma igualdade civil, uma pessoa um voto, esse estágio de emancipação política, de igualdade dentro do Estado, mantém a desigualdade real entre os homens. É importante destacar que Marx, foi um visionário nesse sentido do voto, pois naquele momento ainda não existia o sufrágio universal, entre homens e mulheres, e mesmo assim, Marx diz, que mesmo que se houvesse uma igualdade formal no direito, isso não resolveria as questões desiguais concretamente. (MARX, 2010, p.37)

O Estado laico pode até ser um avanço, mas não o objetivo final. O Estado é um mediador entre o homem emancipado politicamente e sua existência particular, enquanto um assalariado. O estado é o único âmbito que se realiza a igualdade, e essa igualdade não serve. "No Estado, em contrapartida, no qual o homem equivale a um ente genérico, ele é o membro imaginário de uma soberania fictícia, tendo sido privado de sua vida individual real e presenciado com uma universalidade irreal" (MARX, 2010, p.41)

A crítica final da questão judaica para Marx, é a dissolução no verdadeiro problema, o problema geral de época, para o judeu se emancipar, o seu problema não é específico, só pode ser a luta da emancipação de todos os homens. Ao formular isso, Marx (2010, p.46) diz:

Não estamos, portanto, dizendo aos judeus, como faz Bauer: vós não podeis vos tornar politicamente emancipados sem vos emancipar radicalmente do judaísmo[11]. Estamos lhe dizendo, antes: pelo fato de poderdes vos emancipar politicamente sem vos desvincular completa e irrefutavelmente do judaísmo, a *emancipação política* não é por si mesma a *emancipação humana*.

Com isso, Marx parte para a crítica da Carta dos Direitos do Homem e do Cidadão, perguntando: "*Os droits de l'homme*, os direitos humanos, são diferenciados como tais dos *droits du citoyen*, dos direitos do cidadão. Quem é esse *homme* que é diferenciado do *citoyen*? Ninguém mais ninguém menos do que o membro da *sociedade burguesa*. (MARX, 2010, p.48)

E, existe reflexo dessa ideologia burguesa até hoje em nossa sociedade, com os mantras, que o direito garante liberdade e igualdade, e que termina assim quando começa a liberdade do outro, por isso a crítica de Marx (2010, p.49): "A liberdade equivale, portanto ao direito de fazer e promover tudo que não prejudique a nenhum outro homem. (...) Trata-se do direito a essa separação, o direito do

indivíduo *limitado*, limitado a si mesmo". Portanto, o direito de liberdade é um direito a proveito próprio: " a aplicação prática do direito humano à liberdade equivale ao direito humano à *propriedade privada*" (MARX, 2010, p.49). Enquanto o direito a igualdade é: "A *égalité*, aqui em seu significado não político, nada mais é que igualdade da *liberté* acima descrita, a saber: que cada homem é visto uniformemente como mônada que repousa em si mesma". (MARX, 2010, p.49). E, termina dizendo:

Portanto, nenhum dos assim chamados direitos humanos transcende o homem egoísta, o homem como membro da sociedade burguesa, a saber, como indivíduo recolhido ao seu interesse privado e ao seu capricho privado e separado da comunidade. Muito longe de conceberem o homem como um ente genérico, esses direitos deixam transparecer a vida do gênero, a sociedade, antes mesmo como uma moldura exterior ao indivíduo, como limitação de sua autonomia original. O único laço que os une é a necessidade natural, a carência e o interesse privado, a conservação de sua propriedade e de sua pessoa egoísta. (MARX, 2010, p. 50)

Por fim, salienta que se trata de textos do jovem Marx, as críticas quanto aos direitos humanos e a uma inexistente emancipação humana, até os dias de hoje, são fundamentais para enriquecer, entender e acrescentar nos debates atuais, em relação aos limites dos direitos humanos e a uma transformação real e concreta na vida das pessoas.

Considerações finais

O texto é essencial para se compreender a evolução do pensamento de Marx enquanto ainda era jovem. Os textos mais compartilhados de Marx são dessa fase, pois de certa forma, dialogam com o liberalismo atual, não são textos de grandes rupturas, com críticas que vão além do capitalismo, são críticas que de forma moderada, ajuda a construir um diálogo crítico para a superação das desigualdades sociais existentes.

Importante ressaltar, que esse pensamento será bastante alterado após 1845, quando Marx começa o método materialista histórico-dialético. E, isso ficará evidente, no texto do "Manifesto do Partido Comunista" de 1848, onde Marx afirma que todo Estado nada mais é do que um comitê dos negócios da burguesia, além de pregar o fim da propriedade privada. E, mais tarde, no texto: "Crítica ao programa de Gotha" de 1875, Marx irá defender o fim do direito, como se conhece hoje, ou seja, um mediador de mercadorias.

Assim, é importante que se estude o autor, para que se compreenda porque seu pensamento é ainda debatido em todos os países do mundo, e quais os avanços sociais que pode-se utilizar desse riquíssimo conhecimento.

Referências

ALTHUSSER, Louis. **Por Marx**. Trad. Maria Leonor F.R.Loureiro. Campinas: Editora Unicamp, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade**. In: STROZAKE, Juvelino (org.). A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DELLA VOLPE, Galvano. **Lógica como ciência histórica**. Lisboa: Edições 70, sd. Global, 1979.

ENGELS, Friedrich. **Carta de Engels a Joseph Bloch**. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. Cartas Filosóficas e outros escritos. Barcelona: Grijalbo, 1977.

GRAMSCI, Antonio. **Concepção dialética da história**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978

HEGEL, Georg Wilíelm Friedrich . **A razão na história: uma introdução geral à filosofia da história**. Trad. Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2004.

HEGEL, Georg Wilíelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JINKINGS, Ivana; BACKES, Marcelo. **Nota à edição**. In: Crítica da filosofia do direito de Hegel. tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

LENIN, V. I. **As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo**. São Paulo: Global, 1979.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Trad. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

_____. **O manifesto filosófico da Escola Histórica do Direito**. Prisma Jurídico. Núm.6, 2007.

_____; ENGELS, Friederich. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

_____; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NETTO, José Paulo. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São paulo: Expressão Popular, 2011.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e marxismo**. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PINHEIRO, Vinicius Magalhães. **Filosofia do Direito em Galvano Della Volpe**. São Paulo: Editora Alfa e Omega, 2011.

PROUDHON, P-J. **Qu'est-ce que la propriété? Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement**. 1975. (Original publicado em 1840). Disponível em: <http://www.marxists.org/reference/subject/economics/proudhon/property/index.htm>. Acesso em: 20.07.2020

SAVIGNY, Friedrich Karl von. De la vocacion de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del derecho. In: STERN, Jacques (comp.). **La Codificación: Thibaut y Savigny**. Madrid: Aguilar, 1970.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania. In: STERN, Jacques (comp.). **La Codificación: Thibaut y Savigny**. Madrid: Aguilar, 1970.

NOTAS:

[1] Sobre o método de Marx, ver: NETTO, José Paulo. **Introdução ao estudo do método de Marx**. São paulo: Expressão Popular, 2011. GRAMSCI, Antonio. **Concepção dialética da história**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. CARTA DE ENGELS A JOSEPH BLOCH. In: Karl Marx, Friedrich Engels, **Cartas Filosóficas e outros escritos**. Barcelona: Grijalbo, 1977. LENIN, V. I. **As três fontes e as três partes constitutivas do marxismo**. São Paulo:Global, 1979.

[2] Para saber mais sobre o recorte epistemológico em Della Volpi, ver sua obra "Lógica como ciência histórica". Sobre a ligação do autor com o Direito, ver:

PINHEIRO, Vinicius Magalhães. Filosofia do Direito em Galvano Della Volpe. São Paulo: Editora Alfa e Omega, 2011.

[3] O jurista Fabio Konder Comparato, referenda esse posicionamento em um artigo magistral, dizendo que na burguesia a propriedade tem um valor totalmente diferente de outras épocas, o *jus disponende*, na burguesia tem como eixo o valor de troca, a venda, na antiguidade, em Roma, era sagrada, divinizada, fundiária, ninguém vendia ela no mercado. E, conclui que a propriedade é uma relação jurídica específica. Entre proprietários e não proprietários. COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade. In: STROZAKE, Juvelino (org.). A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

[4] PROUDHON, P-J. Qu'est-ce que la propriété? Recherche sur le principe du Droit et du Gouvernement. 1975. (Original publicado em 1840). Disponível em: <<http://www.marxists.org/reference/subject/economics/proudhon/property/index.htm>>. Acesso em: 20.07.2020

[5] HEGEL, Georg Wilíelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Tradução Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

[6] "Neste sentido pressupõe-se um estado de natureza onde se acredita que o homem esteja na posse de seus direitos naturais e no exercício sem limites, em pleno gozo, de sua liberdade. Essa hipótese não é apresentada como um fato histórico; seria na verdade difícil detectar qualquer condição desse tipo em qualquer lugar, no presente ou no passado caso se fizesse a sério uma tentativa"; (HEGEL, 2004: 92).

[7] Acrescenta Marcuse (1984, p.164): Para Hegel, a soberania do estado era um instrumento necessário para a preservação da sociedade da classe média. Porque o estado soberano eliminaria nos indivíduos o elemento competitivo destrutivo, tornado a competição um interesse positivo do universal; ele seria capaz de dominar os interesses conflitantes de seus membros. O que se deduz daqui é que onde o sistema exige que a existência do indivíduo dependa de competição com outros indivíduos, a garantia única de que, ao menos, haja uma realização limitada do interesse comum, seria a restrição da liberdade individual dentro da ordem universal do estado. A soberania do estado pressupõe, assim, a competição internacional entre unidades políticas antagônicas, residindo o poder de cada uma delas, essencialmente, na sua absoluta autoridade sobre seus membros.

[8] Sobre o Estado em Hegel, assim explica Mascaro (2019, p.223): A teoria política de Hegel costuma chocar pela sua importância concedida ao Estado. De fato, sua posição é bastante contrastante com a tradição moderna, individualista, que vê no Estado um elemento subordinado aos interesses individualistas. Ao considerar o

Estado a razão em si e para si, no entanto, Hegel não propõe uma filosofia de tipo absolutista. Sua compreensão não é reacionária, no sentido de negar a individualidade do sujeito de direito em troca de um Estado pleno. Pelo contrário. Hegel procede a uma dialética entre Estado e indivíduo. É justamente o Estado que garante o sujeito como cidadão, com seus direitos. E, ao mesmo tempo, sendo o Estado a razão, o indivíduo não se apresenta como o ápice da hierarquia dos interesses políticos. O individualismo burguês é rejeitado por Hegel em favor de uma original concepção política orgânica.

[9] Referenda uma ideia de que o direito existiu em todas as épocas da história, Pachukanis, um dos principais marxistas do direito, irá rebater essa afirmação em sua obra: PACHUKANIS, E. B. Teoria geral do direito e marxismo. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

[10] É nesse ponto que se evidencia a compreensão *unilateral* da questão judaica. De modo algum bastava analisar as questões: quem deve emancipar? Quem deve ser emancipado? A crítica tinha uma terceira coisa a se fazer. Ela deva perguntar: *de que tipo de emancipação se trata?* Quais são as condições que têm sua base na essência da emancipação exigida? Tão somente a crítica à *emancipação política* mesma poderia constituir a crítica definitiva à questão judaica e sua verdadeira dissolução na *"questão geral da época"*. (MARX, 2010, p.36)

[11] Importante destacar nesse momento, que Marx não era racista, como alguns vão o acusar, por utilizar a palavra "judaísmo", nesse momento da história, tinha conotação de comerciante. Ressalta-se também, que Marx jamais identificou os judeus como burgueses capitalistas. A única coisa que sobrava para o Judeu na época era participar do comércio, já que era proibido pela igreja de possuir terras e posses. O judeu se utiliza da usura como prática de comercio. No pré-capitalismo, os judeus exerciam um papel necessário e mal visto para o momento. Era uma religião que servia de manutenção das comunidades. Em outras palavras, aqui Marx dizia que não era o judaísmo ou as religiões que se deveria derrubar, mas o capitalismo.

ANIMAIS NÃO-HUMANOS E DIGNIDADE: UMA ANÁLISE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

NATASCHA ALEXANDRINO DE SOUZA GOMES:

Mestra em Direito e Inovação junto à Universidade Federal de Juiz de Fora. Professora efetiva de Direito junto ao Instituto Federal do Mato Grosso (IFMT).

VANESSA DAMACENA MOURA TAVARES^[1]

(coautora)

Resumo: O presente estudo visa analisar se é (ou não) possível aplicar o conceito de dignidade aos animais não-humanos, estendendo-lhes um rol mínimo de direitos fundamentais. Para tanto, trata das diversas teorias que envolvem o tema, passando pela discussão sobre seu *status* jurídico – à luz da antiga dicotomia entre coisas e pessoas. Ainda, expõe as propostas legislativas em andamento no Brasil e examina os destaques da jurisprudência pátria sobre o tratamento dos animais não-humanos. Ademais, o artigo aborda as lacunas deixadas pelo poder público na tutela dos direitos dos animais não-humanos, analisando, também, a atuação do terceiro setor – que acabou assumindo o papel de protagonista nessa relação – revelando, assim, a escassez de políticas públicas voltadas ao tema no Brasil.

Palavras chaves: Dignidade. Animais não-humanos. Maus-Tratos. Políticas Públicas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dignidade dos animais não-humanos e as propostas de alterações legislativas: 2.1. Análise da legislação brasileira – proteção dos animais:

3. Abandono de animais: a importância do terceiro setor e a escassez das políticas públicas. 4. Considerações finais. 5. Referências

Introdução

Este trabalho abordará a temática dos animais não-humanos e o seu tratamento pelo direito brasileiro. Sabe-se que a relação do homem com os animais não-humanos sofreu profundas alterações ao longo do tempo, tornando-se mais íntima, afetuosa, sendo muito comum a adoção ou compra de um animal de estimação; mas, por diversas razões, há tutores que os abandonam, ou cometem crime de maus-tratos. Tal conduta gera impactos na saúde pública, além de revelar a insuficiência de políticas públicas voltadas a esse problema.

A questão é complexa; e sua solução, multifatorial. A hipótese levantada neste estudo é a de que, como o direito brasileiro (leis, doutrina e jurisprudência), por

muito tempo, tratou os animais na simples esfera das coisas, ele não ajudou a dirimir tais controvérsias. Embora seja perfeitamente possível perceber que há uma enorme diferença entre abandonar um sofá na rua (para dele se desfazer, pois o objeto perdeu sua serventia) e abandonar um animal doméstico na via pública, essas duas ações, em concreto, não costumam gerar uma sanção estatal.

Diante disso, é urgente que o poder público tenha uma postura mais ativa frente aos casos de abandono de animais domésticos em vias públicas e propriedades particulares, aplicando os dispositivos legais existentes acerca do tema e promovendo políticas públicas. Para tanto, o presente estudo passa pela temática da dignidade, princípio que pode ser aplicado também aos animais não-humanos.

2. Dignidade dos animais não-humanos e as propostas de alterações legislativas:

O tratamento jurídico dos animais não-humanos tem um longo curso histórico e filosófico. Para alguns pensadores, os animais não-humanos são meros objetos, enquanto para outros, são dotados de sensibilidade e, nesse sentido, indaga-se se eles são ou não capazes de sentir o sofrimento, ou ter algum pensamento racional: “O filósofo Jeremy Bentham (1748-1832) também defendeu o direito dos animais e explicou que, em vez de perguntar se um ser vivo é dotado ou não de pensamento racional, deve-se perguntar se ele é capaz de sofrer.” (MÓL; VENANCIO, 2014, p.17).[2]

A questão, então, é intimamente relacionada ao princípio da dignidade. No direito pátrio, o termo dignidade está atrelado à dignidade da pessoa humana (nos termos do art.1º, III, CF/88).

O estudo jurídico da dignidade humana, em que pese ser considerada por muitos um conceito vago, impreciso e polissêmico, é também algo bastante real, tanto que não há dificuldade em verificar situações em que ela é agredida.

É inegável que as lições kantianas influenciam sobremaneira o estudo da dignidade. Delas infere-se que o ser humano é dotado de razão e vontade, e os imperativos buscam guiar essa razão. Nos imperativos hipotéticos, a ação é meio para se alcançar um fim, enquanto nos imperativos categóricos, a ação é boa em si mesma – ressaltando que estes ditam as regras morais, que podem ser por todos adotadas (universais). Portanto, sustentar que o *ser humano é um fim em si mesmo* significa dizer que as normas decorrentes da vontade legisladora precisam ter como finalidade a espécie humana enquanto tal (MORAES, 2010).

Outrossim, para Kant, no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. O que tem um preço pode ser substituído por algo equivalente; por outro lado, as pessoas têm algo acima de todo o preço, ou seja, uma dignidade e, portanto, não se deve tratar pessoas como coisas, pois isso é uma afronta à sua dignidade.

Entretanto, a concepção kantiana analisava o homem isoladamente considerado e, com o advento do pós-positivismo[3], passou-se a criticar esse solipsismo kantiano, apontando-se para a importância do campo da intersubjetividade, da relação do Eu com o Outro, bem como da comunicação e da linguagem – na transição para uma razão comunicativa. Nesse sentido, sustenta Azevedo (2002, p. 13): “(...) a concepção insular age com redução da *plenitudo hominis*, retirando do ser humano justamente o que ele tem de realmente específico: seu reconhecimento do próximo, com a capacidade de dialogar (...)”. Portanto, pode-se falar que, a partir do pós-positivismo, há o reconhecimento do outro na relação, como igual em liberdade e dignidade.[4]

Feitas tais considerações, o questionamento aqui suscitado é: podemos aplicar o conceito de dignidade, de uma forma ampla, também aos animais não-humanos? Para responder essa pergunta, assevera Singer (2010, p.164):

(...) falar de dignidade intrínseca ou valor moral não ajuda porque qualquer defesa satisfatória da afirmação de que todos os seres humanos, e apenas eles, têm dignidade intrínseca precisaria de incluir algumas características ou capacidades relevantes apenas possuídas pelos seres humanos que justificassem a existência dessa dignidade ou desse valor singulares. A introdução das ideias de dignidade e valor como substituto de outras razões para a distinção entre humanos e animais não é válida. As expressões elaboradas são o último recurso de quem não tem argumentos.

Segundo Reis (2015), essas ideias de Singer movimentaram o meio acadêmico e, atualmente, há várias teorias que consideram possuírem os animais não-humanos um elevado valor moral, sendo, portanto, portadores de direitos fundamentais e de uma dignidade a eles inerentes.[5]

Assim, faz-se necessário repensar as estruturas jurídicas e, por exemplo, seguir o ocorrido na Alemanha e criar um terceiro gênero para os animais não-humanos, que vai além da dicotomia pessoa *versus* coisa (Reis, 2015).

Como se sabe, o Estado é responsável pelo meio ambiente, pela fauna e pela flora, de acordo com o art. 225, §1º, VII, da CF/88[6].

Nesse sentido, merece destaque o Projeto de Lei nº 6054/2019 (anterior PL 6.799/2013),[7] de iniciativa do deputado federal Ricardo Izar, que se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados, visando instituir um *regime jurídico especial aos animais domésticos e silvestres*.

O art. 2º do referido PL dispõe que são objetivos fundamentais desta lei a afirmação dos direitos dos animais não-humanos e sua proteção (I); a construção de uma sociedade mais consciente e solidária (II); reconhecimento de que os animais não-humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento (III), (BRASIL, 2019).

O artigo 3º da referida proposta legislativa dispõe que os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa (BRASIL, 2019).

Assim, com a aprovação do projeto de lei, os animais não-humanos não serão mais considerados bens móveis, por expressa previsão legal – pois haverá a alteração do artigo 82, do CC.[8]

Além disso, há o Projeto de Lei nº 6590 de 2019, Senado Federal, que visa instituir o Marco Regulatório dos animais de estimação – animais de estimação como terceiro gênero, entre os bens e os sujeitos de direito (BRASIL, 2019).[9]

Esse projeto de lei separa os animais não- humanos em categorias. Quanto aos animais de estimação, assim dispõe o supracitado PL 6590/2019 (BRASIL, 2019, p.4-5):

Art. 4º Os animais de estimação são seres vivos dotados de consciência, sensibilidade, tendo assegurados para si todos os direitos de proteção contra maus-tratos reservados por lei e plena condição de bem-estar. Devem ser reconhecidos como seres sencientes e considerados um terceiro gênero entre os bens e os sujeitos de direito. Parágrafo único. Aplicam-se aos animais de estimação, no que couber, as regras destinadas aos bens.

Ademais, o Projeto de Lei nº 6590/2019, prevê um catálogo mínimo de direitos fundamentais aos animais de estimação, são eles (BRASIL, 2019, p.5-6):

Art. 7º Os animais de estimação são considerados essenciais à boa qualidade de vida do homem em sociedade, sendo a eles

assegurados uma vida digna, mediante: I – garantia à água limpa, alimentação completa, balanceada e adequada à espécie; II – zelo e exercício; III – acompanhamento médico-veterinário e provimento de medicamentos sempre que for necessário e quando constatada dor ou doença; IV – condições adequadas para o seu transporte; V - manutenção em local adequado, que proporcione segurança, integridade física, proteção contra sol, chuva, calor e frio Parágrafo Único. As garantias previstas no artigo acima devem ser respeitadas, também, por comerciantes mantenedores dos animais em seu estabelecimento, bem como por entidades sem fins lucrativos destinadas a recolher e encaminhar animais de rua ou abandonados ou em situação indigna para lares adotivos. Após a venda ou transferência de propriedade ou adoção, as garantias acima são de responsabilidade, exclusivamente, dos possuidores e proprietários dos animais previstos.

Igualmente, a jurisprudência brasileira nos revela que os animais são sujeitos de direitos despersonalizados, que devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, ficando, assim, vedado o seu tratamento como coisa, tanto que as decisões costumam mencionar a guarda – e não a posse – de animal silvestre.

Não podemos deixar de citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4983/2016, Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, conhecida como ADI da Vaquejada. Em que pese a posterior reação legislativa (efeito *backlash*), com a introdução do §7º, ao artigo 225, da CF/88, importante analisar a referida decisão do STF, a qual transcrevo interessante fragmento do Voto da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2016, p.7):

O atual estágio evolutivo da humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito. A pós-modernidade constitucional incorporou um novo modelo, o do Estado Socioambiental de Direito, como destacam Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, com pertinente citação, em suas reflexões, de Arne Naess que reproduzo: “O florescimento da vida humana e não humana na Terra tem valor intrínseco. O valor das formas de vida não humanas independe da sua utilidade para os estreitos propósitos humanos.” A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de

esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada. O bem protegido pelo inciso VII do § 1º do artigo 225 da Constituição, enfatizo, possui matriz biocêntrica, dado que a Constituição confere valor intrínseco às formas de vida não humanas e o modo escolhido pela Carta da República para a preservação da fauna e do bem-estar do animal foi a proibição expressa de conduta cruel, atentatória à integridade dos animais.

Ademais, de acordo com Sarlet; Fensterseifer (2019), a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu, no Resp nº 1.797/SP, de forma unânime, reconhecer a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, atribuindo dignidade e direitos aos animais não-humanos e à natureza. Para os autores, a referida decisão é uma mudança de paradigma: do antropocêntrico para o biocêntrico, ou seja, que trata a natureza (ou *pachamama*) como sujeito de direito, seguindo o exemplo de outros países, como o Equador.

2.1. Análise da legislação brasileira – proteção dos animais:

Passemos a analisar como o ordenamento jurídico pátrio trata dos crimes contra os animais não-humanos. A proteção dos animais está prevista na nossa norma maior, no art. 225, §1º, VII, CF/88, já mencionado alhures, sendo um verdadeiro direito fundamental. Destaca-se que, na ADI da Vaquejada, o Ministro Barroso pontuou que a proteção constitucional dos animais não-humanos contra práticas cruéis constitui uma norma autônoma, com objeto e valor próprios (BRASIL, 2016, p.16):

No tópico seguinte, pretende-se demonstrar que o constituinte fez uma avançada opção ética no que diz respeito aos animais. Ao vedar “práticas que submetam animais a crueldade” (CF, art. 225, § 1º, VII), a Constituição não apenas reconheceu os animais como seres sencientes, mas também reconheceu o interesse que eles têm de não sofrer. A tutela desse interesse não se dá, como uma interpretação restritiva poderia sugerir, tão-somente para a proteção do meio-ambiente, da fauna ou para a preservação das espécies. A proteção dos animais contra

práticas cruéis constitui norma autônoma, com objeto e valor próprios.

Na legislação infraconstitucional, a lei nº 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais, dispõe sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

O artigo 32[10] da referida lei prevê a punição aos maus-tratos aos animais; mas, não apenas isso, ele também veda o abandono, envenenamento, atropelamento intencional, abuso, ferir, mutilar, dentre outras condutas, tipificando-as como crime, punido com pena de detenção de três meses a um ano, e multa (BRASIL, 1998). Em suma, trata-se de um crime contra a dignidade dos animais não-humanos.

Destaca-se que há o Projeto de Lei (PLS) nº 470 de 2018 que visa aumentar a pena prevista no art. 32, da Lei dos Crimes Ambientais, bem como instituir uma punição financeira para os estabelecimentos comerciais que eventualmente concorram para as práticas. Segundo o PLS nº 470/2018, a pena prevista no art. 32, da Lei dos Crimes Ambientais seria majorada para detenção de um a quatro anos, e multa (BRASIL, 2018). [11]

O Código Penal também pune o abandono de animais, se eles forem deixados em propriedade alheia, sem consentimento, e desde que o fato resulte prejuízo: “Art. 164 - Introduzir ou deixar animais em propriedade alheia, sem consentimento de quem de direito, desde que o fato resulte prejuízo: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, ou multa.” (BRASIL, 1948).

Ainda, há a Resolução nº 1.236, de 26 de outubro de 2018, do Conselho Federal De Medicina Veterinária – CFMV, que define e caracteriza crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, normatizando e exemplificando 29 atos que caracterizam crueldade, abuso e maus-tratos contra animais.[12]

Em suma, esta resolução considera maus-tratos o ato direto ou indireto, omissivo ou comissivo, que cause dor e sofrimento desnecessário. Ainda, considera atos de crueldades aqueles que causam dor e sofrimento continuamente. Já o abuso é definido como qualquer ato que implique o uso do animal, causando prejuízo de ordem física e psicológica ao animal (CFMV, 2018). A referida resolução é um bom parâmetro para os operadores do direito, já que os conceitos de maus-tratos e abandono de animais ainda são muito vagos.

Por derradeiro, é importante frisar que se faz necessário um preparo da polícia civil e ambiental para que consigam receber as abordagens e denúncias da sociedade

sobre os maus-tratos, abandono, crueldade etc, causados aos animais não-humanos, visando uma resposta mais efetiva por parte do Estado.

3. Abandono de animais: a importância do terceiro setor e a escassez das políticas públicas

Vimos que os animais não-humanos são seres vivos, que podem sentir dor e sofrimento: “Assim, cada vez mais, reconhece-se que os animais são “sencientes” – ou seja, sentem e têm sensações- e que o homem é o único ser dotado de consciência suficiente para protegê-los, tendo uma responsabilidade de moral em relação a eles.” (MÓL; VENANCIO, 2014, p.10).

Ademais, tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, já reconhecem a natureza jurídica *sui generis* dos animais não-humanos, havendo, ainda, projeto de lei para modificação do art. 82, Código Civil, a fim de que eles sejam definitivamente excluídos do conceito de “coisa”.

Ainda, de acordo com a nossa Carta Magna, o meio ambiente é um verdadeiro direito fundamental, bem como a tutela da fauna, e reconhecer sua justiciabilidade significa também a *proibição da insuficiência em sua tutela*. Deste modo, ocorrerá também sua violação quando o Estado deixar de atuar, ou o fizer de maneira deficiente.[13]

Portanto, faz-se imperioso achar uma solução para os maus-tratos e abandono de animais, pois trata-se de um problema coletivo e de cunho sanitário. Quanto aos animais de rua, esses encontram-se em estado de vulnerabilidade, tornando-se um reservatório ambulante de doenças.

Para que haja um controle da situação dos animais errantes nas ruas de todo país, há inúmeras pessoas da sociedade civil dispostas a colaborar, exercendo trabalho voluntário. Assim, existem atores que trabalham em prol da causa e assumem responsabilidade praticamente integral com os animais. Um deles, de grande peso e importância, é o terceiro setor[14], em que os envolvidos se mobilizam por meio de ONGs, realizando trabalhos de captura, castração, cuidados médicos veterinários e adoção responsável desses animais.

Para Carvalho Filho (2019), as entidades do terceiro setor apresentam certo hibridismo, pois têm natureza privada, mas desempenham função pública. Segundo o autor, o terceiro setor é resultado de iniciativas da sociedade civil (que criam associações, ONGs, e outros entes sem fins lucrativos), sendo possível a parceria destas com o poder público, por meio de convênios administrativos, contratos de gestão (no caso das Organizações Sociais – OS)[15], termos de parceria

(Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP) etc[16]. Diante disso, verifica-se que o terceiro setor entra nessa batalha para assegurar aos animais errantes um tratamento digno para curar suas enfermidades e, posteriormente, encaminhá-los para um lar. Essa atuação do terceiro setor converge com a necessidade de dar dignidade aos animais não-humanos, garantindo-lhes um rol mínimo de direitos fundamentais.

Todavia, pode o Estado, ao se valer da colaboração do terceiro setor, se omitir frente a esse patente problema? Tal problematização é necessária. Segundo Almeida, Lima (2019, p. 249-250):

Assim, observamos que a participação dos cidadãos, de forma ativa na vida pública, consiste em uma via importante na garantia da efetivação de direitos, desde que a eles não seja transferida a responsabilidade estatal pela garantia dos direitos e da proteção social possibilitada por políticas públicas que visem o reparo das injustiças e das desigualdades existentes entre os diferentes grupos de nossa sociedade.

Nesse sentido, a atuação do terceiro setor é importante, assim como ações de caridade, solidariedade; porém o Estado tem o dever de também atuar, por meio de políticas públicas. O Estado não pode transferir integralmente suas responsabilidades ao terceiro setor.

É válido lembrar que, nesta seara (proteção dos animais não-humanos) o Estado brasileiro não tem amparado os envolvidos de maneira forte o suficiente(DIAS; MATOS, 2017). As políticas públicas possuem atores sociais, que desempenham papéis importantes na concepção, elaboração, estudo, execução, extinção e fiscalização, representando diversos indivíduos, grupos, instituições, movimentos, partidos. Contudo, tais atores operam suas atividades muitas vezes às cegas e regados a frustração, ante a ausência de atuação estatal.

4. Considerações finais:

Nossa Carta Magna proíbe expressamente o tratamento cruel contra animais não-humanos, nos termos do art. 225, §1º, VII, CF/88 e , nesse sentido, entende-se que os animais não-humanos têm um catálogo mínimo de direitos fundamentais, que lhe propiciem uma existência digna.

Nesse sentido, pudemos observar que os animais não-humanos são seres vivos dotados de sensibilidade, havendo propostas legislativas para a criação de um terceiro gênero para eles, afastando a dicotomia pessoa/coisa.

Ademais, os Tribunais Superiores brasileiros (STF, STJ) já reconheceram direitos de titularidade dos animais não-humanos e da natureza. Ainda, as propostas legislativas supracitadas visam sedimentar esse entendimento, também por meio da sua positivação, com a alteração do Código Civil, bem como com a implementação de um marco regulatório dos animais de estimação. Diante disso, aplicar o conceito de dignidade aos animais não-humanos, em uma dimensão ecológica, indubitavelmente, vem para colaborar para o aprimoramento do tratamento jurídico da questão aqui analisada.

Assim, o avanço na proteção dos direitos dos animais é evidente e vitorioso; entretanto ainda temos muito o que evoluir, especialmente quanto às políticas públicas em prol dos animais não-humanos.

Apesar dos avanços, o abandono, os maus-tratos e os abusos ainda são realidade para muitos animais não-humanos. Nessa seara, é frequente a atuação do terceiro setor, que envolve pessoas da sociedade civil, que se colocam na linha de frente, empenhando-se para proteger os animais situação de abandono, perigo, dor e sofrimento. Todavia, o Estado brasileiro se mostra, por vezes, ineficiente na elaboração de políticas públicas de proteção dos animais não-humanos. Essa proteção ineficiente é rechaçada pelo presente estudo, pelas razões acima expostas.

É possível garantir e ampliar os direitos fundamentais dos animais não-humanos, exigindo-se, para isso, um trabalho conjunto entre poder público, seus órgãos fiscalizadores, e a sociedade civil.

Referências:

ALMEIDA, Cíntia Borges. LIMA, Giselle Rafael. *ONGs: prática cidadã ou omissão de um Estado regulador?* UERJ, Revista Periferia, v.11, jan/abril de 2019.

Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/34455>

ALVES, Mário Aquino. *Terceiro Setor: as origens do conceito*. In: ENANPAD 2002, 2002, Salvador. Anais do ENANPAD 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. In Revista dos Tribunais, v. 797, março 2002, p.11-26.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo.

In BARROSO, Luís Roberto (org). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, p. 01-49.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 10 junho 2020.

BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10.406/2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em: 10 junho 2020.

BRASIL. *Lei dos crimes ambientais* – Lei nº 9.605/1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm Acesso em: 25 junho 2020.

BRASIL. *Projeto de lei da Câmara dos Deputados nº 6054, de 2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739> Acesso: 16/06/2020.

BRASIL. *Projeto de lei nº 6590, de 2019*. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8059437&ts=1584131687119&disposition=inline>

BRASIL. *Projeto de lei Senado Federal nº 470, de 2018*. Disponível em:

<http://www.direito.ufpr.br/portal/animaiscomdireitos/wp-content/uploads/2019/10/pls-470-2018.pdf>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial (REsp) nº 1.797.175/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 21.03.2019*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4983/2016, Ceará*.

Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. *Resolução n. 1.236, de 26 de outubro de 2018*. Disponível em:

<http://portal.cfmv.gov.br/lei/index/id/903#:~:text=08%3A52%3A23-RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%201236%2C%20DE%2026%20DE%20UTUBRO%20DE%202018,zootecnistas%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. (p.60-75). São Paulo: Martin Claret, 2002.

MACHADO, Joana de Souza; NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila. *Direito, dignidade humana e o lugar da justiça: uma análise da utopia realista de Habermas*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 103, pp. 183-203. jul./dez. 2011.

Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/103183204.pdf>.

Acesso em 15/06/2020.

MÓL, Samylla; VENANCIO, Renato. *A proteção jurídica aos animais no Brasil: uma breve história* (p. 10). Rio De Janeiro: Editora FGV, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo in COUTINHO, Adalcy Rachid [et. Al]; SARLET, Ingo (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, (p.111 a 145).

REIS, Fellipe Guerra David. *A dimensão axiológica da pessoa e as pretensões animalistas: um ensaio sobre o conceito bioético de pessoa e o direito dos animais não-humanos*. Dissertação de Mestrado. Minas Gerais, 2015. Faculdade de direito da UFJF.

Disponível

em: <http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/400/1/fellipeguerradavidreis.pdf>

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. *STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano>

Acesso em 22/06/2020.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SOUZA, Fernanda Marques de. O ativismo judicial e o direito à educação: a legitimidade do judiciário como arena de deliberação de políticas públicas para a educação infantil. In

BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo ... [et. al] *Processo e Constituição: estudos sobre judicialização da saúde, da educação e dos direitos homoafetivos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. (Leitura da p.67-161 e 195-215)

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Gestão Pública do Instituto Federal do Mato Grosso. E-mail: vanessamouratavares@hotmail.com

[2] Imprescindível citar a contribuição de Peter Singer (2010, p.20), em sua obra "Libertação animal" para esta discussão. Segundo ele: "Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para recusar ter em conta esse sofrimento. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante – na medida em que é possível estabelecer uma comparação aproximada - de um outro ser qualquer. Se um ser não é capaz de sentir sofrimento, ou de experimentar alegria, não há nada a ter em conta. Assim, o limite da senciência (utilizando este termo como uma forma conveniente, se não estritamente correta, de designar a capacidade de sofrer e/ou, experimentar alegria) é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses dos outros. O estabelecimento deste limite através do recurso a qualquer outra característica, como a inteligência ou a racionalidade, constituiria uma marcação arbitrária."

[3] O pós-positivismo (ou *não positivismo*) advém com o fito de reintroduzir as ideias de justiça ao Direito, sem desprezar o direito positivo (BARROSO, 2003). Destarte, de acordo com Alexy (2009), contra a famosa afirmação de Kelsen de que *qualquer conteúdo pode ser direito*, pode-se aplicar a *fórmula de Radbruch*, que considera não ser Direito a injustiça extrema. Portanto, verifica-se, no *não positivismo*, uma vinculação entre direito e moral, sem se exigir, no entanto, uma completa convergência entre ambos.

[4] No entanto, interessante é a crítica feita por Machado; Negri (2011), no sentido de que, mesmo tendo avançado em relação a Kant, a figura do outro que aparece, por exemplo, em Habermas, ainda é analisada sob a ótica do sujeito (eu). Assim, de acordo com os autores desconstrutivistas, o sujeito não seria apto para explicar o outro, salientando que este merece estatuto próprio.

[5] Ainda Segundo Reis (2015), Martha Nussbaum (em sua obra Para além de compaixão e humanidade – justiça para animais não-humanos) relativiza o conceito de dignidade, a fim de abarcar também os animais não-humanos.

[6] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) §1º (...), VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).

[7] Sua tramitação, no dia 16/06/2020 é: aguardando manifestação do Senado Federal, aguardando parecer da CMADS.

[8] Segundo a redação atual do art. 82, CC: "São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social" (BRASIL, 2002).

[9] De acordo com a justificção do Projeto de Lei nº 6590/2019, a importância desse marco regulatório se verifica, pois o número de animais de estimação nos lares brasileiros já supera o número de crianças: "Para se ter ideia, a quantidade de cães e gatos (segunda maior população do mundo) é superior a população de crianças no país. Ainda, não é demais destacar o fato de que os animais de estimação guardam, na sociedade atual, vínculo tal com o ser humano que os tornam inseridos como membros integrantes das unidades familiares. Prova disso é a pesquisa do IBGE, realizada em 2013, constatando que mais de 44.3% dos domicílios brasileiros têm pelo menos um animal de estimação. Desta forma, sugerimos no presente texto a definição regulatória de animais de estimação, sendo aqueles criados para o convívio com os seres humanos por razões afetivas." (BRASIL, 2019).

[10] Segundo a Lei de Crimes ambientais (BRASIL, 1998): "Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal."

[11] Menciona-se o caso brutal, que aconteceu nas dependências do supermercado Carrefour em Osasco/SP, no dia 28 de novembro do ano de 2019, ocasião em que o animal foi espancado e envenenado por um segurança do local. Assim, o projeto de lei é pautado para que haja maior rigidez na pena, haja vista que, atualmente, o abandono e maus tratos são vistos como crimes de menor potencial ofensivo, com

pena de detenção de três meses a um ano. Esse projeto de lei mencionado propõe determinar a pena de reclusão, de quatro anos, aumentando, assim, o maior rigor legal e realizando o objetivo de punir e coibir a prática de tais delitos.

[12]A referida norma coloca à disposição dos profissionais da área um material que fornece subsídio para a formulação de laudo técnico mais robusto sobre o tema. Com melhor embasamento, também haverá parâmetro nas ações judiciais sobre o tema, e o magistrado poderá identificar com mais clareza se aquele caso é ou não considerado maus tratos.

[13] O argumento da reserva do possível é bastante invocado pela doutrina e jurisprudência, sendo um dos maiores óbices à efetivação dos direitos fundamentais. Diante disso, faz-se imprescindível delimitar o *núcleo essencial* desses direitos, que deve ser protegido de ingerências indevidas, promovidas pelo Estado ou por particulares. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem entendendo que o ente da federação que alegar a reserva do possível deverá, efetivamente, *comprovar* a indisponibilidade orçamentária, de acordo com a regra processual vigente (SOUZA, 2015).

[14] A expressão terceiro setor começou a ser usada nos anos 70 nos EUA para identificar um setor da sociedade no qual atuam organizações sem fins lucrativos, voltadas para a produção ou a distribuição de bens e serviços públicos (SMITH, 1991 *apud* ALVES, 2002, p.1). Esse setor também é conhecido como organizações não governamentais, que necessitam, assim como os outros setores, de recursos financeiros para manter a ação continuada, já que estas não têm finalidade financeira e se sustentam através de organização social.

[15]Para Carvalho Filho (2019, p.375): “Uma vez qualificadas como organizações sociais, o que resultará de critério discricionário do Ministério competente para supervisionar ou regular a área de atividade correspondente ao objeto social (art.2º, II, Lei das OS), as entidades são declaradas como de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, e podem perceber recursos orçamentários e usar bens públicos necessários à consecução de seus objetivos, neste último caso através de permissão de uso (art. 11 e 12). Admissível será, ainda, a cessão especial de servidor seu para atuar nas organizações sociais com a incumbência do pagamento de seus vencimentos”.

[16]Ainda segundo Carvalho Filho (2019, p.380), quanto à gestão por colaboração – OSCIP, prevista na Lei nº 9.790/199: “As organizações da sociedade civil de interesse público, na busca de seus objetivos, podem cooperar com o Poder Público de três maneiras: 1. Por meio da execução direta de projetos, programas e planos de ação;

2. Pela entrega de recursos humanos, físicos ou financeiros; 3. Pela prestação de atividade de apoio a outras entidades sem fins lucrativos. Havendo condições de cooperação com a Administração Pública, a lei prevê a celebração de um termo de parceria (...).”

A UTILIZAÇÃO DO BITCOIN- CABO NA CONDIÇÃO DE MEIO PARA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS

LEANDRO BASTOS NUNES: Procurador da República, especialista em direito penal e processo penal, professor de cursos de atualização para servidores públicos do Ministério Público Federal (MPF), articulista, palestrante, e autor da obra "evasão de divisas" (editora juspodivm).

Resumo: o presente artigo tem por objetivo trazer à discussão a possibilidade de incidência do crime de evasão de divisas, por intermédio do uso ilegal de **bitcoin-cabo**, cuja terminologia está sendo proposta com fundamento similar às intituladas "técnicas" do dólar-cabo e euro-cabo.

Palavras-chave: evasão de divisas. **Bitcoin-cabo**. Sistemática semelhante às "técnicas" do dólar- cabo e do euro-cabo.

Introdução

As criptomoedas podem configurar uma espécie de meio de pagamento on-line, tendo surgido na década passada, e, durante muito tempo, ficou restrita ao ambiente dos empreendedores virtuais mais sofisticados, a ponto de paulatinamente ter conquistado adeptos e angariado espaço no mercado, resultando na atual preocupação gerada nos inúmeros representantes de Estado.

Com efeito, trata-se de uma moeda virtual e um meio de pagamento, que pode ser empregado para qualquer tipo de transação comercial, e já vem sendo utilizada nas transações (compra e venda) de moeda estrangeira em algumas casas de câmbio do Brasil (disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/casa-de-cambio-passa-a-aceitar-bitcoin-para-compra-de-dolar,70002817208>).

Todavia, é **uma** moeda virtual ainda não reconhecida pelo Banco Central do Brasil, inexistindo o respectivo lastro, haja vista a ausência de correspondência a uma existência física em papel moeda equivalente, assim como pela impossibilidade de comprovação do seu efetivo valor, a teor do que consta no Comunicado Bacen n.º 31.379/2011 (disponível em C:\Users\Usuario\Documents\Comunicado n° 31.379 de 16_11_2017.html).

O crime de evasão de divisas mediante utilização do bitcoin-cabo:

Indaga-se, porém, se a manutenção de valores superiores a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares) em bitcons configuraria o delito de evasão de divisas, na modalidade evasão imprópria?

Em relação ao tipo penal de evasão de divisas previsto na Lei 7.492/86, cumpre descrevê-lo em sua íntegra:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Nesse ponto, defendemos anteriormente que, enquanto o bitcoin não for regulamentado pelo CMN (Conselho Monetário Nacional) e/ou pelo BACEN, fica inviável cogitar, em tese, na tipificação como evasão de divisas propriamente dita (primeira parte do parágrafo único do artigo 22 da FILS) ou da modalidade evasão imprópria, porquanto não poderá ser classificado na condição de depósito, moeda ou divisa, por não estar vinculado a qualquer instituição financeira, e pelo fato de as operações não serem reconhecidas e regulamentadas pelos aludidos entes do sistema financeiro nacional.

Além disso, sustentamos **anteriormente** que, apenas na hipótese do crime do *caput* do art. 22 da Lei 7.492/86 é que se poderia cogitar, em princípio, da possibilidade de configuração do delito de evasão, quando a aquisição da criptomoeda fosse utilizada para fins de efetivação de contrato de câmbio ilegal, cujo objetivo seja a evasão de divisas (remessa dos valores para outro país, em desconformidade às regras do Banco Central), conforme se nota da análise da seguinte ementa de decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. INVESTIGADO QUE ATUAVA COMO TRADER DE CRIPTOMOEDA (BITCOIN), OFERECENDO RENTABILIDADE FIXA AOS INVESTIDORES. INVESTIGAÇÃO INICIADA PARA APURAR OS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTS. 7º, II, DA LEI N. 7.492/1986,

1º DA LEI N. 9.613/1998 E 27-E DA LEI N. 6.385/1976. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL QUE CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE OUTROS CRIMES FEDERAIS (EVASÃO DE DIVISAS, SONEGAÇÃO FISCAL E MOVIMENTAÇÃO DE RECURSO OU VALOR PARALELAMENTE À CONTABILIDADE EXIGIDA PELA LEGISLAÇÃO). INEXISTÊNCIA. OPERAÇÃO QUE NÃO ESTÁ REGULADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. BITCOIN QUE NÃO TEM NATUREZA DE MOEDA NEM VALOR MOBILIÁRIO. INFORMAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB) E DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). INVESTIGAÇÃO QUE DEVE PROSSEGUIR, POR ORA, NA JUSTIÇA ESTADUAL, PARA APURAÇÃO DE OUTROS CRIMES, INCLUSIVE DE ESTELIONATO E CONTRA A ECONOMIA POPULAR. 1. A operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976. 2. Não há falar em competência federal decorrente da prática de crime de sonegação de tributo federal se, nos autos, não consta evidência de constituição definitiva do crédito tributário. 3. Em relação ao crime de evasão, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática desse ilícito, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país. No caso, os elementos dos autos, por ora, não indicam tal circunstância, sendo inviável concluir pela prática desse crime apenas com base em uma suposta inclusão de pessoa jurídica estrangeira no quadro societário da empresa investigada. 4. Quanto ao crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/1998), a competência federal dependeria da prática de crime federal antecedente ou mesmo da conclusão de que a referida conduta teria atentado contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da

União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 2º, III, a e b, da Lei n. 9.613/1998), circunstâncias não verificadas no caso. 5. Inexistindo indícios, por ora, da prática de crime de competência federal, o procedimento inquisitivo deve prosseguir na Justiça estadual, a fim de que se investigue a prática de outros ilícitos, inclusive estelionato e crime contra a economia popular. 6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Embu das Artes/SP, o suscitado. (STJ, CC-161123, Rel. Sebastião Reis Junior, 3ª Seção, DJE 05/12/2018).

Todavia, analisando o contexto atual tecnológico, social e no âmbito do plano fático, **revisitamos o entendimento anterior para defender novas premissas.**

Podemos vislumbrar a hipótese na qual o bitcon seja utilizado como forma de negociação de moeda estrangeira (câmbio ilegal) em desconformidade com as normas do Bacen (Banco Central), especificamente quando for transferido a um doleiro situado no Brasil, e o valor correspondente for recebido no exterior em moeda estrangeira, em conta a ser indicada pelo doleiro, com os valores de compensação ajustados de forma paralela no câmbio irregular.

Em tais caso, configurar-se-á o que passamos a denominar “bitcoin- cabo”, uma vez que a criptomoeda estará sendo utilizada como meio para perfectibilização de operação de câmbio irregular, resultando na efetivação da saída de divisas do país em situação semelhante às denominadas operações com o dólar- cabo.

Com efeito, no famigerado “ dólar- cabo” ou “euro -cabo”, o agente procura um doleiro aqui no Brasil e entrega a este uma quantia em reais, a fim de receber a contrapartida em moeda estrangeira (dólar, euro) em uma espécie de compensação à margem do sistema oficial e legal (feito por instituições financeiras).

É o típico exemplo no qual determinado cidadão pretende enviar R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) ao exterior, mas não queira fazê-lo por intermédio do sistema financeiro (a fim de não deixar “rastro”, “pista”).

Para tal finalidade, procura um doleiro, que tem contato com outro doleiro no exterior, providenciado o “câmbio clandestino” (conversão ilegal de valores entre moedas), à margem do sistema financeiro oficial, recebendo o correspondente em conta indicada pelo doleiro no exterior.

Em tais casos, ainda que não tenha havido a transferência física para o exterior, incide, em tese, o crime previsto na primeira parte do parágrafo único do art. 22 da

Lei 7.492/86 (evasão- envio), haja vista que houve, " por qualquer forma", a saída de divisas ao exterior, em desconformidade com as normativas do BACEN.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na ação penal 470, decidiu que é prescindível a remessa física dos valores ao exterior, podendo operar tal transferência, por intermédio do envio clandestino entre doleiros, sendo "equiparada" à respectiva transferência manual ou bancária (contábil, feita pelo sistema financeiro nacional).

Nesse sentido, decidiu a Suprema Corte:

"(...) doleiros, cinquenta e três depósitos em conta mantida no exterior. Desses depósitos, vinte e quatro se deram através do conglomerado Rural, cujos principais dirigentes à época se valeram, inclusive, de offshore sediada nas Ilhas Cayman (Trade Link Bank), que também integra, clandestinamente, o grupo Rural, conforme apontado pelo Banco Central do Brasil. A materialização do delito de evasão de divisas prescinde da saída física de moeda do território nacional. Por conseguinte, mesmo aceitando-se a alegação de que os depósitos em conta no exterior teriam sido feitos mediante as chamadas operações "dólar-cabo", aquele que efetua pagamento em reais no Brasil, com o objetivo de disponibilizar, através do outro que recebeu tal pagamento, o respectivo montante em moeda estrangeira no exterior, também incorre no ilícito de evasão de divisas. Caracterização do crime previsto no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/1986, que tipifica a conduta daquele que, "a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior". Crimes praticados por grupo organizado, em que se sobressai a divisão de tarefas, de modo que cada um dos agentes ficava encarregado ZILMAR FERNANDES SILVEIRA, quanto à acusação de lavagem de dinheiro referente aos cinco repasses de valores realizados em agência do Banco Rural S/A em São Paulo (art. 386, VII, do Código de Processo Penal). MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, SEGUNDA PARTE, DA LEI 7.492/1986). SALDO INFERIOR A US\$ 100.000,00 NAS DATAS-BASE FIXADAS PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL. DESNECESSIDADE, NESSE CASO, DE DECLARAÇÃO DOS DEPÓSITOS EXISTENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. A manutenção, ao longo de 2003, de conta no exterior com depósitos em valor superior aos cem mil dólares americanos

previstos na Circular nº 3.225/2004 e na Circular nº 3.278/2005 do Banco Central do Brasil não caracteriza o crime descrito no art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei 7.492/1986, se o saldo mantido nessa conta era, em 31.12.2003 e em 31.12.2004, inferior a US\$ 100.000,00, o que dispensa o titular de declarar ao Banco Central os depósitos existentes, conforme excepcionado pelo art. 3º dessas duas Circulares. Absolvição de JOSÉ EDUARDO CAVALCANTI DE MENDONÇA (DUDA MENDONÇA) e ZILMAR FERNANDES SILVEIRA (art. 386, VII, do Código de Processo Penal)” (STF, Tribunal Pleno, Rel. Joaquim Barbosa, j. 17/12/2002)

Adaptando o raciocínio em relação ao bitcoin, este poderá ser utilizado como meio para a transformação do seu valor em divisas, e portanto, configurar a evasão-envio (primeira parte do parágrafo único do artigo 22 da Lei 7492/86) ou evasão-depósito (última parte do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86).

No último caso, se o agente entregar valores em bitcoins a um doleiro, que disponibilizar moeda estrangeira em conta situada no exterior, e esta ultrapassar o correspondente a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares) sem a declaração ao Bacen, por intermédio da DCBE (declaração de capital de brasileiro no exterior), haverá, em tese, o crime de evasão imprópria (última parte do art. 22 da Lei n.º 7492/86).

Cumpra aqui observar que o “bitcoin- cabo’ estará sendo utilizado como meio para transformação do seu valor em moeda estrangeira à margem do controle oficial do Estado, e em desconformidade com as regulamentações do Bacen.

Observe-se, e aqui destacamos com ênfase, que sequer estão sendo utilizados os métodos hermenêuticos de interpretação extensiva e teleológica, haja vista que não está sendo ampliado o conceito de “divisas”, e sim efetivada a correta subsunção dos fatos, quando o criptoativo for utilizado como meio ou instrumento para transformação de seu respectivo valor em divisas correspondentes.

Todavia, apenas como reforço argumentativo, é oportuno destacar os métodos de interpretações teleológicas e extensivas, sendo o último aplicável, se não houver desvirtuamento da vontade do legislador (mens legis).

Nesse sentido, a interpretação teleológica é um método de interpretação que tem por critério extrair a finalidade da norma. Conforme a respectiva exegese, ao se interpretar um dispositivo legal, deve-se levar em conta as exigências econômicas e sociais, conformando-se aos princípios da justiça e do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro-LINDB).

Por seu turno, a interpretação extensiva é aquela que amplia o sentido ou alcance da norma ("a lei disse menos do que queria dizer"), sendo admitida no direito penal, desde que não haja desvirtuamento da mens legis (espírito da lei), e tem por finalidade conferir lógica na interpretação do ordenamento jurídico.

No que se refere à efetivação de interpretação extensiva no direito penal, vejamos a seguinte ementa de decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal (STF):

"CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional. 2. A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis. 3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a consequente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime. 4. Negar provimento ao recurso."(STF RHC 106481, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011).

A doutrina de **E. Magalhães Noronha também admite o referido método interpretativo no direito penal**, quando for necessário para harmonizar o sentido da lei com a sua literalidade, conferindo lógica e coerência ao respectivo texto normativo. Além disso, quanto aos resultados, defende que a interpretação pode ser **progressiva, com fundamento nas transformações sociais, científicas e jurídicas**, não podendo o julgado permanecer alheio às novas concepções, sendo relevante transcrever excertos de sua clássica obra ipis litteris:

" Pode também ser extensiva, quando, para fazer as palavras corresponderem à vontade da lei, é mister ampliar seu sentido ou alcance. É admissível no direito penal, não obstante muitos a impugnarem. É permitida quando os casos não

*previstos são abrangidos por força de compreensão. Assim, o que é punido no menos o é, também, no mais; o que é permitido quanto ao mais o é, igualmente, quanto ao menos. Exemplo dessa interpretação temos no art. 169, parágrafo único, relativo à apropriação de tesouro, em que à palavra proprietário deve ser dado um sentido amplo, para abranger também o enfiteuta, que, com aquele, tem, pelo art. 609 do Código Civil, direito à metade do tesouro inventado. A admissibilidade da interpretação extensiva explica-se, pois ela tem por fim colocar em harmonia as palavras da lei com a vontade desta. Ora, se o que deve predominar em toda a matéria de interpretação é essa vontade, não se justifica seja vedado o processo extensivo. **Ainda quanto aos resultados, a interpretação pode ser progressiva**, que se faz quando novas concepções entram no âmbito da lei. É o que diz Asúa, ao escrever que ' o juiz não pode viver alheio às transformações sociais, científicas e jurídicas. A lei vive e se desenvolve em ambiente que muda e evolui e, uma vez que não queiramos reformá-la frequentemente, é mister adaptar a norma, como sua própria vontade o permite, às novas necessidades da época ' (**NORONHA, p.72**).*

Poder-se-á indagar, somente para fins de eventuais vozes discordantes, de que forma seria possível compatibilizar o presente entendimento como princípio da legalidade? Nesse ponto, inexistente qualquer limitação ou incoerência, haja vista que estamos diante de hermenêutica adaptativa, evolutiva ou progressiva da norma, que deve ser lida em consonância com a realidade no campo fático, de forma a proteger efetivamente o bem jurídico tutelado (política cambial, controle das reservas cambiais, política econômica, etc).

A crescente utilização de criptoativos para finalidades ilícitas deve ser objeto de atenção por parte do intérprete, sob pena de esvaziamento da proteção do bem jurídico tutelado pela norma penal.

Demais disso, como já registrado, sequer está sendo efetivada a extensão da conceituação do termo " divisas".

O artigo 5º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB), que regula as normas de todo o ordenamento jurídico, corrobora a necessidade de efetivação de hermenêutica consentânea com fatos e valores supervenientes, que enseje a aplicação e interpretação da norma com o fim de atender aos fins sociais e promover o bem comum.

Com o recrudescimento do uso de moeda virtual, a utilização deste instrumento de valor para fins de operacionalização de operação de câmbio ilegal, resultando na aquisição de divisas, poderá configurar o crime de evasão em suas três modalidades (caput do artigo 22 da Lei 7.492/86, evasão- envio previsto no §único, primeira parte, da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro (LCSF), ou evasão- depósito (última parte do §único da LCSF).

Registre-se que o entendimento se coaduna com o princípio da proporcionalidade, em sua vertente da necessidade de proteção da sociedade (FISCHER), já que a evasão de divisas afronta diretamente o interesse não só do Estado na formulação e controle da política cambial, e sim o de toda a sociedade no que se refere à necessidade de proteção da regularidade da economia nacional e da política econômica.

No mesmo sentido, é o que consta do Comunicado Bacen nº 31.379, de 16 de novembro de 2017:

"(...) 6. É importante ressaltar que as operações com moedas virtuais e com outros instrumentos conexos que impliquem transferências internacionais referenciadas em moedas estrangeiras não afastam a obrigatoriedade de se observar as normas cambiais, em especial a realização de transações exclusivamente por meio de instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio" (Disponível em C:\Users\Usuario\Documents\Comunicado nº 31.379 de 16_11_2017.html. Acesso: 12 de agosto de 2019).

No que se refere à conceituação das criptomoedas, leciona CARDONI:

"(...) essa criptomoeda ainda não foi conceituada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não sendo possível a sua equiparação à divisa. Além disso, foi demonstrado que o bitcoin não pode ser considerado uma moeda em razão das suas condições econômicas e também da legislação atual" (CARDONI, p. 61).

Com efeito, as criptomoeda são criptografadas para garantir proteção e segurança, e o aludido valor monetário apenas trafega no universo virtual.

De forma similar a outros tipos de moedas, a criptomoeda pode ser utilizada para aquisição de bens e serviços, mas a sua principal vantagem é o fato de não estar atrelada a um determinado sistema bancário, tendo, ainda, como característica, a

possibilidade de transferência via internet de baixo custo, porquanto inexistente a necessidade de pagamento das respectivas taxas inerentes às instituições financeiras tradicionais.

A criptografia de tais moedas é realizada, por intermédio de uma série de códigos dotados de “chaves” de difíceis decodificações, tornando-a menos suscetíveis a invasões, por parte de hackers ou criminosos do mundo cibernético.

Contudo, isso não impede a configuração do eventual crime de lavagem de dinheiro (ocultação e/ou dissimulação **de bens** ou valores proveniente de infração penal antecedente), quando for comprovada a sua utilização para fins de ocultação ou dissimulação de ganhos oriundos de ilícitos penais.

Nesse ponto, leciona LEDRA RIBEIRO:

“(...) Inobstante a isso, o bitcoin ser considerado como bem imaterial não escusaria os seus operadores de desprezarem regras referentes ao combate às fraudes e corrupção nos termos da lei 9.613/98. A depender das transações realizadas em bitcoin, por exemplo, as partes podem recair no crime de ocultação de bens, direitos e valores, ao “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”, nos termos do caput do art. 1º da mesma lei(...).”

No mesmo sentido, configurará, em tese, o delito de sonegação fiscal, caso seja comprovada a omissão de declaração de bens ou valores no imposto de renda, resultando na omissão de renda auferida tributável, desde que constituído definitivamente o crédito tributário, por intermédio do lançamento fiscal a cargo da Receita, nos termos da súmula vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à prevenção e repressão à sonegação fiscal, a Receita Federal emitiu um ato normativo, por meio do qual tornou obrigatória a informação na declaração de imposto de renda do referido ativo financeiro, conforme se nota na instrução normativa RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019, a qual instituiu e disciplinou a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), nos seguintes termos:

“Art. 1º Esta Instrução Normativa institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às

operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

(...)

Art. 6º Fica obrigada à prestação das informações a que se refere o art. 1º:

I – a exchange de criptoativos domiciliada para fins tributários no Brasil;

II – a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil quando:

a) as operações forem realizadas em exchange domiciliada no exterior; ou

b) as operações não forem realizadas em exchange.

§ 1º No caso previsto no inciso II do caput, as informações deverão ser prestadas sempre que o valor mensal das operações, isolado ou conjuntamente, ultrapassar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)”

Relativamente à submissão do lucro das transações à tributação pelo fisco, preleciona REVOREDO:

“A tributação dos ganhos obtidos com a alienação de criptomoedas Segundo a própria Receita Federal (tópico 607 do Documento de Perguntas e Respostas): “Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais (bitcoins, por exemplo) cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação”. Para isso, o contribuinte deve informar no GCAP o custo de aquisição e o valor de venda. O pagamento do DARF é até o final do mês subsequente”

Como se nota, a orientação da Receita Federal é no sentido de que a referida criptomoeda configura uma espécie de ativo financeiro, razão pela qual seria exigível o recolhimento de imposto sobre a renda a título de ganho de capital (<https://www.conjur.com.br/2019-abr-15/opiniao-tributacao-operacoes-criptomoedas>).

O Banco Central (BACEN) já se pronunciou em algumas oportunidades, manifestando o entendimento de que as criptomoedas ainda não foram regulamentadas, porquanto não seriam moedas **fiduciárias**, haja vista não possuírem natureza de meio de curso forçado para fins de transações financeiras.

De outro lado, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu, em março de 2020, a competência da Justiça Federal para julgar fatos relacionados à captação de recursos atrelados à especulação no mercado de criptomoedas, por intermédio de oferta pública de contrato coletivo de investimento com bitcoin, sem prévio registro de emissão na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Segundo o respectivo julgado, cuja ementa segue abaixo transcrita, a oferta pública de contrato coletivo de investimento configura valor mobiliário previsto na Lei 6.385/76, submetendo os fatos às disposições da lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei 7.492/1986), atraindo, por conseguinte, a competência da Justiça Federal, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO EGYPTO. SUPOSTA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. CASO QUE OSTENTA CONTORNOS DISTINTOS DO CC N. 161.123/SP (TERCEIRA SEÇÃO). DENÚNCIA OFERTADA, NA QUAL É NARRADA A EFETIVA OFERTA DE CONTRATO COLETIVO DE INVESTIMENTO ATRELADO À ESPECULAÇÃO NO MERCADO DE CRIPTOMOEDA. VALOR MOBILIÁRIO (ART 2º, IX, DA LEI N. 6.385/1976). INCIDÊNCIA DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 7.492/1986. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL (ART. 26 DA LEI N. 7.492/1986), INCLUSIVE PARA PROCESSAR OS DELITOS CONEXOS (SÚMULA 122/STJ). 1- A Terceira Seção desta Corte decidiu que a operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976 (CC n. 161.123/SP, DJe 5/12/2018). 2- O incidente referenciado foi instaurado em inquérito (não havia denúncia formalizada) e a competência da Justiça estadual foi declarada exclusivamente considerando os indícios colhidos até a instauração do conflito, bem como o dissenso verificado entre

os Juízes envolvidos, sendo que nenhum deles cogitou que o contrato celebrado entre o investigado e as vítimas consubstanciaria um contrato de investimento coletivo. 3. O caso dos autos não guarda similitude com o precedente, pois já há denúncia ofertada, na qual foi descrita e devidamente delineada a conduta do paciente e dos demais corréus no sentido de oferecer contrato de investimento coletivo, sem prévio registro de emissão na autoridade competente. 4.- Se a denúncia imputa a efetiva oferta pública de contrato de investimento coletivo (sem prévio registro), não há dúvida de que incide as disposições contidas na Lei n. 7.492/1986, notadamente porque essa espécie de contrato consubstancia valor mobiliário, nos termos do art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/1976. 5- Interpretação consentânea com o órgão regulador (CVM), que, em situações análogas, nas quais há oferta de contrato de investimento (sem registro prévio) vinculado à especulação no mercado de criptomoedas, tem alertado no sentido da irregularidade, por se tratar de espécie de contrato de investimento coletivo. 6- Considerando os fatos narrados na denúncia, especialmente os crimes tipificados nos arts. 4º, 5º, 7º, II, e 16, todos da Lei n. 7.492/1986, é competente o Juízo Federal para processar a ação penal (art. 26 da Lei n. 7.492/1986), inclusive no que se refere às infrações conexas, por força do entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 122/STJ.7- Ordem denegada (STJ, 6ª Turma, HC 530563 / RS,Dje 12/03/2020).

CONCLUSÃO

Em relação aos delitos de sonegação fiscal, evasão de divisas (na modalidade prevista no *caput* do art. 22 da Lei 7.492/86) e lavagem de dinheiro, existirá a possibilidade de configuração, em tese, de ilicitude no uso do bitcoin, se houver comprovação dos requisitos da respectiva atividade criminosa, devendo ser criteriosamente analisado no caso concreto. (artigo 3ª do comunicado Bacen n.º 31.379, de 16 de novembro de 2017).

De outra parte, ainda que não regulamentado pelo BACEN e/ou CVM, a utilização do bitcoin como meio para realização de operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país, poderá configurar, em tese, os delitos de evasão de divisas previsto no *caput* do art. 22 da Lei n.º 7.492/86 ou as modalidades de evasão-envio (intermédio da utilização da técnica do "bitcoin-cabo") e evasão-

depósito (manutenção de divisas em contas no exterior não declaradas ao Bacen, quando oriundas da utilização da negociação de bitcoin como meio para aquisição de moeda estrangeira).

REFERÊNCIAS:

Aplicação em fundo no exterior também caracteriza evasão de divisas, diz STJ. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-11/aplicacao-fundo-externo-tambem-caracteriza-evasao-divisas>. Acesso em 27 de julho de 2019.

Casa de câmbio passa a aceitar bitcoin para compra de dólar. Disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,casa-de-cambio-passa-a-aceitar-bitcoin-para-compra-de-dolar,70002817208>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

CADORIN, Mariana Marcon. Divisas e Bitcoins. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

COMUNICADO BACEN n.º 31.379 de 16/11/2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operação de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em C:\Users\Usuario\Documents\Comunicado n.º 31.379 de 16_11_2017.html. Acesso: 12 de agosto de 2019.

FISCHER, Douglas. Garantismo Penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. Disponível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em 17 de julho de 2020.

MASI, Carlo Velho. Omitir da Receita dinheiro no exterior não consiste em evasão de divisas. Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-26/carlo-velho-masi-omitir-receita-dinheiro-externo-nao-evasao-divisas>. Acesso em 05 de agosto de 2019.

MASI, Carlo Velho. Manter depósitos não declarados no exterior (art. 22, parágrafo único, 2ª parte, da Lei nº 7.492/86). Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2738, 30 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18127>>. Acesso em: 03 de agosto de 2019.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva. Vol. 1, 30ª edição, 1993.

NUNES, Leandro Bastos. A manutenção de depósito em fundos de investimentos no exterior e o crime de evasão de divisas. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/55068/a-manutencao-de-deposito-em-fundos->

de-investimentos-no-externo-e-o-crime-de-evasao-de-divisas. Acesso em 08 de agosto de 2019.

NUNES, Leandro Bastos. Evasão de Divisas, atualizado com a lava jato. Salvador: Editora Juspodivm, 2ª edição, 2017.

REVOREDO, Tatiana. **Quadro Geral sobre tributação de criptoativos no Brasil**. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/receita-federal-in-criptoativos-09052019>. Acesso em 28 de julho de 2019.

RIBEIRO, Rodrigo Marcial Ledra. **Bitcoin no sistema financeiro nacional**. Disponível em <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/7432>. Acesso em 27 de julho de 2019.

Tributação de operações com criptomoedas carece de regulamentação específica. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-15/opiniao-tributacao-operacoes-criptomoedas>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO: UMA GUERRA CONSTITUCIONAL QUE SE AVIZINHA NO SUPREMO

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Não é uma questão de *se*, mas de *quando*. O assunto já é pauta polêmica nos corredores do Congresso Nacional e tem os dias contados para ocupar as sessões do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF).

A Constituição Federal de 1988, originariamente, assim dispunha:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.

§ 2º - Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade.

§ 3º - Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

Lado outro, após quase 10 (dez) anos da Carta Cidadã, o legislador reformador promoveu a denominada Reforma Administrativa capitaneada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Então, o texto acima passou a prever o seguinte:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

A celeuma ora em discussão se encontra no inciso III acima retratado. Este autorizou a perda da estabilidade do servidor público mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa, seguindo-se a estrita exigência da norma constitucional em seu processo de produção legislativa[1].

Até hoje, porém, não houve a edição da referida lei complementar. No entanto, ao que tudo indica, a movimentação por uma nova reforma administrativa alardeada por diversos setores da sociedade deve emplacar a edição da norma

complementar ora apontada. Talvez ainda em 2020, certamente, de 2021 não passará.

O grande problema que se avizinha é bastante claro: a quem competiria a iniciativa legislativa para a propositura de tal projeto de lei complementar?

Não há consenso.

Segundo noticiou, em 2018, a Associação Nacional dos Procuradores e Advogados Públicos Federais (ANPPREV), existem dezenas de projetos de lei complementar, tanto de iniciativa do Poder Executivo, quanto de iniciativa do Poder Legislativo, tratando acerca do tema da perda da estabilidade de que trata o artigo 41, §1º, inciso III, da Carta Política, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998[2].

Nesse cenário, já há respeitáveis manifestações jurídicas condenando a possibilidade de projetos de lei complementar de iniciativa do Poder Legislativo para a regulamentação dessa matéria. Isto porque o artigo 61, §1º, inciso II, alínea "c", da Constituição, prevê a iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo na elaboração de leis que disponham sobre servidores públicos da União, regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

Nesse toar, a competência legislativa para dispor sobre a estabilidade dos servidores públicos da União é do Presidente da República, e dos Estados e dos

Municípios, por simetria, é do Chefe do respectivo ente. Noutras palavras, o Chefe do Poder Executivo não disporá sobre lei que regulará a situação dos servidores públicos de entes diversos, sendo de cada Chefe a iniciativa para a regulação por meio de lei complementar própria.

No âmbito do Supremo essa é a orientação dominante, sempre a favorecer o federalismo e a autonomia dos entes federativos:

Processo legislativo: normas de lei de iniciativa parlamentar que cuidam de jornada de trabalho, distribuição de carga horária, lotação dos profissionais da educação e uso dos espaços físicos e recursos humanos e materiais do Estado e de seus Municípios na organização do sistema de ensino: reserva de iniciativa ao Poder Executivo dos projetos de leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (art. 61, II, § 1º, c). ADI 1.895, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 2-8-2007, P, DJ de 6-9-2007.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 10.076 DE 02 DE ABRIL DE 1996 DO ESTADO DE SANTA CATARINA, PELA QUAL FORAM CANCELADAS PUNIÇÕES APLICADAS A SERVIDORES CIVIS E MILITARES NO PERÍODO DE 1º DE JANEIRO DE 1991 ATÉ A DATA DE SUA EDIÇÃO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 2º E 5º, XXXVI, 61, § 1º, II, C, DA CONSTITUIÇÃO. Plausibilidade do fundamento da inconstitucionalidade formal, dado tratar-se de lei que dispõe sobre servidores públicos, que não teve a iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, como exigido pela norma do art. 61, § 1º, II, c, da Constituição, corolário do princípio da separação dos Poderes, de observância imperiosa pelos estados membros, na forma prevista no art. 11 do ADCT/88. Conveniência da pronta suspensão de sua eficácia. Cautelar deferida. ADI 1.440-MC, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 1º.6.2001.

Projeto. Iniciativa. Servidor público. Direitos e obrigações. A iniciativa é do Poder Executivo, conforme dispõe a alínea c do inciso II do § 1º do art. 61 da CF. (ADI 2.887, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-2-2004, Plenário, DJ de 6- 8-2004.) No mesmo sentido: ADI 3.166, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-5-2010, Plenário, DJE de 10-9-2010; ADI 1.201, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 14-11-2002, Plenário, DJ de 19-12-2002.

É da iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo lei de criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração, bem como que disponha sobre regime jurídico e provimento de cargos dos servidores públicos. Afronta, na espécie, ao disposto no art. 61, § 1º, II, a e c, da Constituição Página 21 de 1988, o qual se aplica aos Estados-membros, em razão do princípio da simetria. ADI 2.192, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 4-6-2008, DJE de 20-6-2008

Lei estadual que dispõe sobre a situação funcional de servidores públicos: iniciativa do chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, a e c, CR/1988). Princípio da simetria. (ADI 2.029, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 4-6-2007, P, DJ de 24-8-2007. ADI 3.791, rel. min. Ayres Britto, j. 16-6-2010, P, DJE de 27-8-2010.

O art. 61, § 1º, II, c, da CF prevê a iniciativa privativa do chefe do Executivo na elaboração de leis que disponham sobre servidores públicos, regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria. Por outro lado, é pacífico o entendimento de que as regras básicas do processo legislativo da União são de observância obrigatória pelos Estados, "por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes". Precedente: ADI 774, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26-2-1999. A posse, matéria de que tratou o diploma impugnado, complementa e completa, juntamente com a entrada no exercício, o provimento de cargo público iniciado com a nomeação do candidato aprovado em concurso. É, portanto, matéria claramente prevista no art. 61, § 1º, II, c, da Carta Magna, cuja reserva legislativa foi inegavelmente desrespeitada. ADI 2.420, rel. min. Ellen Gracie, j. 24-2-2005, P, DJ de 25-4-2005= RE 583.231 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 8-2-2011, 1ª T, DJE de 2-3-2011

Em que pese isto, a título de exemplo, em 2017, o Senado Federal deliberou e aprovou na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) o parecer do relator Senador Lasier Martins no Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 116/2017, cuja proposição inaugural fora da Senadora Maria do Carmo Alves. A matéria visa a regulamentar, exatamente, o artigo 41, §1º, inciso III, da Carta Política, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/1998[3].

Segundo consta do referido parecer:

De início, observamos que, a teor do art. 41, § 1º, III, da Constituição Federal, o legislador nacional tem o dever de editar lei complementar reguladora do procedimento de avaliação periódica de desempenho dos servidores públicos, avaliação essa que pode resultar na perda do cargo do servidor estável ineficiente. Essa mesma lei, por força do art. 247 da Carta Política, deve estabelecer critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado. Os dois preceitos constitucionais citados foram introduzidos pela Emenda Constitucional de Reforma Administrativa, há quase 20 anos.

Não resta dúvida de que a lei complementar a que se referem os citados dispositivos constitucionais é nacional. Embora os Estados e Municípios possam editar leis complementares, sempre que a Constituição de 1988 se referiu a leis complementares de outros entes que não a União, fê-lo deixando claro que a eles se dirigia. Nesse sentido, citamos os § 3º do art. 25 e os §§ 4º e 5º do art. 128 da Carta. Diversamente, quando não há indicação do ente que deve editar a lei complementar, deve-se entender que o mandamento é dirigido ao Poder Legislativo da União, mesmo porque se trata de regulamentar dispositivo da Constituição Federal. E, no caso específico, tendo o constituinte havido por bem tratar a estabilidade do servidor público de modo uniforme para todas as esferas da Federação, não faria sentido deixar ao talante de cada ente político a regulamentação da matéria, o que, no limite, poderia conduzir a regimes bastante diferenciados de aferição do desempenho funcional, com reflexos sobre a extensão da estabilidade assegurada pela Carta Magna. Se o Congresso Nacional é competente para editar a lei referida no art. 41, § 1º, III, não é menos verdade que a iniciativa dessa mesma lei seja franqueada a qualquer parlamentar, pois a reserva de iniciativa conferida ao Presidente da República pelo art. 61, § 1º, II, c, só alcança o regime jurídico específico dos servidores públicos federais, não assim a disciplina do processo de perda do cargo por insuficiência de desempenho aplicável aos servidores públicos de todos os entes federados. Com efeito, não faria o menor sentido conferir ao Presidente da República, que é Chefe do Poder Executivo federal, a iniciativa privativa para uma lei que irá regular a situação dos servidores públicos de todos entes federados. Discordamos, portanto, da opinião manifestada em

audiência pública pela representante da Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União (Fenajufe), no sentido da inconstitucionalidade do projeto, por vício de iniciativa. Temos que o projeto é formalmente constitucional, ressalvada a previsão de seu art. 25, a seguir examinada[4].

Volvendo os olhos para a situação narrada no parecer acima e considerando que o PLS nº 116/2017 já foi aprovado, também, na Comissão de Assuntos Sociais (CAS) em 2019, aguardando, hoje, deliberação do Plenário do Senado Federal, é clarividente que o caso ocupará a pauta do STF em embates acalorados.

Como visto, o PLS nº 116/2017 é de manifesta constitucionalidade duvidosa e encontra resistência em diversos setores da sociedade civil organizada em razão do apontado vício formal de iniciativa na proposição legislativa. Este, indubitavelmente, será um tema vindouro na agenda do Poder Judiciário diante da crescente judicialização da vida pública e política, tanto com relação à estabilidade quanto em função dos limites da alteração do regime jurídico dos servidores públicos.

Maximizando a celeuma do cenário, o caos apocalítico da COVID19, em 2020, trouxe ainda mais contornos de preocupação quando se trata de perda de cargo público, haja vista a dificuldade de reinserção no mercado de trabalho, este cada vez mais limitado e impactado pela pandemia.

É dizer que não tardará: a guerra constitucional acerca da estabilidade do servidor público se avizinha no Supremo.

NOTAS:

[1] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

[2] Disponível em: < <https://www.anpprev.org.br/anp/noticia/camara-dos-deputados-pl-busca-demissao-de-servidor-publico-estavel>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

[3] Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128876>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

[4] Senado Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7218388&ts=1593914095699&disposition=inline>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO COMO INSTRUMENTO DE UMA GESTÃO POR COMPETÊNCIAS E EFICIÊNCIA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

DANIELA PEIXOTO NOGUEIRA: Psicóloga. Especialista em Gestão de Pessoas pela Fundação Dom Cabral e em Gestão Pública. Atualmente trabalho na área de treinamento / desenvolvimento do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) e sou membro da equipe que trabalha na implementação da Gestão por competências e suas implicações práticas no âmbito do MPMG.

Monografia apresentada à Faculdade UNYLEYA como exigência parcial à obtenção do título de Especialista em Administração de Recursos Humanos no Setor Público. Orientador: JOSÉ ALCEU DE OLIVEIRA FILHO

RESUMO: No cenário contemporâneo, as organizações públicas estão cada vez mais preocupadas com o seu capital intelectual, avaliando os profissionais de forma adequada e profissionalizada, buscando adequá-los às necessidades presentes e futuras. Para tanto, analisar as ferramentas de avaliação de desempenho é de extrema importância, uma vez que é essencial que as organizações invistam e reflitam sobre formas inovadoras de melhorar o desempenho das pessoas. Avaliar o desempenho possibilita fornecer às pessoas *feedback* sobre o seu trabalho, identificar os pontos fortes, bem como aqueles a serem desenvolvidos. Existem benefícios também para a organização à medida que conhecendo melhor os seus colaboradores, podem subsidiar o desenvolvimento de novos talentos. Acredita-se que a ferramenta avaliação de desempenho possa trazer diferenças para a empresa e para os empregados na superação de metas e objetivos. Este projeto tem como objetivo central de analisar o impacto da avaliação de desempenho com foco em competências e até que ponto ela pode contribuir para melhoria da eficiência organizacional e alcance das estratégias organizacionais com melhores resultados. Para desenvolver a proposta, foi realizada pesquisa qualitativa. Procedeu-se também aos fundamentos da literatura, observando-se as considerações relevantes sobre a avaliação de desempenho, dos métodos, tendências e das metodologias de medida de desempenho, assim como os estudos sobre gestão por competências e gestão estratégica de pessoas.

Palavras-chave: Avaliação de desempenho. Gestão por competências. Gestão estratégica de pessoas.

ABSTRACT: In the contemporary world, public organizations are increasingly concerned about their intellectual capital, evaluating the professionals in a professional way, aimed at adapt them to present and future needs. For this reason,

investigate performance's evaluation is extremely important, because it is essential for organizations to invest and reflect on innovative ways of improving people's performance. Evaluate performance enables the opportunity to give people feedback about your work, identify the strengths, as well as other abilities which has to be developed. There are benefits to the organization, because knowing its employees better, they can contribute to the development of new talents. It is believed that the tool can make the difference to the company and to the employees, because as they really know their job's focus, they can be recognized for exceeding goals and objectives. The main point of this project is to investigate the impacts of performance's evaluation, focus on competences and check the improvement of organizational efficiency and strategies to achieve better results. In this context, documentary research was conducted. In seeking a theoretical background, some literature studies were made, noticing relevant considerations on performance evaluation, methods, trends and performance measurement methodologies, as well as studies on skills management and strategic people management.

Keywords: Performance's evaluation. Competence management. Strategic people management

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO: MÉTODOS E CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES. 2.2 AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO: FERRAMENTA DE DIAGNÓSTICO OU INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO. 2.3 NOVOS PARADIGMAS PARA GESTÃO ESTRATÉGICA DE PESSOAS. 3 METODOLOGIA. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, devido às crescentes exigências de qualificação e excelência na qualidade dos serviços demandados pela sociedade, as organizações públicas necessitam de formas inovadoras de gestão. Hoje se fala em gestão estratégica de pessoas e observa-se o reconhecimento da importância dos servidores, independentemente do setor de atuação, para a garantia da motivação e eficiência nos serviços prestados. É preciso sempre atentar para o desenvolvimento das habilidades e destrezas essenciais dos servidores para o êxito dos resultados almejados. Para tanto, analisar as ferramentas de avaliação de desempenho é de extrema importância, uma vez que é essencial que as organizações públicas invistam e reflitam sobre formas inovadoras de melhorar o desempenho das pessoas.

A escolha do tema: "Avaliação de desempenho como instrumento de uma Gestão por Competências e eficiência nos serviços públicos", surge desse cenário contemporâneo das organizações públicas, uma vez que se observa a preocupação

das organizações com o desempenho de seus servidores e com a necessidade de aprimorar as ferramentas e os métodos avaliativos para aumento da motivação e alcance satisfatório de resultados.

No que tange o problema de pesquisa, o questionamento que o presente estudo suscita, refere-se até que ponto a implementação da avaliação de desempenho no setor público, com foco em competências, pode contribuir para melhoria da eficiência organizacional e alcance das estratégias organizacionais com melhores resultados?

A justificativa desta pesquisa consiste na investigação de a avaliação de desempenho como instrumento de uma Gestão por competências e como essa avaliação fará diferença para as instituições públicas, na medida em que contribui para melhoria da qualidade dos serviços prestados, e para os servidores que, ao entenderem seu foco de atuação, poderão ter um aumento na motivação e reconhecimento por superação dos objetivos. Esta questão se torna bastante relevante no cenário contemporâneo, considerando as exigências pela qualificação profissional e a demanda por profissionais de alto desempenho. Avaliar o desempenho possibilita fornecer aos servidores *feedback* sobre o seu trabalho, identificar os pontos fortes, bem como aqueles a serem desenvolvidos. Existem ganhos também para as organizações à medida que estas, conhecendo melhor os servidores que ali atuam, possam subsidiar o desenvolvimento dos talentos. Assim, estudar este instrumento de avaliação de desempenho e seus impactos torna-se relevante para a empresa tendo em vista o cenário atual no qual as pessoas são o diferencial competitivo da organização.

Com o intuito de destacar a relevância do presente estudo, serão abordados no referencial teórico, alguns métodos e ferramentas de avaliação de desempenho, bem como uma breve evolução histórica da Administração de Recursos Humanos no Brasil. Além disto, este estudo pretende destacar a importância da avaliação de desempenho como forma de atender as expectativas da empresa, do avaliador e do avaliado, contribuindo para o êxito dos resultados almejados e também irá explicitar os novos paradigmas e tendências da gestão estratégica de pessoas.

É importante enfatizar que os modelos de avaliação de desempenho tradicionalmente aplicado nas organizações, não têm se demonstrado efetivos enquanto instrumento de apoio na gestão de pessoas e, muitas vezes, são superficiais ou apresentam critérios de avaliação bastante subjetivos ou "tendenciosos". Portanto, desta forma, tais modelos de avaliação de desempenho, têm deixado de atender as expectativas tanto dos servidores, que muitas vezes se encontram desmotivados e despreparados, quanto das organizações.

Frente ao exposto, a avaliação de desempenho tradicional, por ter se demonstrado obsoleta diante das demandas contemporâneas por altos níveis de qualificação e excelência, tem sido desacreditada inclusive pelos próprios servidores, pois, efetivamente, os resultados não têm apresentado indicadores que possam contribuir para o melhor desempenho e desenvolvimento profissional. Por isto, a importância de serem desenvolvidas, no setor público, novas formas de avaliação de desempenho, com foco em competências em busca de melhores resultados.

Com relação ao objetivo geral deste estudo, embasa-se em verificar e analisar até que ponto a implementação da avaliação de desempenho no setor público, com foco em competências, pode contribuir para melhoria da eficiência organizacional e alcance das estratégias organizacionais com melhores resultados.

Referente aos objetivos específicos, serão: pesquisar a relação existente entre a ferramenta avaliação de desempenho e a melhoria do desempenho das pessoas no trabalho, considerando o método de avaliação adequado à realidade organizacional. Além disto, verificar qual a percepção dos servidores públicos e gestores referente a avaliação de desempenho: ferramenta de diagnóstico que visa o desenvolvimento do potencial humano ou instrumento de punição e, por último, destacar os novos paradigmas para a Gestão Estratégica de Pessoas: (benefícios, desafios e tendências) associando a avaliação de desempenho ao desenvolvimento de uma cultura voltada para resultados.

Em seguida, no que tange a metodologia de pesquisa, foi realizada pesquisa bibliográfica e abordagem qualitativa. Como fonte de consulta utilizou-se livros, reportagens, textos acadêmicos.

Por último, encontram-se as discussões e conclusões acerca do trabalho, além de sugestões sobre a aplicabilidade do tema abordado.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

As crescentes exigências pela qualificação profissional e a demanda por profissionais de alto desempenho têm imposto às organizações públicas formas inovadoras de práticas de gestão, assim como alternativas de melhoria do desempenho dos servidores. Para tanto, analisar as ferramentas de avaliação de desempenho é fundamental, uma vez que é essencial que as organizações invistam e reflitam sobre formas inovadoras de melhorar o desempenho dos servidores. Pretende-se, por meio deste estudo, analisar-se a valorização do capital intelectual e alinhamento dos objetivos individuais e organizacionais. Nas palavras de Rosane Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.11) as tendências atuais apontam uma transição da administração de pessoal, para gestão de pessoas

e dessa para gestão estratégica de pessoas. Atualmente enfatiza-se este último modelo de gestão, demonstrando-se um distanciamento do modelo clássico da Administração Científica, inspirado nos valores de Taylor e Fayol. No modelo tradicional, utilizava-se métodos padronizados para obter das pessoas a máxima eficiência possível, situações que frequentemente ocasionavam desmotivação, desinteresse e um conseqüente aumento de rotatividade de pessoal. (CHIAVENATO, 2004, p.193). Conforme ensinamentos de Chiavenato (2004), com os novos tempos, as tarefas burocráticas e rotineiras cederam lugar para a inovação e a necessidade de agregar valor às organizações e às pessoas que nelas trabalham.

Atualmente, observa-se que a sociedade vem exigindo do serviço público uma atuação voltada para a eficiência, mas também se enfatiza a eficácia e efetividade da ação governamental. A ênfase relaciona-se não somente aos meios, mas aos fins e resultados, ou seja, a criação de valor público. As práticas exitosas do serviço público não restringem os servidores como simples receptores e reprodutores de informações, mas sim em pessoas dinâmicas, participativas, capazes de proporcionar respostas efetivas à demanda da sociedade. A qualidade é hoje um aspecto fundamental para o desempenho satisfatório dos órgãos públicos. (ROSANE SCHIKMANN, 2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.11). Para tanto, visando benefícios tanto para os servidores públicos quanto para as organizações públicas, não pode prescindir de uma importante ferramenta de integração: Modelo de Gestão por Competências.

Tal conjunto, entretanto, vem sendo transformado no plano institucional; movimento para o qual ocorrem as transformações constitucionais operadas desde o final da década de 1990 até recentes atos executivos como os Decretos nº 5707/2006 e 7133/2010, que tratam, respectivamente dos temas de gestão por competências e da avaliação de desempenho. (ROSANE SCHIKMANN, 2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.14).

Como já mencionado, no mundo atual é possível perceber uma constante busca por qualidade, eficiência, redução de custos, superação de metas, aproveitamento do tempo, otimização da produtividade e excelência nos resultados. Para que assim seja, o capital intelectual não pode ser depreciado ou ficar obsoleto. É preciso sempre atentar para o desenvolvimento das habilidades e destrezas essenciais para o êxito do negócio das organizações. Observa-se as transformações vividas no decorrer da Era industrial clássica (surgiu após a Revolução Industrial e se estendeu até meados de 1950), quando as pessoas eram consideradas recursos de produção. Posteriormente na Era industrial neoclássica (se estendeu entre as décadas

de 1950 a 1990), as pessoas ainda eram agentes passivos e vistos, muitas vezes, como um problema para as organizações. Foi nesta época que surgiram os Departamentos de Recursos Humanos. Logo após, surgiu a Era da informação, período iniciado na década de 1990 e, atualmente, a gestão estratégica de pessoas. Segundo Chiavenato (2004), os novos papéis, hoje em dia, passam de burocrático para estratégico; de excessivo controle para parceria e compromisso; de reativo e solucionador de problemas para proativo e preventivo, dentre outros.

Segundo Faustino Vicente (2006) agregar valor à gestão pública e obter ganhos em produtividade, está atrelado a investimento em projetos que objetivam a redução de etapas, inovação em cada uma delas e eliminação das engessadas normas de procedimentos, ou seja, eliminar as formalidades que não agregam valores às atividades - fins.

No atual cenário, é possível observar que a Administração Pública está buscando modernizar a sua forma de atuação e a adoção de um modelo de gestão com ênfase em competência, pode gerar resultados significativos.

A proposta da Gestão por Competências propõe-se a refletir na melhoria do desempenho profissional, resultando no alcance dos resultados almejados pela organização e a agregação de valor público. A noção de competência pode orientar, dentre outros fatores, a elaboração de programas de capacitação, levantamento de diagnósticos de necessidade de aprendizagem, dentre outros.

As diretrizes deste modelo consistem em identificar as competências necessárias, verificar as existentes na organização e, a partir daí, identificar o mapeamento das lacunas (*gaps*) de competências, ou seja, diferença entre as competências necessárias para concretização da estratégia formulada e as competências internas, já disponíveis na organização. O desenvolvimento de competências visa suprir as lacunas entre os conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias àquele órgão público e aqueles apresentados pelos servidores. Diante disto, faz-se importante um plano de capacitação para desenvolvimento, por exemplo, das competências técnicas, considerando as potencialidades e a singularidade de cada indivíduo. Em contrapartida, no que tange as competências comportamentais os desafios são maiores e os resultados tendem a ser mais a longo prazo.

De acordo com Dutra (2007), há uma íntima relação entre competências individuais e organizacionais. Na sua visão: " O estabelecimento das competências individuais deve estar vinculado à reflexão sobre as competências organizacionais, uma vez que é mútua a influência de umas e de outras" (DUTRA, 2007, p. 24).

Portanto, ante o exposto, observa-se que o modelo de Gestão por Competências mais do que uma tendência ou forma de gerir pessoas, é uma filosofia de desenvolvimento de talentos que visa o aprimoramento do indivíduo em suas múltiplas dimensões. Em complemento às ideias explicitadas, destaca-se que a avaliação de desempenho com foco em competências, possibilita a mensuração do desempenho humano na organização, capacitando os servidores no exercício de suas funções e aprimorando a qualidade dos serviços prestados e, conseqüentemente, o alcance de resultados.

O presente estudo tem como objetivo verificar e analisar até que ponto a implementação da avaliação de desempenho no setor público, com foco em competências, pode contribuir para melhoria da eficiência organizacional e alcance das estratégias organizacionais com melhores resultados.

O capítulo um irá discorrer sobre a relação entre avaliação de desempenho e a melhoria do desempenho das pessoas no trabalho, considerando o método de avaliação adequado à realidade organizacional. Diante disto, para embasamento do conteúdo, serão apresentados alguns métodos e ferramentas de avaliação de desempenho, bem como uma breve evolução histórica da Administração de Recursos Humanos no Brasil.

Inicialmente é interessante ressaltar a diferença entre empenho e desempenho. Empenho está relacionado ao interesse de fazer algo, ao desejo, compromisso, enquanto o desempenho relaciona-se com a obrigação, recuperação do que estava empenhado, como a pessoa chegou àquele resultado. E faz-se necessário nos processos de avaliação considerar tanto o empenho quanto o desempenho.

Nas palavras de Chiavenato (2004) existem seis processos que englobam a Gestão de Pessoas, que são: processo de agregar, aplicar, recompensar, desenvolver, manter e monitorar pessoas. A avaliação de desempenho é um instrumento que faz parte de um processo de gestão de pessoas denominado "Aplicar Pessoas" (CHIAVENATO, 2004). A lógica de tal processo relaciona-se à premissa de que os indivíduos precisam ter competências e habilidades adequadas para ocupar determinados cargos nas organizações. Por meio da "Aplicação de Pessoas", torna-se possível a alocação e o posicionamento dos empregados em atividades compatíveis com suas características. Nesse contexto, a avaliação de desempenho exerce a função de verificar como se encontra a adaptação do profissional aos objetivos da organização e às exigências do trabalho. Constitui, assim, um meio eficaz de solucionar questões relativas ao desempenho e melhorar a qualidade dos resultados.

Chiavenato (2004) define a avaliação de desempenho como a análise sistemática do desempenho de cada empregado, considerando suas atividades, as metas acordadas com a empresa e o seu potencial de desenvolvimento. Os resultados apresentados por cada empregado serão avaliados considerando-se as possibilidades de mudança e o desenvolvimento do potencial humano da organização.

A avaliação de desempenho é processo que serve para julgar ou estimar o valor, a excelência e as qualidades de uma pessoa e, sobretudo, qual é a sua contribuição para o negócio da organização e alcance de melhores resultados (CHIAVENATO, 2004).

Bergamini e Beraldo (1988) ressaltam que a avaliação de desempenho deve ser vista como um balizador que irá levantar itens e dados que estejam, em determinado momento, dificultando e impedindo as organizações de aproveitarem e desenvolverem seu potencial humano. Os autores mencionam o instrumento como uma ferramenta de diagnóstico que, quando utilizada corretamente, representará medida útil e primordial.

Lucena (1992) ressalta que a preocupação permanente com o desempenho humano e como torná-lo mais eficaz é o ponto de atenção máxima, uma vez que a qualidade e efetividade dos resultados organizacionais são consequências do desempenho das pessoas.

O capítulo dois deste estudo, apresentará fundamentações com relação a percepção dos servidores públicos e gestores referente a avaliação de desempenho: ferramenta de diagnóstico que visa o desenvolvimento do potencial humano ou instrumento de punição.

Na concepção de Bergamini e Beraldo (1988), a avaliação de desempenho deve atender expectativas da empresa, do avaliador e do avaliado. A organização, na medida em que passa a conhecer melhor seu capital humano, pode detectar possíveis problemas e investir para melhorar tanto a produtividade quanto os níveis de satisfação das pessoas. O avaliador terá a oportunidade de rever a validade de sua técnica de gestão, considerando que seu estilo de liderança influencia a conduta dos empregados. Já o avaliado terá a chance de saber como está sua atuação profissional, aproveitar melhor suas potencialidades e trabalhar para corrigir suas falhas, podendo, assim, contar com mais segurança e qualidade de vida no trabalho e, desta forma, apresentar melhoria nos resultados.

Para que seja efetivamente possível avaliar o desempenho das pessoas no trabalho, os autores lembram que é imprescindível conhecer a dinâmica

comportamental de cada empregado, os detalhes do cargo e das tarefas a serem realizadas além das particularidades do ambiente organizacional.

O que ocorre com frequência é que, muitas vezes a avaliação de desempenho pode ser vista como ameaçadora, um instrumento de punição que gera medo e insegurança. É necessário que essa ideia seja desmitificada e que seja possível mostrar às pessoas a avaliação de desempenho como valorizadora dos pontos fortes de cada um e da sinergia humana para o trabalho.

O terceiro capítulo do presente estudo apresentará os novos paradigmas para a Gestão Estratégica de Pessoas (benefícios, desafios e tendências) associando a avaliação de desempenho a uma cultura voltada para resultados.

Nas palavras de Dutra (2007), observa-se atualmente a necessidade de novas formas de gerir pessoas, para atender as demandas do ambiente externo e interno. O aumento da exigência, segundo o referido autor, está não somente atrelado à qualificação ou formação das pessoas, mas a capacidade de resposta para as necessidades das organizações.

2.1 Avaliação de desempenho: métodos e considerações importantes

O capítulo um irá abordar a relação existente entre a ferramenta avaliação de desempenho e a melhoria de desempenho das pessoas no trabalho, considerando o método mais adequado à realidade organizacional.

Nas palavras de Dutra (2007), considerando os processos de globalização, a complexidade e a exigência de maior qualificação nos produtos e serviços, as organizações passam a exigir pessoas com maior autonomia e iniciativa. Segundo o referido autor, é importante haver uma mudança na forma de gerir pessoas. Ele ainda acrescenta que o conceito de competência, compreendido de forma abrangente, permite grande avanço na compreensão da gestão de pessoas na empresa contemporânea. Na concepção de Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.14), as tendências hoje estão voltadas à gestão estratégica das organizações. Ademais, pode-se mencionar a ênfase na gestão do desempenho, na eficiência e eficácia organizacional. Conceitos estes muito diferentes das décadas anteriores.

Gil (2006) enfatiza que os profissionais da área de Gestão de Pessoas são solicitados a assumir novas responsabilidades. Além disto, precisam desenvolver novas habilidades técnicas e humanas.

Recorrendo a evolução histórica da administração de pessoal, observa-se as transformações vividas no decorrer da Era industrial clássica (surgiu após a Revolução Industrial e se estendeu até meados de 1950), quando as pessoas eram consideradas recursos de produção. Posteriormente na Era industrial neoclássica (se estendeu entre as décadas de 1950 a 1990), as pessoas ainda eram agentes passivos e vistos, muitas vezes, como um problema para as organizações. Foi nesta época que surgiram os Departamentos de Recursos Humanos. Logo após, fala-se da Era da informação, período iniciado na década de 1990. Posteriormente, começam a falar em gestão com pessoas e hoje em gestão estratégica de pessoas. As pessoas, atualmente, deixam de ser consideradas meros recursos e passam a ser agentes ativos, parceiros da organização, fundamentais para que haja uma dinâmica organizacional focada em produtividade, qualidade e competitividade, ou seja, são as responsáveis pelo sucesso da organização. Hoje nota-se que a existência das organizações está atrelada às pessoas.

Rua (1997) faz uma retomada histórica referente às mudanças do modelo de administração pública e verificou-se que somente soluções econômicas não seriam suficientes para superar a inflexibilidade e o conservadorismo da burocracia. As mudanças e modernizações impunham um aumento de flexibilidade, inovação e melhoria de desempenho. É diante deste contexto, que se inicia as medidas de modernização do setor público, resultante no modelo que chamamos de Administração Pública Gerencial. A Reforma Administrativa que ocorreu com a implementação da Emenda Constitucional nº19/1998, instituiu o modelo gerencial que tem o princípio da eficiência como base. Este modelo tem como propósito, o rompimento dos padrões burocráticos e sedimentados e um caminhar rumo a um cenário mais flexível, com a melhoria dos serviços prestados e um aumento da eficiência e da qualificação profissional.

Carlos Alberto Campos Salles (2007) destaca que é preciso transformar o princípio do desenvolvimento do capital intelectual como sendo responsável pelo sucesso da organização, para o compromisso da área pública em prestar serviços de melhor qualidade aos cidadãos. Observa-se a necessidade de rever a legislação e de se ter maior flexibilidade constitucional, objetivando torná-la menos burocrática e mais objetiva em sua aplicabilidade. Carlos Alberto (2007) ainda acrescentou algumas diretrizes fundamentais para aplicabilidade dos aspectos anteriormente levantados, que são: a valorização e desenvolvimento do servidor; facilitação dos programas de capacitação; ênfase no autodesenvolvimento; qualificação para o crescimento, avaliação periódica de desempenho, dentre outros fatores.

Frente ao exposto, destaca-se a importância de uma cultura voltada para a profissionalização do desenvolvimento e a avaliação do desempenho, como uma grande aliada para o progresso e crescimento, tão demandados atualmente.

Neste contexto, é possível ressaltar que a aferição do desempenho humano nas organizações é uma ferramenta importante, fornecendo dados que possibilitem o aprimoramento individual e organizacional. Como *feedback* de uma avaliação de desempenho, os colaboradores podem adquirir promoção, gratificação, realocação, dentre outros.

Chiavenato (2004) define a avaliação de desempenho como a análise sistemática do desempenho de cada empregado, considerando suas atividades, as metas acordadas com a empresa e o seu potencial de desenvolvimento. Os resultados apresentados por cada empregado serão avaliados considerando-se as possibilidades de mudança e o desenvolvimento do potencial humano da organização.

A avaliação de desempenho é processo que serve para julgar ou estimar o valor, a excelência e as qualidades de uma pessoa e, sobretudo, qual é a sua contribuição para o negócio da organização (CHIAVENATO, 2004).

Bergamini e Beraldo (1988) ressaltam que a avaliação de desempenho deve ser vista como um balizador que irá levantar itens e dados que estejam, em determinado momento, dificultando e impedindo as organizações de aproveitarem e desenvolverem seu potencial humano. Os autores mencionam o instrumento como uma ferramenta de diagnóstico que, quando utilizada corretamente, representará medida útil e primordial.

Ainda para os referidos autores, a avaliação de desempenho deve atender expectativas da empresa, do avaliador e do avaliado. A organização, na medida em que passa a conhecer melhor seu capital humano, pode detectar possíveis problemas e investir para melhorar tanto a produtividade quanto os níveis de satisfação das pessoas. O avaliador terá a oportunidade de rever a validade de sua técnica de gestão, considerando que seu estilo de liderança influencia a conduta dos empregados. Já o avaliado terá a chance de saber como está sua atuação profissional, aproveitar melhor suas potencialidades e trabalhar para corrigir suas falhas, podendo, assim, contar com mais segurança e qualidade de vida no trabalho.

Bohlander (2005) atesta que os programas de avaliação de desempenho são ferramentas capazes de aumentar a produtividade no trabalho, além de auxiliar no cumprimento de metas organizacionais. O referido autor ainda acrescenta que antes de iniciar um processo de avaliação de desempenho, é preciso coletar todas as

informações necessárias, planejar e definir em quais padrões de desempenho a pessoa será avaliada. Definidos os padrões e colhidos os dados, procede-se à etapa de avaliação destes dados no contexto das necessidades da empresa e, por fim, na comunicação dos resultados aos empregados (BOHLANDER, 2005).

No que tange os métodos e ferramentas de desempenho, existem diversos métodos avaliativos capazes de fornecer informações sobre o desempenho do empregado. Cada um deles enfoca um aspecto específico da dimensão do ser humano no trabalho, o que torna nítido, portanto, que algum outro aspecto receba atenção inferior. Assim, é importante ressaltar que existem aspectos positivos e limitações em cada um dos métodos citados.

A escolha do método deverá ser fundamentada pelos objetivos que a organização possui, cabendo aos gerentes avaliar a relação de custo-benefício do método a ser implantado (BOHLANDER, 2005).

Na concepção de Hipólito e Reis (2002) existem quatro tipos de avaliação, a saber:

- Foco na aferição de potencial: utilizam-se simulações para analisar a adequação futura do profissional, e a base desta avaliação está na tentativa de prever o desempenho potencial de um empregado.
- Foco na análise comportamental: analisam-se os comportamentos observáveis no ambiente de trabalho, fornecendo *feedbacks* de desempenho ao profissional. Visa também melhorar o autoconhecimento do empregado.
- Foco no desenvolvimento profissional: o nível de desenvolvimento do profissional é, nesse tipo de avaliação, a base para atribuição de responsabilidades e definição do grau de complexidade do trabalho que lhe será delegado.
- Foco na realização de metas e resultados: mensuração do esforço do profissional realizada a partir da observação dos resultados obtidos. As metas e resultados esperados são previamente definidos e, então, sua realização é acompanhada. O resultado esperado deve ser desafiador, embora factível e adequado ao estágio de desenvolvimento do profissional envolvido. Além disso, os resultados e metas devem estar definidos de forma clara, possibilitando às pessoas uma visão de como direcionar seu esforço. Os fatores externos que impactam na realização da meta devem ser estabelecidos previamente, pois tais fatores podem fazer com que algumas metas tenham que ser revistas. Espera-se, desse tipo de avaliação, sincronizar as ações e comportamentos das pessoas com os

resultados almejados pela empresa; identificar os obstáculos e as respectivas medidas para superá-los; definir as necessidades de qualificação da equipe e obter dados para subsidiar as políticas de remuneração.

Para Bohlander (2005), os métodos de avaliação de desempenho são classificados em três grandes grupos:

- Métodos de características de personalidade: são os mais usados apesar da subjetividade que lhes é inerente. Focam na medição de certas características do profissional consideradas importantes à organização. Escalas de classificação gráfica, escalas de padrão misto, método da escolha forçada e método do ensaio são alguns exemplos de ferramentas.
- Métodos comportamentais: são mais adequados para desenvolvimento por fornecer informações orientadas para ação. Utilizam descrições de comportamento que definem as ações a serem adotadas no ambiente de trabalho, associadas a uma escala. Como exemplo de ferramentas, podem ser citados o método do incidente crítico, o método da lista de verificação comportamental, as escalas de classificação comportamental (ECC) e as escalas de observação do comportamento (EOC).
- Métodos de avaliação de resultado: vêm ganhando popularidade por enfocarem contribuições mensuráveis e serem, portanto, mais objetivos. Trata-se da avaliação das realizações do profissional em detrimento de seus traços ou de seus comportamentos apresentados, como nos métodos anteriores. Medidas de produtividade e gerenciamento por objetivos são exemplos de ferramenta.

As informações recolhidas no processo de avaliação de desempenho de uma empresa fornecem aos seus gestores dados para melhor tomada de decisão e para identificação de desvios entre desempenho realizado e planejado. Ao mesmo tempo, é de suma importância a avaliação de desempenho dos gestores, uma vez que estes são responsáveis pelos resultados da empresa e por atingir os patamares desejados (NASCIMENTO; REGINATO; ALVES; LERNER, 2007).

2.2. Avaliação de desempenho: ferramenta de diagnóstico ou instrumento de punição

O Capítulo dois irá discorrer sobre a percepção dos servidores públicos e gestores referente a avaliação de desempenho: ferramenta de diagnóstico que visa o desenvolvimento do potencial humano ou instrumento de punição?

Nas palavras de Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.23), a avaliação de desempenho pode ser um instrumento que vise não somente o indivíduo, mas que também fortaleça o trabalho em equipe e contribuindo para o alcance das metas organizacionais. Diante disto, pode-se mencionar que a avaliação de desempenho é uma ferramenta importante para uma cultura voltada para resultados. Ainda na concepção de Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.24), no nível do indivíduo, a avaliação de desempenho permite, dentre outros fatores, avaliar o desempenho profissional; identificar as necessidades de aprimoramento das habilidades pessoais e profissionais; refletir os pontos fortes e fracos dos avaliados. No nível das equipes e no institucional, a avaliação de desempenho permite: maior alinhamento com as metas e objetivos estratégicos das organizações; desenvolvimento do espírito de equipe, dentre outros fatores.

Bergamini e Beraldo (1988) destacam que para que seja efetivamente possível avaliar o desempenho das pessoas no trabalho, os autores lembram que é imprescindível conhecer a dinâmica comportamental de cada empregado, os detalhes do cargo e das tarefas a serem realizadas além das particularidades do ambiente organizacional. Muitas vezes a avaliação de desempenho pode ser vista como ameaçadora, um instrumento de punição que gera medo e insegurança. É necessário que essa ideia seja desmitificada e que seja possível mostrar às pessoas a avaliação de desempenho como valorizadora dos pontos fortes de cada um e da sinergia humana para o trabalho.

Pode-se caracterizar a Avaliação de Desempenho, em termos institucionais, como o processo que provê oportunidades mais definidas de entendimento entre as pessoas, propondo a revisão e a atualização mais permanente do seu próprio comportamento. Isso significa que o processo de Avaliação de Desempenho Humano nas organizações implica menos na criação de um instrumental técnico sofisticado e mais no desenvolvimento de uma atmosfera em que as pessoas possam relacionar-se umas com as outras de maneira espontânea, franca e confiante (BERGAMINI; BERALDO, 1988, p. 13).

Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.25), menciona que o processo de avaliação de desempenho é uma oportunidade de diálogo entre chefia e subordinado para que análise de resultados e alinhamento de expectativas

entre as partes. O processo de avaliação de desempenho, quando bem conduzido, pode ser uma ferramenta capaz de proporcionar ajustes nas diretrizes de atuação dos profissionais envolvidos naquela organização.

Diante disto, faz-se importante destacar a importância do papel do avaliador, que é tão relevante quanto os métodos de avaliação.

Nas palavras de Bergamini e Beraldo (1988), o fato de tradicionalmente o chefe avaliar o desempenho do subordinado, além de ser uma herança taylorista, relaciona-se com a ausência de reciprocidade nas relações interpessoais. Tal prática pode estar configurada para assegurar a manutenção do princípio da hierarquia. No entanto, seria interessante que todos os integrantes da organização pudessem se responsabilizar por este processo, pois a avaliação de desempenho também visa à criação de um clima de confiança que permita às pessoas relações francas e abertas.

Os referidos autores, Bergamini e Beraldo (1988), também discorrem sobre a importância de desenvolver a aptidão dos avaliadores por meio de programas de treinamento específicos, que envolvam ações contínuas capazes de capacitá-los para o exercício da avaliação. É fundamental que os avaliadores também busquem o autoconhecimento, a fim de que possam ter clareza sobre seu estilo pessoal de gestão, suas motivações e interesses. Ao serem preparados para avaliar o desempenho, eles devem estar cientes de que a descrição sobre a atuação dos empregados deve ser referente a um passado próximo e não levar em conta um passado distante ou um futuro incerto. "A avaliação é um retrato do momento e não uma projeção para o futuro" (BERGAMINI; BERALDO, 1988, p. 87). Cabe ainda evidenciar os possíveis erros que os avaliadores podem cometer, situando-os diante da responsabilidade que têm no processo de avaliação.

Chiavenato (2004), ao considerar a questão de quem deve avaliar o desempenho, destaca diferentes possibilidades, que serão escolhidas de acordo com características e critérios da própria empresa. A seguir encontram-se algumas das opções ressaltadas pelo referido autor.

- Gerente: na maioria das organizações, o gerente é o responsável por avaliar o desempenho e comunicar os resultados, podendo contar com a assessoria da área de recursos humanos, que definirá os critérios.
- Indivíduo e gerente: nesses casos, o gerente irá direcionar e orientar, enquanto o empregado avaliará seu desempenho em função das informações que serão fornecidas pelo gerente. Há possibilidade de

intercâmbio, quando cada um tem a chance de dar sua contribuição para a obtenção de resultados.

- Equipe de trabalho: a equipe, além de definir metas e objetivos a serem alcançados, é responsável por avaliar o desempenho de seus membros e por definir com cada um as providências necessárias para a melhoria da performance.
- Avaliação 360°: trata-se de uma avaliação circular, realizada por todos que mantêm interação com o avaliado (colegas, gestores, pares, subordinados, clientes internos e externos e fornecedores). É uma alternativa que oferece diferentes informações vindas de todos os lados, sendo por isso mais rica. Há possibilidade de ajustamento e adaptabilidade do empregado às diversas demandas do trabalho e dos parceiros. Todavia, o empregado pode ficar em uma situação delicada, de vulnerabilidade, se não houver abertura e receptividade para tal tipo de avaliação.
- Avaliação para cima: é uma opção que permite que a equipe avalie seu gerente. Possibilita a negociação e intercâmbios com o gerente, sugerindo novas abordagens que tornem as relações de trabalho mais livres e eficazes. Assim, torna-se viável a adoção de medidas corretivas quando houver necessidade de ajustes na gestão.
- Comissão de avaliação de desempenho: consiste em uma comissão designada para essa finalidade. É formada por um grupo de pessoas de diversos órgãos, constituída por membros permanentes e transitórios. É alvo de várias críticas devido a seu aspecto centralizador e pelo caráter de julgamento quanto ao passado. Isso dificulta a manutenção do foco na orientação e na melhoria do desempenho. Além disso, é uma alternativa trabalhosa, onerosa e demorada, pois todos os empregados têm que passar pelo crivo da comissão.
- Área de Recursos Humanos: é comum em organizações mais conservadoras. A área de recursos humanos assume total responsabilidade pela avaliação de desempenho, o que tira a liberdade e a flexibilidade das pessoas envolvidas. O trabalho é feito com base no genérico e não no particular, e tal fato pode provocar tendência à padronização do desempenho, uma vez que se procura eliminar as diferenças individuais. Atualmente não é muito utilizada por ter caráter centralizador, monopolizador e burocrático.
- Autoavaliação: encontrada em organizações mais democráticas e abertas. O próprio indivíduo, com a ajuda de seu superior, é o responsável pela monitoração de seu desempenho. A pessoa se avalia quanto à sua performance, eficiência e eficácia, tendo em vista

geralmente parâmetros fornecidos pelo gestor imediato. É uma alternativa que evita a subjetividade normalmente envolvida no processo de avaliação.

Newstrom (2008) ressalta que um sistema de avaliação bem construído pode fazer com que os gerentes se voltem mais para seus empregados, procurando identificar as capacidades, interesses e motivações de cada um deles. A partir disso, eles se tornam mais capazes de perceber que cada pessoa tem suas particularidades que a tornam diferente das demais e, assim, passam a levar em consideração tais diferenças individuais no momento da avaliação. Ademais, tendem a aproximar o gestor do seu subordinado, o que contribui para quebra do paradigma da avaliação de desempenho como um instrumento de medo ou punição.

Entretanto, é possível perceber que em alguns casos o gerente pode evitar oferecer *feedback* sobre a avaliação de desempenho por temer que o bom relacionamento com o empregado seja abalado pela possível elucidação de pontos negativos. As falhas nos processos de avaliação de desempenho podem ser originadas não só da relutância do gerente em abordar determinados pontos difíceis, mas também das dificuldades para envolver os empregados. E, ainda, depara-se com o ceticismo de alguns gerentes quanto à possibilidade de mudanças de comportamento por parte dos empregados.

É necessário, pois, como já explicitado anteriormente, que os avaliadores sejam preparados e treinados para que possam realmente avaliar o desempenho do empregado, no sentido de proporcionar crescimento e desenvolvimento. Bergamine (1998) define os avaliadores como pessoas que irão observar o desempenho do avaliado para emissão de parecer técnico que expresse os pontos considerados adequados e que merecem ser trabalhados.

Outro fator relevante na avaliação do desempenho é o *feedback*, cuja importância será abordada no tópico a seguir.

Moscovici (2008) descreve o *feedback* atrelado ao desenvolvimento de competências interpessoais e, em tal contexto, constitui-se em um processo de ajuda para obter mudanças de comportamento. Trata-se da comunicação que visa fornecer informações a respeito da atuação de uma pessoa ou um grupo. O *feedback* eficaz pode auxiliar o indivíduo a melhorar seu desempenho e, assim, alcançar melhores resultados.

O *feedback* constitui uma das habilidades imprescindíveis ao funcionamento produtivo da equipe de trabalho. É necessário que os colaboradores saibam o que estão fazendo de forma inadequada, bem como aquilo que conseguem fazer com

adequação, de modo que possam ser corrigidas as ineficiências e mantidos os acertos, para o alcance de melhores resultados. O *feedback* é a forma de esclarecer para as pessoas as suas responsabilidades e os desvios entre o desempenho realizado e o esperado, com o objetivo de corrigir suas ações e aprimorar resultados.

Contudo, é válido ressaltar que há diversas dificuldades relacionadas aos processos de dar e receber *feedback*, dadas as suas implicações sociais e emocionais. Moscovici (2008) afirma que aceitar as próprias falhas e reconhecer deficiências não é algo fácil para o ser humano. Mais complicado ainda é fazer isso diante de outra pessoa. Frequentemente, devido às resistências e constrangimentos que surgem nessas situações, os indivíduos reagem de forma defensiva e podem ter comportamentos como parar de ouvir, negar a validade do que está sendo dito, atacar o avaliador, dentre outros. É comum, ainda, notar que alguns não estão psicologicamente preparados ou não sentem necessidade de receber *feedback*.

Ainda segundo Moscovici (2008), ao fornecer *feedback* é essencial tomar certos cuidados. Há que se ter total clareza acerca daquilo que está sendo falado e do objetivo que se pretende alcançar. O emissor deve ser imparcial e suas colocações devem estar isentas de juízos de valor.

Na concepção de Bergamini e Beraldo (1988), existem algumas dificuldades relacionadas à avaliação de desempenho que surgem no momento de informar seus resultados ao interessado. Embora o *feedback* de desempenho seja muito importante, Newstrom (2008) destaca que alguns gerentes não se preocupam em oferecê-lo de forma que possa ser útil ao receptor, o que pode ocasionar um possível distanciamento entre chefia e subordinado.

Bohlander (2005) defende que a entrevista de avaliação é o momento do *feedback* e uma das mais importantes etapas de todo o processo. Isso porque a entrevista apresenta-se como uma oportunidade para o gestor discutir com cada empregado os dados levantados pela avaliação e identificar pontos de aprimoramento. Ao permitir o contato direto do gestor com seu subordinado, além de tal situação gerar menos desconforto ou medo por parte do colaborador, a entrevista de avaliação cria condições para a melhoria da comunicação, dos relacionamentos e do estabelecimento de metas futuras.

2.3 Novos Paradigmas para Gestão Estratégica de Pessoas

O capítulo três irá destacar os novos paradigmas para a Gestão Estratégica de Pessoas: (benefícios, desafios e tendências) associando a avaliação de desempenho ao desenvolvimento de uma cultura voltada para resultados.

Conforme ensinamentos de Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.19), destaca-se que a avaliação de desempenho passou por mudanças desde a época do departamento de pessoal, para o modelo de gestão de pessoas até chegar ao formato atual de gestão estratégica de pessoas.

Nas palavras de Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.14), retomando as características das organizações públicas, ao se pensar em desenvolvimento e gestão de recursos humanos, é necessário que seja revista algumas características, que ainda hoje estão presentes na maior parte das organizações públicas. São elas:

- Rigidez imposta pela legislação (que muitas vezes impede a implementação de novas ideias, pelo excesso de regulamentos e leis);
- Desvinculação do cidadão como destinatário do serviço público (é necessário que tanto o servidor, quanto a população tenham clara a ideia de que o órgão público existe para atendimento à sociedade);
- Baixa ênfase no desempenho (apesar de muito se dizer sobre a importância da meritocracia nos dias de hoje, nem sempre o desempenho é considerado na realização dos trabalhos);
- Mecanismos de remuneração que desvinculam os vencimentos do desempenho (em órgãos públicos não se trabalha com remuneração variável, associada ao desempenho, como na iniciativa privada).
- Baixa ênfase em gestão (percebe-se nas organizações públicas de um modo geral, uma fraca ênfase no desempenho, bem como monitoramento de resultados e feedback).
- Alta rotatividade das posições de chefia (fato este que, muitas vezes, impacta no desempenho da equipe).

Na concepção de Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.18), a Gestão Estratégica de Pessoas está relacionada aos objetivos organizacionais, com ênfase no desempenho, e ao monitoramento das ações para o alcance de melhores resultados. O modelo de gestão estratégica de pessoas abrange uma política que deve contemplar: estratégias de desenvolvimento pessoal e profissional; realocação de pessoal; avaliação de desempenho, dentre outros fatores. Com relação à avaliação e desempenho, deve estar vinculada à progressão do colaborador, bem como à identificação do levantamento das necessidades de capacitação.

Diante deste cenário, a gestão de pessoas assume uma função estratégica de forma que passa a conhecer a essência da organização e de seus colaboradores, possibilitando a melhor aplicação / alocação de seus recursos, sejam eles materiais ou humanos.

Ainda referindo a Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.20), existem alguns mecanismos e escopos de atuação para que a Gestão Estratégica de pessoas possa ser efetivamente implementada. Tais instrumentos são:

- Planejamento de recursos humanos (verificação, sistematização e avaliação das necessidades futuras de pessoas na organização, definição de perfis de pessoal identificação de gaps de competências de forma a avaliar possíveis mudanças no contexto interno e externo à organização). Este deve ser um processo contínuo e que deve ser revisto frequentemente.

- Gestão de Competências e a capacitação continuada com base em competências. O modelo de Gestão por Competências objetiva reconhecer e ampliar conhecimentos, habilidades e atitudes de modo a agregar valor à organização e aos integrantes da organização. Este modelo baseia-se na adequação do perfil às necessidades da organização. A Gestão por Competências, mais do que uma tendência ou forma de gerir pessoas, é uma filosofia de desenvolvimento de talentos que visa o aprimoramento do indivíduo em suas múltiplas dimensões. Na concepção de Dutra (2001), competência é a forma como a pessoa mobiliza seu estoque e repertório de conhecimentos e habilidades em um determinado contexto, de modo a agregar valor para a organização na qual está inserida. A capacitação também deve ser um processo contínuo, pois, à medida em que a organização evolui, faz-se necessária o acompanhamento destas mudanças.

- Avaliação de Desempenho e de competências. Segundo Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.24), a avaliação de desempenho é uma ferramenta bastante relevante para o desenvolvimento de uma cultura voltada para resultados e que permite avanços a nível do indivíduo (identifica necessidades de aprimoramento e desempenho profissional), bem como a nível das equipes e institucional (desenvolvimento de uma visão holística por parte dos colaboradores com relação à organização, desenvolvimento do espírito de equipe, dentre outros).

Para Schikmann (2010 apud PANTOJA; CAMÕES E BERGUE, 2010, p.25), a gestão estratégica de pessoas, pressupõe um novo “contrato de trabalho”, na medida em que este contrato visa fornecer subsídios que estimule o comprometimento, a iniciativa e o compromisso por parte dos colaboradores, possibilitando mudança nas atitudes e, conseqüentemente, na entrega de resultados. A referida autora ainda

acrescenta que um dos grandes desafios atuais é a capacitação dos especialistas em gestão de pessoas, que devem assumir um processo constante em termos de aprendizado, bem como promover a formação de uma cultura com base em competências.

Na concepção de Marini (2010), o foco da Nova Gestão Pública deve ser no cidadão e na orientação para resultados. Marini (2010) propõe também uma mudança de cultura (que hoje ainda é patrimonialista e burocrática), de novos instrumentos de gestão e maior integração entre as unidades de governo, que hoje ainda são bastante fragmentadas. Um outro desafio, mencionado por Marini (2010), é o desenvolvimento de uma perspectiva estratégica e o engajamento dos servidores à esta proposta. Portanto, o desafio está em alinhar as ferramentas de gestão, recursos (humanos, materiais, entre outros), estrutura administrativa e comprometimento das equipes para alcance de melhores resultados.

Segundo Araújo (2006), o foco hoje em avaliar desempenho deve ser considerando a organização como um todo e não restrito à unidade de trabalho.

Para Araújo (2006, p.143) “ (...) as organizações necessitam de sistemáticas de avaliação capazes de acompanhar o crescimento das pessoas que nela exercem suas atribuições”. Contudo, é importante que as variáveis sejam consideradas, ou seja, cada organização é uma organização e cada pessoa também possui singularidades que devem ser consideradas e respeitadas, para que seja possível o alcance de melhores resultados em todas as dimensões possíveis.

Na visão de Meireles (2009, p.29), as constantes mudanças pelas quais o mundo vem passando, impõe às organizações um ambiente de grande turbulência. A autora ainda acrescenta a tendência voltada para a Gestão do Desempenho, em que devem ser consideradas três dimensões: as pessoas e o seu potencial; o perfil de competências das pessoas e a função exercida pela pessoa e seu comprometimento com as metas relacionadas àquela função.

Corroborando as ideias de Marini (2010), Chiavenato (2004), menciona que atualmente verifica-se a necessidade de indicadores sistêmicos, que considerem a empresa de forma integrada. Tais indicadores devem derivar do planejamento estratégico, que definirá o que, como e quando medir. Os indicadores, quando definidos conjuntamente, contribuem para manter o alinhamento com outros critérios de avaliação. A avaliação de desempenho, ao ter como referência índices objetivos dentro de um contexto geral que inclui também o ambiente externo, poderá se evidenciar como um elemento integrador entre os diversos processos de recursos humanos.

Nesse sentido, há uma crescente valorização dos retornos proporcionados pela avaliação de desempenho, uma vez que assim as pessoas poderão ser orientadas e direcionadas a buscar meios de melhorar sua *performance*.

Hipólito e Reis (2002) apresentam as seguintes tendências para os processos de avaliação de desempenho: maior compromisso com a estratégia da empresa; modelos de gestão por competências; adoção de metas e indicadores de desempenho desdobrados da estratégia organizacional; integração de metas corporativas, de grupos e individuais; avaliação como espaço de negociação e equilíbrio entre expectativas empresa-profissional; papel do gestor como *coach* focando melhoria de desempenho e utilizando avaliação para subsidiar decisão gerencial; etapa do processo para realização de *feedback*; utilização de mais de uma ferramenta, com papéis e focos definidos, além de múltiplas fontes de informação, dentre outros fatores.

3. METODOLOGIA

Considerando que o objetivo deste trabalho é analisar o impacto da avaliação de desempenho, com foco em competências, na atuação dos servidores públicos e gestores, visando melhoria da eficiência organizacional e estratégias para alcance de melhores resultados, optou-se por realizar uma pesquisa bibliográfica e abordagem qualitativa. Os meios de investigação foram pesquisas bibliográficas acerca dos principais temas relacionados à avaliação de desempenho, competências e gestão estratégica de pessoas. Segundo Cervo, Bervian e da Silva (2007, p.60) " a pesquisa bibliográfica procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em artigos, livros, dissertações e teses". Gil (2008) destaca que a principal vantagem de realizar a pesquisa bibliográfica relaciona-se ao fato de permitir ao investigador uma cobertura dos fenômenos de forma mais ampla do que aquela que poderia ser pesquisada diretamente.

Referente à abordagem teórica qualitativa, muito utilizada no meio acadêmico, Gil (2008) menciona que, ao contrário do que ocorre nas pesquisas experimentais, não há fórmulas ou receitas predefinidas para orientar os pesquisadores. "Assim, a análise dos dados na pesquisa qualitativa passa a depender muito da capacidade e do estilo do pesquisador". (GIL, 2008, p. 175).

A fim de realizar a análise qualitativa dos dados pesquisados, recorreu-se a autores como Antônio Carlos Gil, Sandro Trescastro Bergue, Idalberto Chiavenato, Maria Júlia Pantoja.

Nas palavras de Tesch (1990 *apud* Gil, 2008, p.176), a principal ferramenta intelectual é a comparação. O processo de análise dos dados é sistemático e

progressivo, fazendo-se necessário o procedimento comparativo entre diferentes autores a fim de embasar a pesquisa realizada.

4. CONCLUSÃO

O estudo dos Processos de Avaliação de Desempenho no mundo contemporâneo faz-se importante, uma vez que ele representa a apreciação do comportamento dos empregados nos seus cargos de atuação. Ao mencionar a relevância da obtenção de melhores resultados juntamente com a necessidade de uma cultura profissionalizada de desenvolvimento, torna-se fundamental a avaliação de desempenho, diante deste cenário.

Tendo como referência o objetivo deste Trabalho de Conclusão de Curso, que foi verificar e analisar até que ponto a implementação da avaliação de desempenho no setor público, com foco em competências, pode contribuir para a melhoria da eficiência organizacional e alcance das estratégias organizacionais com melhores resultados, é possível concluir que, pelo estudo realizado o instrumento mostra-se útil e adequado à realidade das organizações públicas e às necessidades das pessoas, que nelas trabalham. Isto ocorre, pois à medida que são definidos os objetivos, que devem nortear as ações rotineiras de trabalho, bem como os resultados a serem entregues, tal questão aumenta a motivação dos profissionais, contribui para maior engajamento com a equipe de trabalho e favorece o alcance de melhores resultados.

Diante disto, pode-se dizer que, de forma geral, o a ferramenta avaliação de desempenho mostra-se capaz de melhorar a *performance* das pessoas no trabalho.

Retomando os objetivos específicos, deste Trabalho, no Capítulo um do presente estudo, verificou se a importância de ressaltar a aferição do desempenho humano nas organizações, utilizado o método de avaliação adequado à realidade organizacional, bem como a relevância do fornecimento de dados, como o *feedback*. Ademais, a avaliação de desempenho foi destacada como uma ferramenta capaz de atender expectativas da empresa, do avaliador e do avaliado.

O Capítulo dois apontou para a necessidade da quebra de paradigmas da avaliação de desempenho como instrumento de punição, mas como uma ferramenta capaz de aferir o desempenho, destacando os pontos fortes daquele profissional, bem como pontos que podem ser aprimorados, ou seja, proporcionando ajustes nas diretrizes de atuação dos profissionais envolvidos naquela organização.

O capítulo três, associou a avaliação de desempenho a uma cultura voltada para resultados, demonstrando a tendência de uma Gestão Estratégica de pessoas, com ênfase no desempenho, na eficiência e eficácia de atuação profissional.

Destacou-se também a importância da Gestão por Competências e da capacitação continuada, como escopo de atuação para a efetiva implementação da Gestão estratégica e Pessoas, bem como o monitoramento de resultados e do fornecimento de *feedback*.

Tal constatação nos remete à possibilidade de situar os indivíduos em relação ao que é esperado de sua atuação profissional e de orientá-los quanto às atividades a serem desenvolvidas, o que favorece a busca por melhorias no desempenho, apresentando também impactos positivos na motivação e conseqüentemente a entrega de melhores resultados.

Entretanto, pelo estudo desenvolvido, conclui-se que a ferramenta avaliação de desempenho ainda tem espaços para evoluir em sua estrutura, contudo pode contribuir para a melhoria da eficiência organizacional e alcance das estratégias organizacionais. Tal processo, ao criar condições para o engajamento das pessoas, possibilitará o aumento da motivação, a melhoria do desempenho, contribuindo para que a empresa alcance melhores resultados com um modelo de gestão mais flexível por meio do qual o capital humano seja efetivamente reconhecido e valorizado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis César G. de. **Gestão de Pessoas – Estratégias e Integração Organizacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

BERGAMINI, C. W.; BERALDO, D. G. R. **Avaliação de desempenho humano na empresa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1998.
BERGUE, Sandro Trescastro. **Gestão estratégica de Pessoas no Setor Público**. São Paulo: Atlas S.A., 2014.

BOHLANDER, G.; SNELL, S.; SHERMAN, A. **Administração de Recursos Humanos**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino; DA SILVA, Roberto. **Metodologia Científica**. 6.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de pessoas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Recursos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2006.

Constituição Federal 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 23.10. 2016.

DUTRA, Joel Souza. **Competências: conceitos e instrumentos para a Gestão de Pessoas na Empresa moderna**. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Competências**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

DUTRA, J. S. *et al.* **Gestão por competência: um modelo avançado para o gerenciamento de pessoas**. São Paulo: Gente, 2001.

GIL, Antônio. **Dados e técnicas de pesquisa social**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Gestão de pessoas**. São Paulo: Atlas, 2006.

HIPOLITO, J. A. M.; REIS, G. G. A avaliação como instrumento de gestão. In: **As pessoas na organização**. São Paulo: Editora Gente, 2002.

LUCENA, Maria Diva da Salette. **Avaliação de desempenho**. São Paulo, Atlas, 1992.

MARINI, Caio. **A Nova Gestão Pública – seus desafios, tendências e objetivos**. Disponível em: <<http://expertisegestaopublica.blogspot.com.br/2010/05/nova-gestao-publica-seus-desafios.html>>. Acesso em 06.11.2016.

MEIRELES, Glória R. V. Glória. **Programa de Especialização em Gestão – Gestão Estratégica de Pessoas**. Belo Horizonte. 2009.

MOSCOVICI, Fela. **Desenvolvimento Interpessoal: treinamento em grupo**. – 17 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2008.

NASCIMENTO, M. A.; REGINATO, L.; ALVES, T. W.; LERNER, D. F. **Um estudo sobre o efeito da avaliação de desempenho operacional e de gestores no resultado econômico da empresa**. ENANPAD, 2007.

NEWSTROM, John W. Tradução: Ivan Pedro Ferreira Santos. Revisão técnica: Carlos Tasso Eira de Aquino **Comportamento organizacional: o comportamento humano no trabalho**. São Paulo: McGraw – Hill, 2008.

PANTOJA, Maria Júlia; CAMÕES, Marizaura R. de Souza; BERGUE, Sandro Trescastro. **Gestão de Pessoas: bases teóricas experiências no setor público**. Brasília: ENAP, 2010.

RUA, Maria das Graças. **Desafios da administração pública brasileira: governança, autonomia, neutralidade**. Revista do serviço público. Ano 48 Número 3 Set-Dez 1997.

SALLES, Carlo Alberto C. **Gestão de Pessoas versus Gestão Pública**. Site RH.com.br, 2007. Disponível em <http://www.rh.com.br/Portal/Salario_Beneficio/Artigo/4638/gestao-de-pessoas-versus-gestao-publica.html>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

VICENTE, Faustino. **Excelência nos serviços públicos**. Site RH.com.br, 2006. Disponível em: <<http://www.rh.com.br/Portal/Mudanca/Artigo/4609/excelencia-nos-servicos-publicos.html#>>. Acesso em 12.10.2016.

EU AMO, TU AMAS, ELE AMA: DISCUTINDO POLIAMOR, ESTADO E DIREITO

ERIKA DE OLIVEIRA CAVALCANTI¹

RIBERTI DE ALMEIDA FELISBINO²

(coautor)

RESUMO: Neste artigo discutimos o Direito e o Estado para entendermos a poliafetividade. O foco analítico foi o momento atual e a técnica de coleta e análise das informações foram baseadas nos principais métodos das Ciências Humanas. Para isto foram utilizados alguns textos discursivos e matérias jurídicas, que revelaram: a) o conceito de poliafetividade vem crescendo no interior da sociedade, b) as relações sociais veem mudando o significado de família e c) família, poligamia, Direito e Estado, temas essenciais para entendermos a poliafetividade.

Palavras-Chave: Direito, Estado, Poliafetividade.

ABSTRACT: This paper we discuss the Law and the State in order to understand polyfactivity. The analytical focus was the current moment and the technique of collecting and analyzing information was based on the main methods of the Human Sciences. Some discursive texts and jurisprudence matters were used, which revealed: a) the concept of polyafectivity has been growing in society, b) social relations are changing the meaning of family and c) family, polygamy, Law and State, essential themes to understand polyafectivity.

Key-Words: Law, State, Polyafectivity.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Materiais e Métodos. 2. Resultados. 3. Discussões. 3.1. Conhecendo Conceitualmente a União Poliafetiva. 3.2. Evolução das Relações Sociais. 3.3. Família, Poligamia, Direito e Estado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Historicamente e ainda hoje, a maioria das culturas que permitem a poligamia permitem a poliginia (um homem com

1 Mestra em Segurança Pública e Graduada em Direito pela Universidade Vila Velha (UVV) e assessora em assuntos na área do Direito.

2 Dr. em Ciências Sociais, área Ciência Política. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Pesquisador Associado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia.

duas ou mais esposas) em vez da poliandria (uma mulher com dois ou mais maridos).

Regina Beatriz Tavares da Silva.

Hoje qualquer pessoa presume não ser discriminada pelas escolhas individuais que faz, assunto que diz respeito apenas e exclusivamente à vida íntima e privada dela, que, por sua vez, está protegida pela Constituição Federal. Quanto a isto, não podem ser condicionadas ou contidas por preconceitos sociais (sempre em nome dos bons costumes) que possam afetar a vida pessoal, devendo proteger a pessoa e não afrontar o direito a uma vida íntima em uma relação poliafetiva.

A pessoa que busca a felicidade não pode ser julgada por preconceitos morais que desprezam a diversidade que constitui uma sociedade dita plural. Sabemos que a construção de um Estado Democrático de Direito está na ideia da pluralidade, isto é, na convivência harmoniosa com as pessoas diferentes. Logo, podemos dizer que uma família constituída por um homem e uma mulher não pode ser diferente daquela formada por duas mulheres ou por dois homens, visto que, o que os unem nessa sociedade é o amor ao próximo e o respeito ao outro (JUNIOR, 2015).

Nesse caso, devemos destacar que uma relação não se alimenta somente de sexo, mas também tem outros ingredientes sociais que fazem e fortalece uma relação, como: o carinho, o companheirismo, a solidariedade, o afeto, o respeito dos seus membros que desejam investir em uma união poliafetiva. Sabemos que em uma relação monogâmica, não há obstáculos jurídicos que impedem as pessoas se unirem (JUNIOR, 2015). Assim também pensamos que para uma relação poliafetiva não podem existir barreiras jurídicas para aqueles que desejam ter uma união que tenham como base o poliamor. Essa nova configuração familiar dever viver uma relação estável e buscar a sua regularização formalizado o casamento em Cartórios Civis com garantias dos seus direitos.

Diante do que foi colocado, o presente artigo tem o propósito de analisar o Direito e o Estado para conhecermos como eles estão tratando o tema da poliatividade.

Tendo como propósito o enunciado supracitado, o problema investigativo deste artigo é: Por que as uniões poliafetivas devem ser reconhecidas como novo formato familiar? Com base neste problema, a nossa hipótese é: Porque a sociedade está em transformação, então, o Direito e o Estado precisam se adequar as mudanças sociais.

Diante disto, os objetivos específicos deste artigo são: a) relatar o conceito de união poliafetiva na atualidade; b) observar a evolução das relações sociais e c) compreender a família, a poligamia, o Direito e o Estado.

Além desta Introdução, da Conclusão e dos Agradecimentos, 1) apresentamos os materiais e métodos para obtenção das informações; 2) mostramos os resultados obtidos e 3) discutimos i) o conceito de união poliafetiva na contemporaneidade, ii) a evolução das relações sociais e iii) a família, a poligamia, o Direito e o Estado no entendimento poliafetivo.

1. MATERIAIS E MÉTODOS

Para atingirmos os objetivos e a hipótese supracitados, focamos em alguns textos discursivos (artigos, livros, reportagens, etc.) sobre o tema da poliafetividade e em matérias jurídicas (Constituição Federal, Declaração de Virgínia, ADI e RE) que destacam os conflitos e seus efeitos na área da jurispridência. Com a análise do material buscamos esclarecimentos para o não reconhecimento dessa união familiar, ou seja, para os direitos e deveres que ainda não estão sendo assegurados pelo ordenamento jurídico (MOITINHO; LORENZO, 2018).

Desse modo, com esses materiais, conheceremos como o Direito e o Estado olham para as relações poliafetivas como núcleo familiar; para que o art. 5º da Constituição Federal seja de fato cumprida e assegurada ao núcleo familiar poliafetivo em um Estado Democrático de Direito, sob a primazia do direito de garantia da dignidade e da liberdade de expressão, voltado para a tutela do Estado. Com o objetivo de regulamentar esse tipo de conduta sem intervenção do religiosismo ou conceitos discriminadores do 'diferente' da conduta social parcialmente pacificada no percurso do tempo até o presente momento.

O artigo contribui com novos olhares para que se amplie as discussões acerca da temática na área jurídica. Além disso, as discussões realizadas ao longo do texto contribuem significativamente para a reflexão da igualdade dos direitos e deveres entre homens e mulheres, que tanto prezamos em nossa Carta Magna, sem qualquer tipo de preconceitos, para com aqueles que conduzem suas vidas de forma poliorgânica devendo assim o Estado proteger os direitos dos envolvidos e não segregá-los do direito a união (MOITINHO; LORENZO, 2018).

2. RESULTADOS

Com o nosso entendimento do Direito e do Estado buscamos uma reflexão acerca do tema da poliafetividade. Os textos discursivos e as matérias jurídicas revelaram: a) o conceito de união poliafetiva vem sendo debatido por vários

segmentos da sociedade, b) as relações sociais oferecem um novo significado para a palavra família e c) família, poligamia, Direito e Estado, assuntos essenciais para estudar a poliafetividade.

3. DISCUSSÃO

3.1. CONHECENDO CONCEITUALMENTE A UNIÃO POLIAFETIVA

A poliafetividade é a situação de que uma pessoa ama e mantém relações, ao mesmo tempo, com mais de uma pessoa. Assim, pode-se dizer que a pessoa não estaria ligada a uma única maneira de relacionar, mas sim a várias formas de relações (MARQUES, 2017).

Há várias maneiras de relações poliamorosas. Na maioria dos casamentos modernos existem os que se chama de sub-relacionamento, as formas *primárias* e *secundárias* (MARQUES, 2017). Marques (2017), destaca que

Há a poligamia, na qual uma pessoa casa com diversas pessoas, que podem ou não estar casadas ou terem relações românticas entre si. Existem as relações ou os casamentos em grupo em que todos estão associados de forma igualitária. Há também as redes de relacionamentos interconectados, nas quais uma pessoa em particular pode ter relações de diversas naturezas com diversas pessoas. Há as relações mono/poli em que um parceiro é monogâmico, mas permite que o outro tenha outras relações. Há também os denominados acordos geométricos, que são descritos de acordo com o número de pessoas envolvidas e pelas suas ligações. Alguns exemplos são os “trios” e “quadras”, organizados conforme as geometrias das letras “V” e “N”

Marques (2017) sublinha um detalhe curioso da união poligâmica: a sua geometria relacional. Vejamos na figura abaixo as configurações dos modelos em “V” e “Triângulo ou Tríade”:

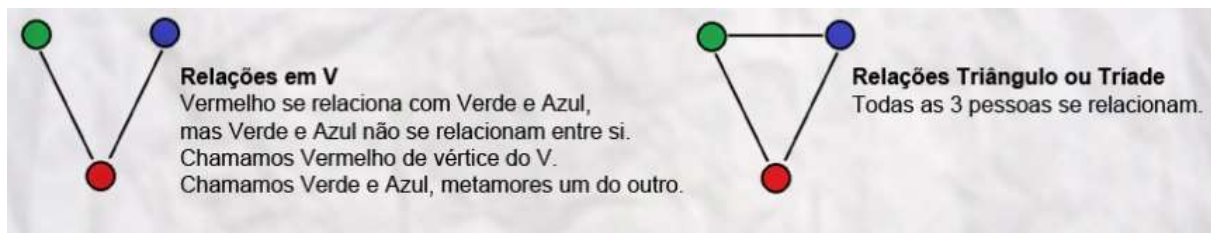


Figura 1 - Relações geométricas.

Fonte: Disponível em: <<https://vidapoliamor.wordpress.com/geometrias-das-relacoes-no-poliamor/>>. Acesso em: 20 Ago. 2019.

Na geometria em “V” o vermelho relaciona com verde e azul. Verde e azul não podem relacionar. Já na geometria “Triângulo ou Triade”, há relação entre eles.

Nesse formato conjugal há diversos maneira de amores, que pode dividir ou somar as pessoas envolvidas no relacionamento. Aqui não tem relevância se é homem ou mulher, o importante é que as pessoas envolvidas se completam umas as outras. Não podemos deixar de dizer que “[...] além do mero consentimento de relações sexuais adversas, pois envolve também a afetividade, uma característica até então monogâmica, mas que neste novo conceito adquiri o consentimento para concretizar a relação” (MARQUES, 2017). Pensado dessa maneira, poderíamos confundir o entendimento do poliamor com relações ditas consentidas, por exemplo, o caso do *swing* (também conhecido como troca de casais que buscam compartilhar experiências sexuais em grupos), todavia, a filosofia do poliamor está longe de outros modelos de relações conhecidos pelas pessoas (MARQUES, 2017).

Segundo Santos e Veigas (2017, p. 361), “poliamor se define como uma filosofia de vida que admite a possibilidade de uma pessoa manter um relacionamento amoroso íntimo e afetivo com duas ou mais pessoas ao mesmo tempo, com o conhecimento e consentimento dos envolvidos”. Uma filosofia de vida que tem como centro o pluralismo amoroso e respeitoso das pessoas envolvidas.

O *site* Poliamor Brasil diz:

Poliamor é uma palavra relativamente nova. Tem origem no prefixo grego “poli-” (muitos, vários, abundantes) e a palavra amor. Literalmente significa “muitos amores”. Assim como na matemática encontramos o nome “polígono” para se referir a formas geométricas delimitadas por linhas retas (triângulo, quadrado, pentágono, etc.)

esse neologismo serve para definir os relacionamentos sexoafetivos que envolvem simultaneamente várias pessoas, com o consentimento e conhecimento de todos seus membros. Curiosamente, alguns desses relacionamentos tem também o nome geométrico. Um poliamor a quatro pessoas pode ser um quadrado.

A simbologia do poliamor traz consigo o significado de que o amor é infinito. “O signo internacional do poliamor é um coração entrelaçado com o símbolo matemático do infinito (∞), ainda que tem muitas variantes. Podem ser vários corações entrelaçados, e também é comum usar as cores da sexodiversidade” (POLIAMOR BRASIL). Vejamos na Figura 2 o seu símbolo:



Figura 2 - Símbolo do poliamor.

Fonte: Disponível em: <<http://poliamorbrasil.com/simbologia-de-poliamor/>>.
Acesso em: 20 Ago. 2019.

Igual a outros movimentos sociais, como LGBT, Demisexual, Transgênero, Assexual, etc. (OBSERVATORIOG), o poliamor tem a sua própria bandeira representando a infinitividade do amor. O *site* Poliamor Brasil diz:

[...] conformada por três linhas horizontais, azul (honestidade), vermelha (amor ou paixão) e negra (solidariedade com as pessoas que devido as travas sociais ainda não podem falar livremente que são poliamorosos). No centro, na faixa vermelha, traz um símbolo que pode ser a letra grega Pi (π) ou os já mencionados símbolos do coração entrelaçado com o infinito. A letra Pi é a inicial de “poli” ($\pi\omicron\lambda\upsilon$) em grego (POLIAMOR BRASIL).

Vejamos na figura abaixo as suas bandeiras:



Figura 3 - Bandeiras Poliamor.

Fonte: Disponível em: <<http://poliamorbrasil.com/simbologia-de-poliamor/>>. Acesso em: 20 Ago. 2019.

A noção de poliamor parte do pressuposto da igualdade de direitos entre as pessoas. Nessa formatação familiar, o homem relaciona-se com diversas mulheres que, por sua vez, elas também têm a mesma liberdade, ou seja, podem relacionar com diversos homens. Então, “cabe a cada pessoa definir o tipo de relações que quer para si, e não se limitar aos modelos rígidos que a sociedade lhe impõe” (MARQUES, 2017).

3.2. EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Após anos de avanços das leis, baseadas nos preceitos religiosos, foram separados os poderes constitucionais, visto a história e seus acontecimentos dos chamados Estados religiosos (JUNIOR, 2015). Em tempo presente, o Poder Judiciário reforça o avanço rumo à consolidação dos preceitos norteadores da Lege Magore, dando às pessoas a liberdade em sua vida íntima e privada. Junior (2015) destaca que sobressaíram a igualdade, a liberdade, a dignidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, assim dando mais segurança jurídica às pessoas que querem ter relações poliafetivas.

Por existirem em pouca quantidade e visibilidade, os relacionamentos poliafetivos não têm o foco midiático. Também podemos destacar que no mundo acadêmico esse formato familiar tem poucos estudos, sobretudo no interior do Direito, que até o momento não está dando uma atenção especial a temática aos novos formatos familiares.

A Constituição Federal de 1988 ressalta “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e como diz Moraes (2013, p. 24): “[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas [...]”, afastando

“[...] das concepções transpessoalistas de Estado e nação, em detrimento da liberdade individual”.

A Constituição Federal brasileira veda o preconceito em relação a raça, sexo, cor, idade, origem (art. 3º, IV - “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), assim sendo, o arranjo constitucional de 1988 impede diferenças que possam colocar obstáculos ao pluralismo da sociedade.

Com a evolução da sociedade e da tutela estatal cerceativa, dentro da órbita jurídica protecionista de ideias opressoras e preconceituosas do conceito de família, limitando a vontade da pessoa pela busca da felicidade, passa a ignorar a sua dignidade e vários outros preceitos de um Estado Democrático de Direito declarado laico. Buscando, assim, um entendimento jurídico ao tema da união estável ou casamento poliafetivo.

As observações do Ministro Gilmar Mendes, sobre o significado “[...] da união homoafetiva como afirmação de direito de minoria [...]”, em ADI nº 4.277/DF (2011, p. 778), são relevantes para o tema aqui discutido:

É evidente também que aqui nós não estamos a falar apenas da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de uma dada política pública. Nós estamos a falar, realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional.

Sabemos que relacionamentos entre pessoas sempre existiram e eles precisam da salvaguarda do Estado. Na formato amoroso em discussão, tenham ou não filhos, as pessoas envolvidas na relação não podem ser excluídas da formação de uma união estável. Aqui não se busca somente dar as garantias patrimoniais de uma relação, mas oferecer os direitos civis, sociais e políticos aos casais heterossexuais e homossexuais.

Os textos discursivos sobre o tema salientam que a poligamia sempre foi exercida entre os seres humanos. Quanto a isto, vejamos o que diz uma reportagem da Revista Veja (2012):

É a união reprodutiva entre mais de dois indivíduos de uma mesma espécie. Entre os humanos, já foi a regra. O Velho Testamento faz várias referências ao assunto. O personagem Jacó, por exemplo, teve duas esposas e 12 filhos, que teriam dado origem às doze tribos de Israel. Ainda é praticada no

Oriente Médio e em partes da África e da Ásia, além dos Estados Unidos, onde seitas fundamentalistas, não reconhecidas pela organização principal da religião mórmon, a Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias, permitem o casamento poligâmico. Regulamentada pelo Alcorão, é relativamente comum no mundo islâmico, apesar de estar perdendo adesão. O profeta Maomé chegou a ter 16 esposas, mas hoje o permitido são, no máximo, quatro. Foi proibida no Nepal em 1963, na Índia, parcialmente, em 1955, na China em 1953 e, no Japão, em 1880. **Nunca foi permitida no Brasil** (grifo nosso).

Na reportagem da revista, podemos ver que a prática da poligamia foi permitida, mas deixou, com o passar do tempo, de ser praticada em muito países (Nepal, Índia, China e Japão). É importante destacar, que ela nunca foi permitida em terras brasileiras.

Antes mesmo da conjugação da liberdade da fé santíssima, a prerrogativa do direito de ter reconhecida a relação estável entre mais de duas pessoas vem do combate a qualquer forma de discriminação societal e da busca da felicidade consigo mesmo (JUNIOR, 2015). Desse jeito, temos que discutir o tema sem levar em consideração os preceitos religiosos e sim pensar sempre como o diálogo e a compaixão com outro possam nos ajudar a entender racionalmente a poligamia.

Junior (2015, p. 65) destaca:

Não se trata, do acolhimento, pelo Direito, de dogma religioso, mas sim no reconhecimento de uma situação fática, na qual é irrelevante qualquer condicionante de cunho religioso. A religião, aqui, tem relação com a moral e, embora também se refira ao exercício das liberdades individuais intrínsecas do ser humano, não prepondera sobre o direito humano fundamental de se buscar a felicidade, assegurado universalmente independente da fé professada.

No geral a religião tem uma papel muito relevante na constituição familiar, mas o Direito não pode deixar se levar pelos preceitos da fé santíssima e sim, sempre pensar na evolução da sociedade e nas transformações vindas dela.

Se pensarmos a poligamia sob o ordenamento jurídico, essa prática não se encaixaria constitucionalmente na igualdade entre as pessoas e nem no respeito ao outro. Para muitos é irrelevante a sexualidade das pessoas envolvidas nessa relação. Assim, o Direito não pode tutelar o instinto sexual dos que, reunidos em núcleo familiar, passam a conviver. Desse jeito, a significância jurídica aparece quando

essas pessoas se unem e em torno do núcleo familiar, pois é essa instância institucional que merece proteção.

3.3. FAMÍLIA, POLIGAMIA, DIREITO E ESTADO

O Direito de Família busca discutir e regulamentar as interações familiares, sempre olhando para o instituto da guarda, tutela, curatela, alimentos, relações de parentesco, regime de bens, filiação, casamento e união estável (JUNIOR, 2015; MARQUES, 2017). O problema é que na atualidade vem aparecendo discussões sobre os novos formatos familiares, que estão a margem da regulamentação legal.

Sabemos que a família na contemporaneidade, sendo a principal instituição da sociedade, não carrega um único conceito. A família, os papéis que os homens e as mulheres desempenham no interior familiar estão evoluindo, então, é natural que o conceito de família passe por transformações sociais.

Bem como diz o Ministro Ayres Britto, em ADI nº 4.277/DF (2011, p. 645-646):

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêm tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se

constituir no asilo “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado pedaço de chão no mundo. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

Existem diversas maneira de família, que não pode subordinar ao Estado para que possa receber sua proteção. Nesse sentido, cabe ao Direito progredir intelectualmente para entender as diversas maneiras de família. Sobre isto é oportuno os dizeres do Ministro Luiz Fux, em ADI nº 4.277/DF (2011, p. 667-668):

Poderia dizer-se, com algum cinismo, que se trata de “ato jurídico inexistente”, vetusta e míope categorização, felizmente há muito abandonada. (É curioso recordar, aliás, que as clássicas lições do Direito Civil não raro mencionavam, como exemplo de “ato jurídico inexistente”, o casamento entre pessoas do mesmo sexo...) Como já se sabia em Roma, ubi societas, ibi jus (onde está a sociedade, está o direito) – o direito segue a evolução social, estabelecendo normas para a disciplina dos fenômenos já postos. Não é diferente neste caso: o ato de constituição da união homoafetiva existe, ocorre e gera efeitos juridicamente relevantes, que, portanto, merecem tratamento pelo direito.

Sabemos que o laço que prende uma família é o afeto. Para Louzada (2011, p. 21), “[...] o amor e o afeto independem de sexo, cor ou raça [...]”, recordando sempre ser essencial “[...] que se enfrente o problema, deixando de fazer vistas grossas a uma realidade que bate à porta da hodiernidade, e mesmo que a situação não se enquadre nos moldes da relação estável padronizada [...]”. O Ministro Ayres Britto (2011, p. 646), em ADI nº 4.277/DF, destaca:

Família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. O que a credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente

estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como 'a Pátria amplificada').

Como elemento coesivo da família, o afeto foi apontado na ementa do RE nº 477.554 AgR/MG, pelo Supremo Tribunal Federal (2011):

A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família.

Então, nesse ponto, o Estado não pode interferir na vida íntima da pessoa, pois ela tem na liberdade o direito de encontrar a felicidade. Se a busca da felicidade está num encontro hétero ou homo ou, ainda, múltiplo, logo, tal assunto é de inteira responsabilidade apenas das pessoas envolvidas e não do Estado.

Em pleno século XXI, a formação familiar vai para além do mero ato sexual não pela alteração normativa e sim pela evolução jurídica consolidada pelo Superior Tribunal Federal em ADI nº 4.277/DF. Reforçando ainda mais essa ideia, a noção de casal, que para Ferreira (1986, p. 362) “[...] exigia diversidade de sexo, hodiernamente também é utilizado para identificar homem e homem ou mulher e mulher”.

As pessoas envolvidas que estabelecem uma convivência nesse novo formato constituem em obstáculos a serem trabalhados pelo Direito, pois recusar o reconhecimento dessa formação constitui quebra dos princípios constitucionais sagrados. São exatamente esses direitos que dão o reconhecimento normativo da união entre homossexuais. Junior (2015, p. 70-72) destaca eles:

a) Princípio da Igualdade. A família constituída por mais de duas pessoas não pode ser discriminada porque, como dito na ementa do RE nº 477.554 do STF, de lavra do Min. Celso de Mello (2011), “Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independente de orientação sexual ou de identidade de gênero”, resultando que “A família resultante de união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas”. Tratar de forma diferenciada família baseada

no amor e no afeto porque formada por mais de suas pessoas importa violação ao princípio da igualdade.

b) Princípio da Liberdade. A pessoa que livremente opta por viver num relacionamento múltiplo tem violada a autonomia de sua vontade, impedindo-a de desenvolver sua sexualidade da forma que melhor lhe aprouver.

c) Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O relacionamento entre mais de duas pessoas merece o reconhecimento, a consideração e o respeito, pois constitui meio de se buscar a felicidade.

d) Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade. O impedimento para a existência de um relacionamento entre mais de duas pessoas apenas se justificaria se houvesse outro bem jurídico, de igual hierarquia, tutelado; ausente essa condicionante, entretanto, a negativa do reconhecimento do status de família para união entre mais de duas pessoas constitui preconceito moral. No STF, em voto do Min. Celso de Mello (2011, p. 296-297), está dito ser “arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual”.

e) Princípio da Segurança Jurídica. A incerteza sobre as consequências jurídicas do relacionamento entre mais de duas pessoas geram insegurança jurídica para os que dela participam e também para a sociedade. Pilar JuárezPérez (2012, p. 41) lembra que, na Espanha, a ausência de uma regulamentação sobre a poligamia gera decisões conflitantes, “que vão desde sua tipificação como delito penal até a concessão de importantes efeitos de ordem social”, resultando numa conclusão “tão inevitável quanto lógica: a necessidade de dotar de uma maior segurança e previsibilidade jurídicas as respostas dos nossos tribunais para a instituição da poligamia, que em sua máxima extensão somente pode advir da mão do legislador, que até o momento a tem ignorado quase por completo”.

Quanto ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, possui a premissa de que todos têm o direito de buscar a sua felicidade. Assim, sublinha o Ministro Celso de Mello, em RE nº 477.554 AgR/MG (2011):

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)- significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivção desse princípio no plano do direito comparado.

Na Carta Magna, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana concebe a garantia de que a pessoa deve ser tratada com dignidade, que, por sua vez, pressupõe um respeito as todas crenças pessoais. Na individualidade, o trato da dignidade não se pode submeter aos interesses coletivos, ou seja, a busca da felicidade não pode ser interrompida por uma norma jurídica. De acordo com a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 1776:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem, por qualquer contrato, privar ou despojar sua posteridade; ou seja, o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, e de buscar e obter felicidade e segurança.

Na Constituição Federal brasileira, art. 3º, IV, também realça o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que também podemos chamar de princípio constitucional do bem comum, quando destaca "promover o bem de todos, sem

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O que estamos chamando de princípio constitucional do bem comum reconhece o direito inerente a todos de não serem diferenciados injustamente. Nessa mesma direção, dispõe o *caput* do art. 5º da Carta Magna, Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, podemos destacar constitucionalmente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[..]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

De acordo com Moraes (2013, p. 321), “os direitos fundamentais, especialmente os direitos individuais, procedem à limitação do poder político na medida em que estatuem, relativamente ao Estado e aos particulares [...]”. Isto significa que os direitos fundamentais são os balizadores do processo de interação entre Estado e pessoa, ou seja, o Estado precisa respeitar os direitos individuais de cada pessoa.

Hoje muitas ações julgadas pelo Poder Judiciário estão sendo desfavoráveis para o reconhecimento da pluralidade na formação familiar. Quanto a isto, o *site* Poliamor Brasil destaca:

O Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu, no dia 26 de junho de 2018, que os cartórios brasileiros não podem registrar uniões poliafetivas, formadas por três ou mais pessoas, em escrituras públicas. A maioria dos conselheiros considerou que esse tipo de documento atesta um ato de fé pública e, portanto, implica o reconhecimento de direitos garantidos a casais ligados por casamento ou união estável – herança ou previdenciários, por exemplo. Na decisão, o CNJ determina que as corregedorias-gerais de Justiça proíbam os cartórios de seus respectivos estados de lavrar escrituras públicas para registrar uniões poliafetivas. A decisão

atendeu a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões, que pedia a suspensão “em nome dos bons costumes”.

CONCLUSÃO

A nossa meta com este artigo foi oferecer uma pequena contribuição para o entendimento da união poliafetiva no interior do Direito e do Estado. A discussão foi apoiada em alguns textos discursivos sobre o tema da poliafetividade e em matérias jurídicas que apontam os conflitos e seus efeitos no mundo jurídico.

Acreditamos que os objetivos e a hipótese destacados no início do texto foram atingidos e as observações feitas ao longo do texto permitem concluir este artigo ressaltando alguns pontos para reflexão: a) conceitualmente a união poliafetiva vem ganhando destaque no interior da sociedade e esse tipo de configuração precisa ser visto pelo Direito como um direito de todos que desejam adentrar nessa comunhão amorosa. b) a evolução das relações sociais vem impactando o *modus operandi* do processo de interação das pessoas, pois novas maneiras de vivências veem sendo constituídas e isto está fazendo com que diversas pessoas reflitam sobre o tema e c) a família, a instituição mais antiga da terra; poligamia, uma forma diferente de relação; Direito, uma ciência que oferece um entendimento da vida em jurisprudência; Estado, a entidade superior que organiza a sociedade. Assim, família, poligamia, Direito e Estado são temas que não podem ficar de fora quando queremos entender as relações de gênero.

Assim, dada à importância da poliafetividade na atualidade, é interessante pensar na necessidade de conhecer ainda mais a união poliafetiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 Ago. 2019.

DIREITOS HUMANOS. Declaração de Direitos do Estado da Virgínia. 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 18 Ago 2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

JUNIOR, Vladimir Polízio. A possibilidade jurídica da união estável ou casamento entre mais de duas pessoas: interpretação conforme a Constituição. *Revista Quaestio Iuris*, v. 8, nº 1, 2015. Acesso em: 25 Ago. 2019.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. *Evolução do conceito de família*. Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal, Número 13, 2011. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2011;1000981382>>. Acesso em: 15 Ago. 2019.

OBSERVATORIOG. Conheça o significado de 9 bandeiras que representam os LGBTs. Disponível em: <<https://observatoriog.bol.uol.com.br/listas/2019/06/conheca-o-significado-de-9-bandeiras-que-representam-os-lgbts>>. Acesso em: 26 Ago. 2019.

POLIAMOR BRASIL. Disponível em: <<http://poliamorbrasil.com>>. Acesso em: 26 Ago. 2019.

MARQUES, Alinne de Souza. *União poliafetivas: o reconhecimento no Direito brasileiro*. 2017. Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/unioes-poliafetivas-o-reconhecimento-no-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 26 Ago. 2019.

MOITINHO, Rodrigo Moitinho; LORENZO, Deivid Carvalho. *Poliamorismo e o reconhecimento das relações poliafetivas como núcleo familiar*. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64819/poliamorismo-e-o-reconhecimento-das-relacoes-poliafetivas-como-nucleo-familiar>>. Acesso em: 20 Ago. 2019.

MORAES, Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REVISTA VEJA. Sociedades poligâmicas são mais violentas, diz pesquisa. 2012. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/ciencia/poligamia-gera-sociedades-violentas-afirma-pesquisa>>. Acesso em: 20 Ago. 2019.

SANTOS, Anna Isabella de Oliveira e VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Poliamor: conceito, aplicação e efeitos*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS. Volume XII, Número 2, 2017.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. *A poligamia e a desigualdade entre homens e mulheres*. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-poligamia-e-a-desigualdade-entre-homens-e-mulheres/>>. Acesso em: 20 Ago. 2019.

STF. ADI nº 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, por unanimidade, j. 05/05/2011, p. DJe 10/10/2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>.
Acesso em: 19 Ago. 2019.

STF. RE nº 477.554 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, por unanimidade, j. 16/08/2011, p. DJe 06/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>
Acesso em: 19 Ago. 2019.

VIDA POLIAMOR. Disponível em: <<https://vidapoliamor.wordpress.com/bem-vindoa-a-vidapoliamor/>>. Acesso em: 26 Ago. 2019.

O CONFLITO DE PRINCÍPIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Em tempos de pandemia, onde a dinâmica social foge aos padrões da normalidade, uma das principais questões a ser enfrentada pela comunidade jurídica diz respeito à solução a ser empregada diante de aparente antinomia normativa, considerando a dicotomia decorrente das restrições de direitos e garantias individuais face à necessidade de implementação de medidas de distanciamento social.

Em verdade, a sociedade, não só a brasileira, visto que a situação excepcional decorrente da pandemia do novo Coronavírus é um fenômeno de escala mundial, tem sido obrigada a lidar com situações onde as liberdades individuais têm sido mitigadas em decorrência das restrições impostas pelo Poder Público, para implementação de políticas públicas para o enfrentamento da situação de emergência de saúde pública vivenciada mundialmente.

Neste contexto, tem emergido a existência de pretensões que repousam muitas vezes em normas “aparentemente” contraditória. Os decretos e atos normativos editados pelo Poder Público, dispendo sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública por conta da COVID-19, com fundamento em valores constitucionais, trazem algumas restrições às liberdades e aos direitos individuais, com o desiderato maior de preservar o interesse público de preservar vidas e a saúde das pessoas.

Neste interim, diante do caso concreto, deve haver o sopesamento entre os valores envolvidos, para, ao final, optar-se pela prevalência de um deles, sem que seja preciso reconhecer a norma preterida como inválida.

Restringir, em certas circunstâncias, os direitos individuais não significa negar vigência às normas que lhes dão suporte. Como leciona Norberto Bobbio:

“Um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em idéias opostas): consideram-se, por exemplo, o valor da liberdade e o

valor da segurança como valores antinômicos, no sentido de que a garantia da liberdade causa dano, comumente, à segurança, e a garantia de segurança tende a restringir a liberdade; em consequência um ordenamento inspirado em ambos os valores se diz que descansa sobre princípios antinômicos[1].

Como se vê, embora contraditórias, a coexistências de normas desta natureza é plenamente admissível, já que, diante de determinadas circunstâncias, é que se irá enxergar a curvatura a ser feita em favor de um destes valores, sem que o outro deixe de pertencer validamente ao ordenamento.

É certo que a Constituição Federal, em nível principiológico, além do direito à vida e à saúde, assegura a liberdade de locomoção, a livre iniciativa e o direito ao trabalho. Na situação vivenciada por conta da pandemia do Novo Coronavírus, enquanto as restrições impostas pelo Poder Público se apoiam nas normas que asseguram o direito à vida e à saúde, pessoas físicas e jurídicas lançam pretensões calcadas nos direitos individuais de ir e vir, da livre iniciativa e do trabalho.

A triste realidade decorrente da pandemia do Coronavírus fez com que, diante do caso concreto, os valores que alicerçam os direitos e garantias individuais se mostrassem em situação de aparente conflito com as medidas de distanciamento social impostas pelo Poder Público.

Para solução do aparente conflito principiológico que se evidencia, impõe-se a compreensão do real significado dos princípios e os caminhos indicados pela doutrina para que esses valores, ainda quando em conflitos, possam coexistir harmonicamente no sistema normativo.

Ao lado das teorias que procuram a distinção entre princípios e regras através do grau, seja de abstração, generalidade ou fundamentalidade, existem as que buscam um caráter lógico para este proceder. Virgílio Afonso da Silva, atento a isto, observa que a principal diferença entre ambas as propostas é facilmente identificável. O conceito de princípio na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz quanto sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um mandamento nuclear de um sistema, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa, e não de sua fundamentalidade.

O critério que nos parece mais útil à solução da celeuma instaurada é o que procura identificar a regra ou princípio através de sua estrutura normativa. A regra é uma construção feita pelo intérprete onde se obtém do texto normativo uma hipótese e uma consequência (dado A, deve ser B), nos princípios não é possível

chegar a essa estrutura, sendo apenas valores tidos como importantes para o Direito. As regras, se são válidas, devem ser aplicadas, havendo regras antinômicas, uma das duas deve ser excluída do sistema. Já os princípios, podem não se realizar totalmente, sem que se tenha por afetada a sua validade.

As regras, por expressarem deveres definitivos, devem ser aplicadas na exata medida daquilo que prescrevem. Os princípios, por revelarem direitos e deveres *prima facie*, têm o grau de realização variável, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Segundo Robert Alexy, "os princípios são normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Por isso são eles chamados de mandamentos de otimização." [2]

Então chega-se à conclusão de que só os princípios admitem o sopesamento e ponderação no momento de serem realizados, sendo isto apenas possível em face da ausência da estrutura normativa hipótese – consequência, característica peculiar das regras. Contrário senso, toda vez que se chegar a uma estrutura reveladora de deveres definitivos (dado A deve ser B) de forma não haja espaço para ponderações, devendo realizar-se o exato quanto prescrito, estaremos diante de uma regra. Não havendo essa estrutura, mas tão somente valores reveladores de deveres e direitos *prima facie*, sendo possível ponderação e sopesamento, o que se tem é um princípio.

Deste modo, sendo os direitos à Liberdade, à Saúde e ao Trabalho alçados à categoria de princípios constitucionais, a realização deles deve ser graduada em função das circunstâncias do caso concreto.

Feitas estas considerações, resta evidente que a solução para acomodar o conflito de valores decorrente da situação da Pandemia do COVID-19 passa necessariamente pela ponderação e sopesamento dos valores constitucionais envolvidos. Nesta linha, ponderando e sopesando de um lado os princípios da liberdade, livre iniciativa e do trabalho e, de outro, os princípios do direito à vida e à saúde, parece inquestionável que, na situação atual, a curvatura deve se dar em favor destes últimos.

É importante lembrar que nenhum direito possui caráter absoluto, mesmo que de hierarquia constitucional. A situação concreta reclama que as liberdades individuais sejam mitigadas em prol do interesse da coletividade, especialmente em função da necessidade de se preservar a vida e a saúde das pessoas, todavia, essas limitações precisam ser justificadas e necessárias.

Desta forma, as normas constitucionais que veiculam os direitos e garantias fundamentais de ordem individual não podem servir de subterfúgio para afastamento das restrições impostas pelo Poder Público, considerando que estão calcadas em princípios constitucionais e se revelam medidas absolutamente necessárias para assegurar o direito à vida e à saúde das pessoas.

Afastar, em situações especiais, o espectro de incidência de um determinado princípio em prol de outro não significa negar vigência ou reconhecer a supremacia de nenhum deles, mas aceitar a generosidade inata a esta espécie normativa, que permite que um deles ceda espaço para o outro, através do caminho da ponderação e sopesamento.

Todavia, na medida em que a ciência indica a existência de segurança para flexibilização das restrições impostas, algumas atividades devem ser retomadas de forma gradativa e responsável.

As restrições às liberdades individuais só se justificam na medida absolutamente necessária à preservação de valores de igual envergadura, como o direito à Vida e à Saúde.

Então, na medida em que se torna possível a retomada gradual das atividades sociais, com respaldo em critérios científicos, sem colocar em risco a Saúde e a Vida da população, a flexibilização é medida imperativa, sob penas de restrições antes legítimas se tornarem arbitrárias.

REFERÊNCIAS

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

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos, 10ª ed., Brasília: ed. UNB, 1999.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

JR, Hélio Silva. *Direito de Igualdade Racial: Aspectos Constitucionais, Cíveis e Penais: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*. 11ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras. mitos e equívocos de uma distinção*. <[http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios e regras.pdf](http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)>.

NOTAS:

[1] Bobbio, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p.90.

[2] SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e Regras. mitos e equívocos de uma distinção*.p.3

A SELETIVIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL: UM REFLEXO DO RACISMO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO E A TEORIA DO LABELING APPROACH

CINTHYA RAQUEL DE MOURA SOUSA:

Técnica em Informática pelo Colégio Agrícola de Teresina (CAT - UFPI). Pedagoga pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Especialista em Informática na Educação pelo Centro de Educação Aberta e a Distância (CEAD-UFPI). Cursando Direito no Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL[1]

(orientador)

Resumo: O Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) trouxe, em 2017, que 63,6% da população carcerária nacional são de pessoas de cor/etnia pretas e pardas, para além disso, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2019, apontou que 74,4% das vítimas de mortes violentas intencionais provocadas pelas Polícias no ano de 2018 eram negros. Partindo disso, o presente artigo tem por escopo a seletividade no sistema penal brasileiro em decorrência do racismo institucional a partir da teoria criminológica do *Labeling Approach* a fim de compreender como essa teoria explica a relação existente entre o racismo estrutural, a opressão do sistema penal e as consequências do etiquetamento aos sujeitos. Nessa esteira, a pesquisa é de natureza qualitativa de cunho bibliográfico. Como resultado, percebeu-se que, a violência racial no Brasil é fruto de uma política racista iniciada com o tráfico de negros da África, na colonização, depois, com o fim da escravidão, ganhou suporte no racismo científico, com isso, a sociedade brasileira se moldou a partir da discriminação do corpo negro, que recebeu o rótulo de criminoso ao ser representado, historicamente, como um sujeito violento e criminoso. Indo além, a teoria da etiquetagem explica que o rótulo é peça fundamental para a construção do criminoso e, em consequência, das repressões por parte do sistema penal. Por fim, conclui-se que, o Estado propaga um estereótipo criminal ao imaginário social no passo que o sistema penal pune e criminaliza, inúmeras das vezes, o negro, já etiquetado/rotulado, por questões raciais e não por suas práticas.

Palavras-chave: Direito Penal. Encarceramento. Racismo. *Labeling Approach*.

Summary: Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias or National Survey about Penitential Info) in 2017 showed that 63,6% of the national prison population is made of the brown and black ethnicity. Besides, the Anuário Brasileiro de Segurança Pública (Brazilian Annuary of Public Security) pointed out in

2019 that 74,4% of the victims of violent deaths intentionally provoked by police officers in 2018 were black. From that premise, this article's scope is the selectivity of the Brazilian penal system caused by institutional racism on a foundation of the criminological theory about the Labeling Approach. This concept explains the relation between structural racism, the Brazilian penal system's oppression, and the consequences of labeling individuals. The research's nature is qualitative and based on bibliographies. As a result, it was noticed that racial violence in Brazil is caused by its racist policy that initiated with the slave trade in Africa, then, in the colonization and when slavery ended, gathered support with scientific racism. Based on those facts, it is clear that Brazilian society casted itself over the discrimination of the black body, which was labeled as a criminal in its representation. Historically, black individuals are seen as violent and criminal. Also, the labeling approach theory explains that the label is fundamental for the criminal's construction, and as a consequence, there are the repressions made by the criminal justice system. It is concluded that the State spreads the stereotype of a criminal in the social imaginary. At the same time, the penal system punishes and criminalizes black individuals that are already labeled for racial reasons and not for their actions.

Key-words: Criminal Law. Incarceration. Racism. Labeling Approach.

Sumário: Introdução – 1. As Raízes do Racismo Institucional. 1.1 A escravidão negra. 1.2 O corpo negro no pós-abolição. 1.3 O “embranquecer” do Brasil. 2. Criando o Etiquetamento. 2.1 Criminalização Primária. 2.2 Criminalização Secundária. 2.3 As “cifras negras” ou “cifras ocultas” do Direito Penal. 3. Racismo e o Etiquetamento: teoria do *Labeling Approach*. 3.1 Teoria criminológica do *Labeling Approach*. 3.2 Seletividade do sistema penal e o *Labeling Approach*. 3.3 Consequências do estigma ao sujeito negro. 4. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal preconiza a igualdade das pessoas ao dizer que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988). Partindo disso, o sistema penal (a tríade formada pela atuação legislativa penal, os agentes de segurança pública e o Poder Judiciário) tem como objetivo o controle e punição de determinadas ações e omissões. Ele se utiliza do artigo 5º da Constituição como pilar sustentador para o tratamento igualitário, sem que sejam feitas discriminações.

Entretanto, a realidade do sistema penal vai de encontro ao discurso que o Direito Penal é igualitário e imparcial, pelo contrário, o sistema penal é discriminatório e seletivo, recrutando de forma majoritária as camadas menos

desfavorecidas: a população pobre e negra. Isso fica evidente nas estatísticas, que comprovam que a população carcerária é majoritariamente constituída de negros.

De acordo com o “Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil”, realizado no período de 2005 a 2012, existia mais negros presos no Brasil, que brancos. Em 2005 a porcentagem da população negra encarcerada era de 58,4%, já em 2012 a porcentagem subiu para 60,8% da população prisional. Tais dados deixam evidente que quanto mais a população prisional no Brasil cresce, mais cresce o número de negros encarcerados.

Indo além, o Departamento Penitenciário Nacional através do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) traz informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro e em relação ao dado sobre a cor ou etnia da população prisional, o levantamento realizado em 2017 trouxe que 63,6% da população carcerária nacional são de pessoas de cor/etnia pretas e pardas.

Outro dado importante está no Atlas da Violência de 2019 em que se verificou a continuidade de um processo já existente, o aprofundamento da desigualdade racial no que diz respeito aos indicadores de violência letal no Brasil, pois no ano de 2017, o Atlas mostrou que 75,5% das vítimas de homicídios eram de indivíduos negros (aqui corresponde a soma de indivíduos pretos ou pardos, conforme classificação do IBGE) ao passo que a taxa de não negros (brancos, amarelos e indígenas) foi de 16%. Outro ponto a se observara através do Atlas é que no período de uma década (2007 a 2017), a taxa de negros cresceu 33,1%, enquanto a de não negros apresentou um pequeno crescimento de 3,3%.

Tais dados relevam que a população negra possui o maior índice de encarceramento, ademais, sabe-se que, historicamente, os negros sofrem diversas opressões por parte do Estado, seja pelo não acesso às políticas públicas e aos direitos mais elementares ou por parte da polícia, que é considerada e constatada como uma das polícias mais violentas do mundo, de acordo com a edição de 2019 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública. O levantamento aponta que 11 a cada 100 mortes violentas intencionais foram provocadas pelas Polícias no ano de 2018, destaca ainda que ocorreram 6.220 mortes causadas por policiais nesse mesmo ano, sendo que 74,4% das vítimas eram negros.

Isso deixa evidente a existência de um racismo institucionalizado, que diz respeito a um tratamento diferenciado entre raças e dessa maneira, a cor da pessoa é determinante seja para a realização de abordagens policiais como para realização de outros procedimentos correspondente.

Dessa maneira, de acordo com o exposto, a presente pesquisa tem como foco central a seletividade da justiça criminal. Tem-se, ainda, a seguinte problematização: **Como o racismo institucional cria estereótipos criminais?** E para responder tal questionamento, utilizar-se-á da teoria do *Labeling Approach* ou teoria do etiquetamento social, que é uma teoria criminológica que procura explicar o porquê da seletividade existente no sistema penal.

No intuito de alcançar a resposta da problematização, tem-se como objetivo principal, compreender como o racismo institucional influencia na seletividade do sistema penal à luz da teoria do *Labeling Approach*. Assim, para que tal objetivo seja alcançado, tem-se como objetivos específicos: analisar a relação existente entre o racismo e a seletividade do sistema penal; conceituar a teoria criminológica do *Labeling Approach* ou etiquetamento social; e, identificar os reflexos do racismo institucional na sociedade brasileira.

A presente pesquisa busca suporte em um referencial teórico pautado nas mais modernas doutrinas do Direito Penal e da Criminologia, bem como em pesquisas bibliográficas como periódicos e publicações científicas. Nesse sentido, procura-se apoio nos seguintes autores: Baratta (2013), Shecaira (2014), Vianna (2015), Silva (2015), Romano (2016), Leal e Vechi (2016), Borges (2019), entre outros autores que reúnem as ferramentas essenciais e eficazes para o desenvolvimento da pesquisa.

No que tange à metodologia, trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa, que “[...] trabalha com o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores e das atitudes” (MINAYO, 2007, p. 21), isto é, esse tipo de abordagem investiga os fenômenos que fazem parte da realidade social dos sujeitos pesquisados, que podem ser observados e analisados pelo pesquisador. Quanto aos procedimentos técnicos, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir de uma base já elaborada, isto é, a partir de documentos (livros, manuais, códigos, artigos científicos e periódicos) que servem como base para a construção da pesquisa, bem como para as conclusões do autor (GIL, 2008).

Quanto a motivação, o interesse pessoal pelo tema surgiu a partir de uma palestra assistida no X Congresso Piauiense de Ciências Criminais em que um professor convidado ao término de sua explicação disse que se pedisse para a plateia fazer o perfil de um criminoso, não seria retratado um branco e ruivo como ele. Outro fator decisório para justificar a pesquisa foi a minissérie estadunidense “Olhos que condenam” (*When they see us*, no original) sobre a condenação de cinco adolescentes negros, sem provas forenses ou testemunhas, por um estupro brutal em Nova York em 1989, do qual acabaram inocentados apenas em 2002.

A presente pesquisa visa contribuir, do ponto de vista acadêmico, ao buscar explicar o porquê certas pessoas e condutas são consideradas criminosas para o sistema penal enquanto outras passam à margem de qualquer perseguição. Dessa maneira, a relevância do tema está na procura por apresentar os reflexos do racismo institucionalizado na sociedade brasileira e a sua influência no sistema penal, que se apresenta de maneira discriminatória.

Num primeiro momento, apresenta-se um contexto histórico da construção do racismo na sociedade brasileira, que se inicia no tráfico de negros do continente africano, para serem escravizados no Brasil colônia, assim, tendo em vista que o sistema criminal foi instituído a partir da subjugação e extermínio do corpo negro, que refletem até os dias de hoje, na sequência, traz-se a criminalização primária e criminalização secundária, bem como as “cifras negras” do Direito Penal, que estão associadas à teoria do *Labeling Approach* ou do etiquetamento e explicam como são definidos os “clientes” do sistema penal. Por fim, apresenta-se o conceito e o contexto histórico em que se fundou a teoria do *Labeling Approach*, bem como sua relação com as questões raciais com o intuito de demonstrar como o racismo atua no Direito Penal e é percebido na violência institucional oriunda das agências repressoras, que agem de maneira seletiva e parcial.

1. AS RAÍZES DO RACISMO INSTITUCIONAL

No Brasil, o Estado, de maneira velada, utiliza um discurso de medo ao indivíduo negro, o que incentiva e corrobora com a violência a esses sujeitos, visto que a sociedade brasileira “escuta” esse discurso genocida desde a colonização, em que, inicialmente, utilizou-se um discurso religioso para justificar a exploração do corpo negro (BORGES, 2019), tendo em vista que “o papel da Igreja, nesse contexto, foi alimentar a idéia [sic] de que o negro deveria obediência em resignação à condição de escravo e que estava necessitado de catequização pelo cristianismo” (CAÇÃO; REZENDE FILHO, 2010, p. 2-3).

Diante de tais constatações, é mister trazer o contexto histórico em que o Brasil se fundou para entender a relação existente entre racismo e sistema penal e compreender como e quando iniciou esse genocídio da população negra, no país. Ou seja, para se discutir sobre justiça criminal no Brasil é preciso “mergulhar” na história, tendo em vista que o racismo, nos dias atuais, é resultado de uma política do Estado historicamente fundada no controle e extermínio das populações negras e indígenas (FLAUZINA, 2006). Em outros termos, Borges (2019) explica que a questão racial é o pilar sustentador para a instalação da justiça criminal no Brasil, que se inicia no Brasil Colônia, com o tráfico de africanos.

1.1 A escravidão negra

A escravidão negra se tornou um negócio lucrativo no Brasil por volta do século XVII. Quanto ao início do tráfico de africanos para o Brasil, conforme explana Borges (2019), o tráfico iniciou em 1549, no século XVI, com o intuito substituir a mão de obra indígena, pois, Flauzina (2006) explana que a Coroa Portuguesa reconheceu a existência da “alma indígena” e os indígenas poderiam ser catequizados, assim, conforme complementam Cação e Rezende Filho (2010), a Igreja Católica passou a proibir a escravização de índios, salvo por guerra justa. Em outros termos, nas situações em que índios atacavam os portugueses, a escravidão indígena era validada pela Igreja.

Nessa situação, é mister entender que a venda de escravos vindos da África para o Brasil era um comércio lucrativo para a coroa portuguesa, por isso, até a proibição do tráfico transatlântico, por volta de 5 milhões de africanos tenham sido trazidos e escravizados no Brasil (BORGES, 2019). Ademais, para a sociedade da época, os negros, trazidos da África, eram como “coisas” e, conseqüentemente, propriedade de alguém, por isso, deviam sujeição a outros, por serem sua propriedade (CARVALHO, 2017), o que revela uma sociedade marcada pela desigualdade, violência e objetivação do corpo negro.

O escravo é considerado e colocado na posição de mercadoria, portanto sujeito a relações de alienação idênticas a qualquer coisa que possa ser de propriedade de alguém. O escravo não constitui um bem pessoal vinculado, mas é alienável ao arbítrio do proprietário. [...] Eles somente eram considerados como bem vinculado quando fizesse, tal qual os animais da fazenda, parte da hipoteca, como acessórios (CASTRO, 2016, p. 385-386).

Corroborando com esse entendimento, Nunes (2006) diz que o escravo é visto como uma “peça”, uma “coisa” pertencente ao proprietário e, por isso, pode ser vendido, alugado e comprado, além de entrar na contabilidade da fazenda junto com as cabeças de gado, as ferramentas e outros bens materiais.

Do ponto de vista cultural, não tinha mudanças significativas, na realidade, os negros eram tratados como animais, sem capacidade intelectual, e isso fica evidente na maneira que os senhores de engenho tratavam os recém-chegados da África, chamando-os de boçais, estúpidos, ignorantes, entre outras palavras chulas, pois os negros traficados não conheciam o idioma e nem os costumes do Brasil colônia, ademais, tais insultos instrumentalizava a inferiorização desses indivíduos, que

perdiam seu valor humano por conta do seu dialeto, da crença e dos ritos religiosos (CAÇÃO; REZENDE FILHO, 2010).

Dessa maneira, durante vários séculos seguintes, utilizou-se de mão de obra escrava, baseando-se em preceitos de etnia e origem. Em outros termos, o Brasil foi construído a partir do sequestro e da escravidão de pessoas negras advindas do continente africano, tendo em vista que o escravo negro foi a primeira mercadoria do colonialismo (BORGES, 2019).

Nesse período, conforme explana a autora supracitada, a ideologia predominante era do trabalho como uma atividade disciplinadora aos “desalmados”, termo usado pela Igreja Católica para se referir aos negros. Por isso, tanto castigo quanto punição eram práticas adotadas para evitar a desobediência e ensinar a disciplina, entretanto, tais atividades “disciplinadoras” apenas subjugavam esses sujeitos.

Com isso, o escravo ao tentar fugir e buscar sua liberdade era caracterizado como criminoso porque cometia um crime contra o direito de propriedade que a elite branca brasileira detinha, ou seja, a “semente” do Direito no Brasil está atrelado à proteção do patrimônio e a severas punições aos escravos que cometiam crimes - fugas, levantes, entre outros - contra seus senhores (BORGES, 2019).

[...] um aparato da barbaridade que, pela apropriação dos corpos e a imposição de toda sorte de mazelas, que vão da tortura psicológica às mutilações, investiu no disciplinamento da mão-de-obra, no controle das fugas e em todos os episódios de insurreição mais latentes que encontravam a morte como limite de sua expressão (FLAUZINA, 2006, p. 48).

A arquitetura do sistema penal, como se observa, é estruturada a partir da coordenação e controle dos corpos negros como subservientes, herança que, segundo Flauzina (2006, p. 46), “nunca conseguimos nos divorciar”. Nessa linha de pensamento, Nunes (2006) explica que o regime escravista no Brasil apresentava uma violência cotidiana naturalizada, que traduz a espinha dorsal do aparelho repressivo no país. E para o autor, esse cenário trouxe profundas marcas que são significativas pistas para compreender o racismo brasileiro atual, e, nessa mesma linha, Flauzina (2006) complementa ao dispor que a relação existente entre casa-grande e senzala são as matrizes do sistema penal brasileiro, um sistema punitivo.

Apenas no período iluminista, no século XVII, aparecem as primeiras ideias contrárias à escravidão, alguns dos pensamentos da época consideravam a escravidão como uma barbárie. Para além disso, existia um interesse econômico de

alguns países, já capitalistas, com o fim da escravidão, um exemplo foi a Inglaterra, que por conta de interesses econômicos, pressionava o Brasil contra a escravidão (CASTRO, 2016).

No século XIX, o sistema tradicional de exploração, ou seja, o escravagista tornou-se obsoleto em favor dos novos valores impressos pelo capitalismo, pela Revolução Francesa e pela Revolução Industrial. [...] Entretanto, a abolição da escravatura e o desenvolvimento do capitalismo não se aplicaram tão facilmente em algumas regiões específicas. Havia muitos interesses por detrás da velha estrutura de poder, sobretudo no Brasil (CAÇÃO; REZENDE FILHO, 2010, p. 4-5).

No Brasil, a escravidão perdurou por mais tempo em razão das políticas e ideologias promovidas pela velha estrutura de poder brasileira, uma vez que os interesses econômicos da elite era conservador tal qual a sociedade. Contudo, uma parte da elite econômica, familiarizadas com a ideia de liberdade aos escravos propagada pela Inglaterra, encontrava na escravidão um sistema maléfico que ia de encontro às disposições morais do homem e, principalmente, inibia o processo de industrialização, conseqüentemente, inibindo o capitalismo, que na época, já estava em um momento que não poderia ser contido (CAÇÃO; REZENDE FILHO, 2011).

Por conseguinte, de acordo com o autor acima citado, os escravos desejosos por uma nova ordem social, livre dos sofrimentos e do tratamento antinatural que os afligiam, passaram a lutar, também, por suas liberdades, através de rebeliões, fugas em massa, provocando debates, mobilizando a imprensa a fim de conseguir o fim da violência, da subordinação e ter a sonhada liberdade. O autor ainda explica que os conservadores, a partir do momento que perceberam que a abolição já ganhava um corpo sólido e temendo uma revolução tal qual no Haiti, criaram leis moderadas na intenção de enfraquecer o tráfico de escravos e adaptar os proprietários de escravo para a abolição, cada vez mais próxima. Alguns exemplos dessas leis, conforme traz Carvalho (2017), foi a proibição do tráfico negreiro através da lei Eusébio de Queiroz[2], em 1850, a lei do ventre livre[3] ou lei Rio Branco, em 1871, a lei Saraiva-Cotegipe[4] ou lei Sexagenário, em 1885.

Todas essas leis deixam evidente a posição, tímida, do Estado em não reconhecer mais legitimidade na escravidão, por isso, na década de 1870, o fim da escravidão no Brasil é mais do que nunca uma questão de tempo (COSTA, 2007). Nesse período, o abolicionismo se tornou o assunto do momento, trazendo uma agitação popular, principalmente nos centros urbanos, pois ser abolicionista significava ser moderno e favorável à civilização (CASTRO, 2016). Além do número

crescente de abolicionistas, que ganhava cada vez mais adeptos, outro fator decisivo para a abolição da escravidão foi o conflito internacional que envolvia o interesse capitalista da Inglaterra (Guerra contra o Paraguai), seguido de revoltas internas e fugas maciças de escravos.

Em consequência, formalmente, em 13 de maio de 1888 a escravidão foi abolida, com a Lei Áurea, sendo, o Brasil, um dos últimos países a abolir a escravidão.

Os abolicionistas cresciam em número, o movimento se agigantava no país, mas **o golpe de misericórdia veio mesmo dos próprios escravos que, com o auxílio dos abolicionistas, começaram a abandonar as fazendas causando o caos no trabalho e tornando a situação insustentável.** O desespero tomou conta dos escravistas que em vão tentaram incluir o exército no combate às fugas e rebeliões. **A saída era única: a abolição [...]** (CASTRO, 2016, p. 403-404, grifo nosso).

Aqui, é importante frisar que a princesa Isabel, uma vez que seu pai D. Pedro II estava ausente do país, apenas concordou em assinar a lei que já estava aprovada (CAÇÃO; REZENDE FILHO, 2010) e, assim, promulgou a lei nº 3.353, que aboliu a escravidão no Brasil, entretanto, a escravidão foi abolida apenas no papel, pois continuava ativa de forma clandestina. Para além disso, nenhum suporte foi dado aos negros após a abolição, isto é, eles ainda carregavam o estigma por conta de sua cor, bem como da característica física (CARVALHO, 2017).

1.2 O corpo negro no pós-abolição

A escravidão construiu para o corpo negro a representação de que eram seres biologicamente diferentes, mais próximo a animais e coisas, isto é, os negros eram vistos como objetos de posse dos brancos, estes considerados *indivíduos humanos*. Por causa disso, os escravos eram excluídos ou apartados do meio social e esse processo não muda nos pós-abolição (BORGES, 2019). Acerca disso, a autora ainda explana que o colonialismo usava uma filosofia religiosa para validar a superexploração do corpo negro, já no pós-abolicionismo, o estereótipo aparece como a nova lógica social para preservar a lógica de exclusão e, conseqüentemente, o extermínio da população negra.

Tal titularidade constitui mera formalidade, uma vez que, não será recebido como trabalhador livre no mercado de trabalho. [...] Não se nota qualquer providência legal, com vistas à integração dos novos cidadãos, pelo contrário, o jurista Rui

Barbosa, Ministro da Fazenda do Governo provisório republicano, promoveu a incineração de documentos referentes à escravidão africana no Brasil. Seu objetivo imediato era impossibilitar cobrança de indenizações prometidas pelos republicanos aos senhores de escravo, mas acabou por causar irreparável prejuízo à recuperação da memória nacional (PRUDENTE, 1988, p. 141).

Nessa esteira, torna-se evidente que o sonho da cidadania, pelos ex-escravos, não chegou com a abolição da escravidão no Brasil, pois aos negros foi dado o direito a ser livre, contudo, foi negado as condições dignas de vida. Em outras palavras, a essência das relações sociais, por conta da desigualdade social arraigada, não mudou em nada (NUNES, 2006). Para além disso, conforme explana Serafim e Azeredo (2011, p. 6), a abolição “engrossou o contingente de subempregados e desempregados”.

A atitude do Estado para a situação do negro “liberto” sempre foi omissa: a miséria material, a discriminação e a humilhação vividas pelos afrodescendentes são reduzidas à culpa deles mesmos, por meio de uma manobra ideológica que transforma o que é da esfera das relações de poder em algo natural, inerente à raça (NUNES, 2006, p. 91).

Tal situação fica evidente quando os negros não tiveram voz para falar sobre o fim da escravidão e muito menos qualquer proteção social, pois a Lei Áurea, como já analisado, foi apenas um papel para satisfazer os interesses da Inglaterra e do capitalismo, que se espalhava como nova ordem econômica.

[...] a cultura da escravidão não foi abolida quando decretado, juridicamente, a liberdade dos negros, e que a mentalidade preconceituosa, permeada de valores racistas da Europa, vigorou por longa data na sociedade brasileira e dificultou, com isso, a integração do negro, ex-escravo, na sociedade vigente desde o fim do século XIX (CAÇÃO; REZENDE FILHO, 2010, p. 14).

Como resultado do desamparo, Carvalho (2017) esclarece que os ex-escravos foram marginalizados e discriminados, tanto pelo Estado quanto pela população em geral, uma vez que a sociedade brasileira estava “inundada” de preconceito. Os ex-escravos deixaram os campos em direção à cidade na busca por melhores condições de vida, o que contribuiu para o crescimento populacional urbano, entretanto, eles

esbarraram em dificuldades maiores, por conta do preconceito racial (SERAFIM; AZEREDO, 2011).

Como resultado, foi criada uma norma para controlar e disciplinar esse contingente de negros, isto é, os juristas, que representavam o pensamento da minoria dominante, que deslegitimava o negro, dois anos após a abolição, em 1890, criam o segundo código penal^[5], que, ansiando um Brasil “civilizado”, construíam um ordenamento jurídico para disciplinar a população, tanto que, no Livro III, o código trouxe como contravenção a mendigagem, os ébrios, os vadios e a capoeiras, o que evidencia a intenção de criminalizar à ancestralidade do continente africano.

No caminho de eliminação do elemento africano “incivilizado” passa pela exclusão da herança cultural negra no Brasil, que tinha como principais aspectos a Capoeira e os rituais religiosos, colocados em prática em instituto repressivo positivado no ordenamento jurídico pelo estado, apresentado especificamente no Código Penal de 1890. [...] a capoeira e os rituais religiosos africanos foram criminalizados pelo primeiro código penal da República, não tanto porque estes representavam risco à sociedade, mas porque seus principais praticantes, os negros, eram vistos pela sociedade como perigosos, vagabundos, desordeiros (SERAFIM; AZEREDO, 2011, p. 7-8).

Acerca do exposto, Marcelino e Martins (2019, p. 65) trazem que esse código penal trazia essas criminalizações “na tentativa de obstaculizar a evidente expansão da cultura negra, por meio de sua música e dança”. Todavia, para os autores acima citados, a capoeira quando praticada pela elite branca, rica e influente da nova república não causava temor social e nem era vista como uma “doença moral”, pelo contrário, ela era vista como um “esporte”, reafirmando o caráter discriminatório que o Estado promovia entre negros e brancos. Em linhas gerais, de acordo com Theodoro (2008), o Estado brasileiro por ter se fundado sob bases escravocratas em nada muda no pós-abolição e isso acontece porque a escravidão negra serve como pilar na construção das estruturas sociais brasileiras. Dessa maneira, para o autor, o racismo nasce associado à escravidão, principalmente no pós-abolição quando começa a se estruturar um discurso fundado em teses de inferioridade biológica dos negros.

De modo geral, o papel do negro após a abolição, resume-se:

a maioria dos negros e mestiços foi mantida nos segmentos mais desfavorecidos da população, não só pela precariedade

das oportunidades oferecidas para a sua educação e aprimoramento profissional, como também pela preferência por pessoas de pele mais clara para ocupar os melhores cargos no mercado de trabalho (SOUZA, 2005, p. 142-143 *apud* CAÇÃO; REZENDE FILHO, 2010, p. 11).

Nessa linha de pensamento, Borges (2019), explica que o racismo atravessou a escravidão e acompanhou as transformações históricas da sociedade brasileira, estando presente e “latente” nas relações sociais e tendo o Estado como (re)afirmador dessas práticas.

Nesse interim, o decreto imperial assinado pela princesa Isabel traz à tona a desigualdade existente no Brasil, antes reconhecida juridicamente entre livres e escravos, e com o fim da escravidão, a equiparação jurídica entre todos os indivíduos fez sociedade se organizar a partir de uma nova visão de mundo, desta feita, o racismo científico é absorvido pela sociedade brasileira para a manutenção do poder e perpetuação da “supremacia” branca (COSTA, 2007).

1.3 O “embranquecer” do Brasil

A partir do racismo científico, surge, no Brasil, uma nova base teórica que traz a ideia de “melhoria genética”, uma corrente científica que versa sobre um mundo em que a raça branca é superior a negra, assim, esta, no ordenamento social, deveria ocupar posições subalternas. Isto é, a partir da “melhoria genética” a elite dominante encontrou uma alternativa para continuar a dominação sobre os negros e manter inalterada as assimetrias raciais criadas pela escravidão africana (FLAUZINA, 2006).

Segundo essa teoria racial, nas palavras de Abreu e Pereira (2011), o ser humano estava dividido e hierarquizado de acordo com sua raça, que passava às futuras gerações, em seu material genético, às características que possuíam e o homem europeu era a representação da superioridade, enquanto a raça negra é a representação da barbárie.

As características físicas e os aspectos culturais são hierarquizadas nesse sistema para garantir a subalternização desses povos por um discurso que contorna todas as esferas: moral, política, social, econômica e jurídica. Os discursos sobre o corpo e a moral da população negra foram fundamentais na constituição do racismo nas Américas e foram cruciais e determinantes para o sucesso da empreitada de hierarquia política e social do novo continente (BORGES, 2019, s/p).

Tais proposições eram pautadas em “[...] um jargão cientificista, evolucionista, determinista, positivista e também as proposições referentes ao racismo científico” (COSTA, 2007, p. 3) e tinha por objetivo “branquear” a sociedade brasileira através de imigração de europeus, a fim de apagar o lado africano e negro da sociedade brasileira, que já estava mestiçada; e colocar o país no mesmo nível das nações desenvolvidas. Assim, para isso acontecer, era preciso substituir os negros, escravos, que traziam na sua cor a marca da “inferioridade”.

A política de imigração adotada pelo Brasil, no fim do século XIX e começo do século XX, é uma marca “palpável” do racismo científico no país, tendo em vista que o país estava aberto para os europeus e fechado para negros e amarelos, raças inferiores para a crença científica da época. Para além disso, no período em questão, essa discussão adentra as famílias brasileiras, tornando-se parte do senso comum, algo altamente difundido e propagado.

Faz-se importante, aqui, lembrar, que o direito privado nasceu na escravidão e carregou consigo o caráter violento sobre os escravos, que eram torturados física e psicologicamente, mutilados, entre outros abusos, desta forma, o discurso político, marcado pela seletividade penal que surgiu no Código Criminal do Império Brasileiro[6], em 1830, é o embrião de uma Justiça estereotipada, que demonstra que o Direito e a Justiça Criminal era um espaço de reprodução do racismo e meio de perpetuar as desigualdades existentes, isto é, a estrutura casa-grande e senzala.

Desta forma, a violência se estabelece a partir do corpo, que representa um espaço ideológico e identitário, por isso, aplica-se a “pedagogia do medo” em que a punição, a violência, o constrangimento e a coerção aparecem como estrutura política para posicionar o corpo negro na sociedade brasileira, como inferior (BORGES, 2019). Nesse ponto, o sociólogo francês Pierre Bourdieu afirmou que o caráter biológico era colocado em pauta para construir um atestado de superioridade do branco, mas é no corpo que se dá a materialidade da dominação (*apud* BORGES, 2017).

Em Foucault, o corpo é caminho e é por ele que são sentidas as ações das técnicas de poder. Corpo é, portanto, espaço de disputa de disciplinamento e controle. Os aparatos de controle e repressão têm o objetivo de tornar dóceis e moldar os corpos, e eles podem se realizar através de diversas esferas: educação, saúde, sistema carcerário, polícia, etc. É pela disciplina e repressão que as regras sociais são expostas e o corpo sujeito é obrigado a cumpri-las (BORGES, 2017, *on-line*).

Nesse linha de pensamento, Cação e Rezende Filho (2010, p. 11), elucidam que, nesse período, “[...] os africanos eram considerados inferiores, primitivos e incapazes de construir civilizações evoluídas como a européia [sic]. E em vista disso, as elites brasileiras buscaram eliminar os laços com as culturas africanas”. Complementando o entendimento, na época, uma produção brasileira que se apoiou no racismo científico foi a obra do médico Raymundo Nina Rodrigues (1862-1906), que pautado em pressupostos científicos da época explana que as raças negra e amarela são inaptas para diversas atividades, sendo uma delas, o desenvolvimento de uma civilização, por isso, para o médico, a presença negra no país funcionaria como um limitador da capacidade civilizatória brasileira, pois o país estava erguido tendo como pilares negros puros e miscigenados (*apud* COSTA, 2007).

Em 1894, foi lançado pelo médico eugenista Raimundo Nina Rodrigues o livro *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. [...] o médico brasileiro critica o Código Penal Brasileiro de 1890 e defende o tratamento diferenciado para o que ele considera “raças inferiores” nas penalizações: o negro e o indígena. (BORGES, 2019, s/p, grifo do autor).

Nessa toada, Marcelino e Martins (2019, p. 62) explicam que “a partir da obra de Nina Rodrigues, surge a premissa de controle social, não só pelo controle de indivíduos, mas também pelo controle e a seletividade de grupos humanos por meio da característica racial”. Em suma, a elite, que carregava os traços conservadores do Brasil colônia, tinha o negro e o indígena como incapazes de civilidade, desta maneira, queria ao longo do tempo “branquear” o Brasil, por isso, marginalizar os negros fazia parte do projeto de “melhoria genética”, por essa razão, a biologia era ponto fundante da ideologia burguesa branca, tendo em vista que, na época, era capaz de explicar as desigualdades humanas e a superioridade branca

Na República, o corpo negro continua sendo visto como instável, inconstante, degenerado, incivilizado, viciosos e ligado à vadiagem, em razão disso, uma raça inferior incapaz de se civilizar.

Com a instauração da República, as idéias [sic] de superioridade da “raça branca”, ganharam força por um conceito conhecido por *Eugenia*, que outrora era apenas um estudo científico sobre o cruzamento seletivo comum na agricultura e na pecuária, mas com o tempo, e após o surgimento dos estudos genéticos, e somado aos estudos sociais, tornou-se um movimento político (CAÇÃO; REZENDE FILHO, 2010, p. 9, grifo do autor).

Quanto à justiça criminal, Borges (2019) explica que ela não apresenta nenhuma ruptura com o período imperial, que já traz traços discriminatório do colonialismo, pelo contrário, a justiça criminal da república apresentava uma série de políticas que regravam a vida do negro, como, por exemplo, a criminalização do samba e batuques, das religiões com matrizes africanas, das reuniões musicais e da “vadiagem”, termo criado para definir valores morais e raciais, que significava uma pessoa, aqui o negro, preguiçosa, corrupta e imoral. Dessa maneira, o Código Penal de 1890 intensificou o controle social ao trazer a capoeiragem como crime.

Em consequência de tais pensamentos, o país foi preenchido por uma legislação segregacionista, não do tipo codificada, pelo contrário, não havia lei sobre, pois a lei Áurea declara extinta a escravidão, mas a internalização da inferioridade biológica do indivíduo negro como a superioridade do indivíduo branco se naturalizou ao ponto das relações sociais da época serem pautadas nessas máximas, como resultado, tinha-se a dominância de um grupo pelo outro através de relações veladas em que “o negro sabe o seu lugar” (COSTA, 2007).

Essa máxima estava presente no imaginário de todos, brancos e negros, de maneira velada, potencializando à ideia de que a negritude estava ligada ao fracasso e a subserviência, enquanto conferia à brancura a ideia de sucesso. Para a sociedade, através democracia racial[7], o Estado era “neutro” e justo em termos raciais quando este girava a roda da opressão, utilizando-se de mecanismos institucionais para privilegiar os brancos em detrimento dos negros a fim de garantir a manutenção do fosso social existente (FLAUZINA, 2006).

Neste contexto, Goiz (2017) explica que a democracia racial construiu um mito em que brancos e negros viviam em simetria, assim, para garantir tal assimetria no imaginário social e ao mesmo tempo silenciar e inviabilizar as denúncias de racismo, os donos da história, a elite branca, não deram espaço para as vozes oprimidas e ainda interiorizaram a ideia da branquitude como marca de sucesso ao passo da negritude como símbolo do fracasso e submissão.

Em outras palavras, o mecanismo ideológico trazido pela democracia racial trazia à sociedade da época uma utópica sensação em que brancos e negros viviam em harmonia porque as teorias científicas colocavam os brancos no topo da cadeia hereditárias e as pessoas que compunham a sociedade brasileira reconhecia a hierarquia existente e se posicionava no lugar ao qual pertencia, todavia, um abismo separava a realidade da dinâmica de harmonia que povoava a cabeça da sociedade.

Nesse cenário, o racismo, convertido no grande tabu nacional, ficava adstrito aos casos excepcionais percebidos tão somente

na esfera privada, afastando as elites de qualquer tipo de prestação de contas efetiva pelo usufruto de suas vantagens. Não houve método de controle mais eficiente que garantisse o paradoxo entre corpos subjugados e consciências tranqüilas [sic] (FLAUZINA, 2006, p. 39).

As teorias racistas, foram largamente difundidas na sociedade brasileira, e o projeto de branqueamento vigoraram até os anos 30 do século XX. Tais teorias tentaram uma sobrevida visto que, de acordo com Borges (2019), durante os debates para o Código Penal de 1940, o livro de Nina Rodrigues foi relançado, em 1938, com o intuito de pressionar os políticos pela manutenção de diferenciação racial explicitados em lei, isto é, o discurso higienista de “embranquecimento” tentava, novamente, trazer a ideia de “purificação” dos laços africanos existentes na sociedade, através do novo projeto de Código Penal. Entretanto, essa diferenciação é limpa do Código de 1940 e um exemplo é que a capoeira é descriminalizada porque deixa de estar ligada à raça negra e passa a ser vista como um elemento genuíno da cultura brasileira.

[...] no início do século XX, a capoeira passou a ser vista não mais predominantemente como uma doença moral, mas como um esporte (jogo, ginástica, luta etc) decorrente de uma herança mestiça que compreendia algo positivo, originário da identidade nacional brasileira, ou seja, a capoeira era resultado da mistura de raças, tão singular a identidade nacional do Brasil, não sendo mais observada como algo negativo da cultura inferior dos africanos (REIS, 2010 *apud* SERAFIM; AZEREDO, 2011, p. 13)

As mudanças no Código Penal aconteceram, novamente, apenas no papel, pois, na prática, não é visualizada tendo em vista que as instituições do Estado brasileiro já têm a ideologia racial enraizada, “afinal, foi na biografia da escravização negra que o sistema penal começou a se consolidar e é na lógica da dominação étnica contemporânea que continua a operar em seus excessos” (FLAUZINA, 2006, p. 41). Essa ideologia foi construída a partir de uma época em que o negro, ainda escravo, para Direito Penal era uma pessoa especial, não para ter sua vida protegida, mas para ser severamente punido através de penas cruéis. Assim sendo, para a autora já citada, é no sistema penal brasileiro que se encontra a maior política estatal de extermínio da população negra, pois a atuação desse sistema nunca se dissociou por completo do seu passado colonial, por isso, ainda atua como herdeiro do estatuto escravocrata.

Além da faceta do controle social vislumbrada no sistema penal, no marco da democracia racial, o caráter racista difundido pelo Estado através das estruturas sociais é visualizado na própria ausência do Estado, que se abstém de promover uma política pública que resguarde esse grupo historicamente desfavorecido.

Dito de outro modo, de maneira velada, mas intencional, a falta de formulação de políticas públicas por parte do Estado como, por exemplo, a promoção de saneamento básico, saúde e criação de empregos dignos a população negra é um fator decisivo e ideológico de como esse grupo ainda está preso em “amarras” vindas do colonialismo, para além disso, conta-se com a perpetuação da ideia deturpada que o negro é um indivíduo violento, lascivo e agressivo, o que acaba por alimentar as desconfianças já impregnadas na sociedade e, também, justificar as violências, as torturas, o encarceramento e as mortes desses sujeitos (BORGES, 2019).

Com isso, por tais ações serem dadas de maneira acobertada, a sociedade brasileira se desenvolve acreditando que o sistema de justiça criminal aparece com uma estrutura que assegure a segurança do indivíduo, quando esse sistema apenas perpetua a repressão ao mesmo alvo desde a época da escravidão, visto que o Direito brasileiro foi pautado por uma elite branca e desenvolvido a partir da subjugação do corpo negro.

[...] o racismo foi rearticulado para manter suas amarras sobre o povo negro. [...] Por mais que políticas sociais tenham realizado mudanças robustas no acesso e na vida da população negra brasileira, é possível enxergarmos como as estruturas racistas se reordenam para que, estruturalmente, pouco se modifique (BORGES, 2019, s/p).

Por essas reflexões, é seguro dizer que a sociedade brasileira se ergueu e foi solidificada a partir da violência, repressão e subjugação do corpo negro, e, nos dias atuais ainda é possível perceber o reflexo da escravidão no vocabulário, nos lugares sociais que se estrutura esse grupo e na dinâmica das relações sociais e, principalmente, na justiça criminal, em que o encarceramento no país segue como uma engrenagem para a manutenção da hierarquia racial e reforço do extermínio, simbólico e físico, da população negra.

2. CRIANDO O ETIQUETAMENTO

O Estado é o ente político abstrato detentor da coação, a partir da monopolização da força, como uma “violência legítima” para oferecer proteção à sociedade, nessa esteira, a teoria do *Labeling Approach* etiquetamento postula que o crime é uma construção social, ou seja, a criminalidade é uma condição atribuída a

determinados indivíduos e o criminoso é resultado de um processo chamado etiquetagem, quando dado sujeito, já estigmatizado, através de um ato ganha uma nova identificação na sociedade. Assim, através da “criminalização”, o Estado impõe uma pena a um determinado grupo de pessoas.

Na perspectiva dessa teoria, a imputação criminosa é o resultado da criminalização primária e da criminalização secundária (ou desvio primário e desvio secundário), pontos centrais para a sua construção visto que juntas constituem a “criminalização”. Nessa linha de pensamento, Piacesi (2016) explica que o Estado seleciona determinados bens para proteger, o que seria a criminalização primária, bem como os indivíduos a serem estigmatizados, que dentre os muitos que ferem a normas, são os definidos como clientes do sistema penal, esse processo consiste na criminalização secundária.

Em outros termos, Vianna (2015) postula que a criminalização primária é um ato dirigido a condutas e ações tidas como “criminosas” enquanto a criminalização secundária é a ação praticada contra a pessoa a quem se atribui a realização da conduta criminalizada primariamente, o que será detalhado a seguir para uma melhor compreensão.

2.1 Criminalização primária

O Direito Penal é tratado pelos juristas como um elemento que interage com a sociedade em que essa interação é percebida no momento em que as normas penais são criadas, sendo elas reflexo da sociedade. Nesse aspecto, “a criminologia não pode se manter isolada das outras disciplinas jurídicas, psicológicas, políticas” (LEAL; VECHI, 2016, p. 240), por isso, Piacesi (2016) explica que a formação da norma incriminadora é um ato reflexo de medos irracionais que a sociedade compartilha quando deveria ter uma adequação técnica movida à racionalidade.

Partindo disso, é preciso ter em mente que “a criminalização primária traz à tona a tarefa legislativa de tipificação de condutas consideradas criminosas pela habitualidade com que são praticadas e pelo rótulo social dado ao suposto criminoso, principalmente, pelo legislador” (LINCK, 2018, *on-line*).

Em linhas gerais, a criminalização primária diz respeito a criação de crimes e penas, nesse contexto, para Zaffaroni (2002 *apud* VIANNA, 2015), é o ato e efeito de sancionar uma lei material, criar uma lei penal, que incrimina e, conseqüentemente, permite a punição, ou seja, a criminalização primária é um ato formal responsável pela definição dos delitos.

Tal função é responsabilidade do poder legislativo conforme apregoa o art. 22, inciso I, da Constituição Federal. Isto é, o Estado, através dos órgãos oficiais de aplicação da Lei Penal, é o responsável pelo processo de criminalização primária, assim, o legislador ao criar leis executa esse processo, definindo uma dada conduta como sendo desvio primário, entretanto, Linck (2018) esclarece que nesse processo, o legislador define algo como crime não porque é uma conduta socialmente inaceitável, mas porque ele deseja que fosse, e nesse processo muitas vezes não respeita os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, como consequência, cria penas duras contra as condutas de indivíduos socialmente desfavorecido.

Em outros termos, o legislador, ao criar leis a partir do processo de criminalização primária, deixa em evidência a intolerância à certas condutas, criando ou enfatizando um rótulo social. Reforçando esse pensamento, Linck (2018) diz que a criminalização primária consiste na escolha, pelo legislador, de condutas consideradas criminosas, e, para o autor, essas escolhas não são feitas pelo critério do dano social que tais condutas provocam, mas, sim, pela habitualidade com que essas condutas são praticadas, bem como pelo estigma atribuído pela sociedade ao suposto sujeito que praticou tais condutas. Assim, tais escolhas se traduzem na intolerância legislativa a certas condutas.

Um exemplo que melhor elucida a escolha do legislador, e aqui cabe frisar, seus interesses, bem como a opressão de uma classe por outra, pode-se encontrar na comparação das penas existentes nos artigos 155 (furto) e 129 (lesão corporal), ambos do Código Penal:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de **um a quatro anos**, e multa.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de **três meses a um ano** (BRASIL, 1940, grifo nosso).

A partir desses dois artigos é possível perceber que a pena máxima para o crime de lesão corporal equivale a pena mínima para o crime de furto, o que demonstra o real interesse do legislador, muito mais preocupado com a proteção da propriedade particular que com a integridade física do ser humano, o que demonstra resquícios do Direito colonial, que voltava seus interesses a propriedade privada em detrimento da proteção ao indivíduo humano, principalmente se este fosse um escravo, que tratado como objeto não tinha nenhuma lei assegurando sua proteção, apenas seus "castigos".

O passado colonial, o passado imperial, o passado mercantilista, o passado escravocrata, o passado de genocídio dos índios, o passado de tráfico negreiro, o passado de neoliberalismo, todo esse passado coloca esta outra variável criminológica no contexto de repressão do sistema penal (ROMANO, 2016, p. 146).

Um outro exemplo que realça a intolerância do legislador está no art. 176, do Código Penal, que aduz: “Tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte **sem dispor de recursos para efetuar o pagamento**: Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa” (BRASIL, 1940, grifo nosso). Nessa situação, para a configuração de crime é necessário que o agente faça a refeição sem dinheiro para pagar, caso tenha recursos e não queira pagar, configura-se apenas um ilícito civil, também não há crime quando o agente se recusar a pagar por discordar do valor cobrado na conta, e, também, no caso do agente ter esquecido sua carteira em casa (erro), pois inexistente o fato típico por falta do dolo. Isto posto, fica de fácil visualização que o legislador penal elegeu como conduta criminosa a pobreza, pois “o objetivo dessa lei não é, como então fica óbvio, evitar danos ao patrimônio alheio, nem convencer as pessoas a que paguem a refeição tomada, mas evitar que os mais pobres possam se ‘aproveitar’ de sua pobreza” (SELL, 2007, *on-line*).

Outro exemplo, para consolidar o entendimento acerca do papel do legislador na criminalização primária está no art. 240, do Código Penal (adultério), que só foi revogado, tardiamente, em 2005, pela Lei nº 11.106/2005. O absurdo se encontra no fato da aplicação do Direito Penal para uma questão de natureza moral, que deveria ter sido sempre apreciada no ramo cível, mas por longos anos esteve no ordenamento jurídico como se fosse uma obrigação do cônjuge devida à sociedade.

Posto esses exemplos e esclarecidos algumas das intenções do legislador ao criar um crime, por fim, Linck (2018) pontua que a criminalização primária cria um estigma, isto é, estereotipa o indivíduo, este muitas vezes pertencentes as classes inferiores: homens adultos, jovens e não-brancos. O que deixa evidente e de fácil compreensão é que por trás de um discurso de proteção existe a criação de penas que servem única e exclusivamente para manter o rótulo ou criar um outro rótulo, a um grupo já estigmatizado e desprotegido, pelo próprio Estado.

2.2 Criminalização secundária

A criminalização secundária é a imputação que o sistema penal atribui a alguém que cometeu um crime ou um ato infracional, ou seja, “[...] é a pessoa cuja

identidade já está estruturada em torno da *desviação* (SHECAIRA, 2014, p. 261, grifo do autor). Trata-se da atuação das agências de controle (polícia, judiciário, imprensa etc.) sobre o indivíduo com o estigma de delinquente (LINCK, 2018), pois dentro do processo de criminalização secundária, o estereótipo é peça decisiva para a construção da criminalização (FLAUZINA, 2006).

Assim, acessando os códigos sociais mais elementares na estigmatização dos indivíduos – dos excessos caricatos da Polícia, à austeridade do Ministério Público e do Judiciário –, a clientela do sistema penal vai sendo regularmente construída de maneira tão homogênea e harmônica que de nada poderíamos suspeitar. Sempre os mesmos, sempre pelos mesmos motivos, os criminalizados parecem mesmo representar a parcela da humanidade que não cabe no mundo (FLAUZINA, 2006, p. 27).

Pelo exposto, percebe-se que as explicações da criminologia a partir do *Labeling Approach* demonstram que quando o sujeito pratica um ato tido como crime pelo ordenamento jurídico como consequência tem uma “nova” identidade perante a sociedade (SHECAIRA, 2014). Acerca disso, Baratta (2018) explana que essa mudança de identidade social ocorre no momento em que o indivíduo ganha o *status* de desviante e, segundo Shecaira (2014), esse indivíduo passa a ser sempre rotulado como criminoso/desviante e mesmo que tenha utilizado de apenas um momento da sua vida para realização do ato desviante, ele sempre estará atrelado a conduta desviante para a sociedade e para as agências de controle, o que provoca uma perpetuação do estigma.

Em linhas gerais, os órgãos de controle social voltam seus “olhares” para os indivíduos portadores de grande índice de marginalização, estes já estereotipados como delinquentes, visto que as agências de controle são as instâncias formais que criminalizam e classificam o sujeito e isso fica evidente na atuação da polícia brasileira, que aborda de maneira diferente um sujeito a depender do estereótipo que a ele foi imposto, como uma marca invisível (LINCK, 2018).

2.3 As “cifras negras” ou “cifras ocultas” do Direito Penal

Como já bem evidenciado, a criminalidade primária diz respeito às leis penais criadas pelo legislador, todavia, cumpri-la em toda sua extensão é uma empreitada fadada ao fracasso porque, primeiro, nem todo crime chega ao conhecimento das autoridades e, segundo, a depender do crime, a vítima não vai atrás das autoridades, por diversos motivos. Esses dois fatores já tornam destoante a quantidade de crimes

acontecendo no país da quantidade que chega ao conhecimento das agências do sistema, assim, a essa disparidade, dá-se o nome de “cifras negra” ou “cifras oculta” (VIANNA, 2015).

A cifra oculta da criminalidade corresponderia, pois, à lacuna existente entre a totalidade dos eventos criminalizados ocorridos em determinado tempo e local (criminalidade real) e as condutas que efetivamente são tratadas como delito pelos aparelhos de persecução criminal (criminalidade registrada) (GONZAGA, 2018, s/p).

As cifras negras ou cifras ocultas estão relacionadas a crimes que não são descobertos e, por isso, ficam de fora das estatísticas sociais, como, por exemplo, crime de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e contra a administração, isto é, crimes do colarinho-branco; como consequência, seus autores, por terem seus delitos encobertos gozam do “cinturão da impunidade” (GONZAGA, 2018).

Nesse contexto, fica de fácil compreensão que a criminalidade está em toda parte, em todas as camadas sociais, entretanto, há uma distorção nas estatísticas ocasionadas pelas cifras negras ou cifras ocultas, o que faz parecer que as camadas mais pobres e marginalizadas são as responsáveis pela maior incidência da criminalidade, quando, na verdade, as condutas dos setores mais desfavorecidos são mais criminalizadas e postas em evidências quando comparado com a classe dominante, que acaba tendo suas condutas acobertadas (ANDRADE, 2003 *apud* ROMANO, 2016). Seguindo esse pensamento, Baratta (2018) explica que a criminalidade é um comportamento, ao contrário do que se pensa, da maioria dos membros da sociedade e não apenas de uma minoria restrita, o que acontece é que as cifras negras corroboram para que uma parcela não faça parte das estatísticas criminais, provando que “[...] a lei não castiga por igual todas as condutas socialmente danosas, independentemente de *status* e posição social dos que a realizam” (VIANNA, 2015, p. 62, grifo do autor).

Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças e etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizados (ZAFFARONI, 2001, p. 26 *apud* ROMANO, 2016, p. 143, grifo do autor).

Nessa toada, o Direito Penal não pune todos os crimes, o que seria de certo modo impossível. Então, ele é encarregado de punir os crimes que são conhecidos

enquanto os desconhecidos ficam impunes, conseqüentemente, não são contabilizados nas estatísticas, o que deixa em evidência que a política criminal de punir uns em detrimento de outros recai sobre setores já criminalizados pelos órgãos repressores e pela sociedade, tendo em vista que, condutas idênticas possuem valoração diferente a depender das circunstâncias e dos agentes que a cometem (ROMANO, 2016).

Diante de tais fragilidades, torna-se evidente que o Direito Penal é falho no combate à criminalidade (GONZAGA, 2018). Para além disso, a questão racial emerge como uma pauta importantíssima em relação as políticas punitivas e o controle estatal que pune apenas certa parcela da sociedade, visto que, pelo contexto histórico em que se fundou a sociedade brasileira, a partir da submissão e do extermínio do corpo negro, essa política criminal corrobora com uma maior violência por parte do Estado, através das agências de repressão penal, em face da população negra, suscetíveis à criminalização por conta de um racismo institucionalizado (ROMANO, 2016).

3. RACISMO E O ETIQUETAMENTO: TEORIA DO *LABELING APPROACH*

Antes de adentrar na teoria criminológica do *Labeling Approach* é mister fazer breves considerações acerca das escolas criminológicas a fim de compreender em que contexto histórico essa teoria criminológica surgiu e quais escolas criminológicas a precederam.

A Escola Criminológica Clássica, que surgiu a partir de ideias iluministas, trouxe ao Direito Penal a ideia de punição na proporção da conduta criminoso, através de uma dosagem racional, assim, para essa escola criminológica, a importância estava voltada para a conduta e não no autor. Já a Escola Criminológica Positivista, que diferente da escola clássica, desloca para o criminoso o enfoque criminológico, assim, para essa escola, o crime é um reflexo da degeneração do criminoso, isto é, está ligado a sua natureza biológica como se fosse um elemento predeterminante ao sujeito, por isso, o Direito Penal funcionaria apenas como um elemento de contenção dos ímpetus criminosos. No século XX, surgiram as escolas funcionalistas da criminologia que postulavam o crime como algo que poderia ser controlado e até benéfico para a sociedade, pois segundo a teoria dessas escolas, o crime serviria como a balança dos laços sociais visto que uma vez que tais laços estivessem afrouxados, os crimes adentrariam num estado de anomalia, e, respaldada nessa perspectiva, advinda dessa ideia, surgiu um movimento conhecido por Escola de Chicago, que postulava que a criminologia urbana estava entrelaçada com o grau de desorganização social dos centros urbanos. A Escola de Chicago foi o embrião para

as modernas teorias criminológicas que se conhece hoje, como a criminológica crítica e a escola do *Labeling Approach* (ROMANO, 2016), que será apresentado a seguir.

3.1 Teoria criminológica do *Labeling Approach*

A teoria do *Labeling Approach*, também conhecida como *teoria da rotulação social* ou *teoria do etiquetamento social* ou *teoria da etiquetagem* ou *teoria da rotulagem* (conforme as diferentes traduções para a expressão norte-americana), foi desenvolvida no final da década de 1950 e começo da década de 1960 por autores pertencentes à Escola de Chicago, que questionavam o paradigma dominante naquele momento histórico.

Herdeiro do amadurecimento teórico que vai se consolidando desde as décadas de 1920 e 1930 na sociologia criminal norte-americana, no interior da Escola de Chicago, o *labeling approach* abre um novo capítulo nos estudos sobre a criminalidade. Com o surgimento desse referencial, a partir do final da década de 50 e início da década de 60 do século XX, o ângulo desde o qual se investigam os incidentes criminais se altera radicalmente, consubstanciando o chamado paradigma da reação social e, posteriormente, a criminologia crítica (FLAUZINA, 2006, p. 18-19, grifo do autor).

O *Labeling Approach* passa a questionar “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição” e, por fim, “quem define quem?” (BARATTA, 2018, p. 88-89). Assim, essa teoria, conforme explana Silva (2015), surge como um novo paradigma criminológico ao passar a analisar o indivíduo como um ser pertencente a sociedade e não como um ser individual, desassociado do grupo ao qual pertence e, nesse entendimento, Penteadado Filho (2012) explica que a criminalidade é a consequência de um estigma atribuído a uma conduta humana, isto é, o criminoso se difere dos outros sujeitos por carregar um rótulo. Além disso, a teoria do etiquetagem traz o termo “desvio social” que “[...] engloba todas as condutas que não se enquadravam nas definições legais ou psiquiátricas, como a homossexualidade, o uso de drogas, o movimento *hippie* etc., que, em síntese, atentavam contra o *status quo*” (SILVA, 2015, p. 103, grifo do autor). Ou seja, para essa teoria o crime não é uma conduta delituosa em si, mas fruto das definições trazidas pelas estereotipagens, isto é, as interpretações sociais sobre dada conduta.

Para melhor compreensão de como funciona a etiqueta, Sell (2007, *on-line*) traz um exemplo que elucida bem:

Imaginemos uma mulher que tenta sair de uma joalheria com um caro e não pago bracelete quando é barrada pelos seguranças. Se essa aparente tentativa de subtração à coisa alheia móvel (art. 155 do Código Penal) será tomada como crime, sintoma compreensível de cleptomania ou mera distração, vai depender menos dos detalhes da conduta do que do perfil da apontada infratora. A tese da distração cai bem, por exemplo, se a suposta tentativa fosse realizada por uma cliente habitual da joalheria; assim como a tese da cleptomania se adequaria perfeitamente se a acusada fosse uma famosa atriz de novela. Já para uma empregada da loja, a única tese “compatível com a realidade das coisas” é a de tentativa de furto puro e simples. A conduta é a mesma, a ausência de provas também, só o que variará, neste caso, são as suposições socialmente consideradas adequadas ao caso.

Posto o exemplo fica perceptível que “a maneira pela qual as sociedades e suas instituições reagem diante de um fato é mais determinante para defini-lo como delito ou desvio do que a própria natureza do fato” (ANITUA, 2008, p. 588 *apud* LEAL; VECHI, 2016, p. 237). O exemplo exterioriza como a tese central dessa teoria é definida “pela afirmação de que cada um de nós se torna aquilo que os outros veem em nós” (ZAFFARONI, 2001, p. 60), fica ainda perceptível a compreensão de como a seleção do que seria conduta criminosa ou não é feita com base na etiqueta dada ao indivíduo, dessa maneira, para o autor citado, “a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo”.

Constata-se, com isso, que muitos cometem crimes, entretanto, o sistema penal persegue, prioritariamente, os mais pobres visto que o desvio não se encontra no ato cometido, nem tampouco em quem o comete, mas é a reação social ao comportamento do indivíduo etiquetado como criminoso (SELL, 2007). Em outros termos, um sujeito ao se enquadrar nas características do estereotipo negativo já é percebido como criminoso sem nada fazer, além disso, as agências de repressão penal são grandes influenciadoras da perpetuação desse estigma, através da criminalização secundária.

[...] quando um jovem-homem-negro é assassinado, quase sempre a sua morte é atribuída ao envolvimento com o tráfico ou consumo de drogas, o que comunica uma regra seguinte, qual seja, esta morte não precisa ser investigada. E, no imaginário coletivo, o mesmo assassinato se resolve com o

sentido de que morreu “porque devia” ou “bandido tem mesmo é que morrer” (REIS, 2010, p. 69).

Outra consideração a se fazer é que se um indivíduo negro andar próximo de um lugar com alta incidência de crimes de furto e/ou roubo já tem indícios suficientes, por conta da etiqueta de criminoso, para ser abordado pela polícia (VIANNA, 2015). Assim, conforme postula a teoria em análise, tanto o crime quanto o criminoso surgem da relação social em que se cria um rótulo social à classe criminosa, isto é, o *labeling approach* busca estudar os efeitos por traz dos signos atribuídos ao sujeito que pratica uma conduta criminosa, uma vez que o sistema criminal não se preocupa em “ressocializar” ou “proteger” o indivíduo submetido a ele, pelo contrário, aplica um estigma ao indivíduo, que tende a fazer com que o agente repita cada vez mais a conduta desviante (ROMANO, 2016).

3.2 Seletividade do sistema penal e o *Labeling Approach*

A partir da teoria criminológica do *Labeling Approach* é possível compreender que a criminalização do indivíduo está atrela a dois fatores, a criminalização primária e a criminalização secundária, tendo em vista que a criminalização primária tipifica quais condutas são criminosas e os agentes de controle social são responsáveis pela criminalização secundária. Ainda sobre, Penteadó Filho (2012) sustenta que, para essa teoria, a criminalização primária é responsável por produzir a etiqueta ou rótulo (materializados em folha corrida criminal, atestado de antecedentes, divulgação na mídia, entre outros), que faz o indivíduo ganhar uma “nova” identidade estruturada a partir do rótulo, o que corresponde a criminalização secundária. O autor ainda completa que a etiqueta ou rótulo causa uma expectativa social de que a conduta venha a ser praticada ou ocorra uma reincidência, como resultado, aproxima os indivíduos rotulados uns dos outros e esses sujeitos sofrem reações de todos os lados da sociedade.

Diante desse contexto, levanta-se um questionamento: como a questão racial está atrelada à teoria do etiquetamento? Para responder a esse questionamento é preciso reconhecer, primeiro, que a política criminal no Brasil trabalha de maneira velada para afligir dor e tem como principal alvo pessoas negras. Para além disso, essa política se esconde por trás do “conto de fadas” da democracia racial propagado na sociedade brasileira, quando, na realidade, a esfera pública endossa informalmente o racismo institucional (ROMANO, 2016), através de um projeto de extermínio da população negra (FLAUZINA, 2006).

Esse projeto de extermínio está ligado com o passado colonial brasileiro, um passado escravocrata e de dominação dos povos indígenas e negros, construído

historicamente a partir da dor, do sangue e do corpo indígena e negro, assim, tem-se, ainda hoje, o racismo como elemento que molda o sistema penal, um sistema que ao invés de “proteger”, “pacificar” e “defender”, acaba por, intencionalmente, punir o pobre e o negro, a classe desfavorecida (ROMANO, 2016). Nesse pensamento, Marcelino e Martins (2019) complementam ao evidenciar que o racismo no sistema penal foi construído a partir da edificação de determinadas condutas como criminosas com o objetivo de “disciplinar” um grupo social, que, pelas teorias do racismo científico, da época, eram atrelados à marginalidade.

A diferença entre a possibilidade de criminalizar uma conduta cometida por uma pessoa branca de classe média, e a mesma conduta, de outra pessoa negra e pobre, é abissal. Não é coincidência que a maioria da população carcerária seja composta de pessoas negras, e não é coincidência que a fúria penal deságue prioritariamente sobre a população negra (ROMANO, 2016, p. 143).

Urge, diante do exposto, entender a inimputabilidade imposta ao homem branco, pois, muitas vezes ele após cometer crimes tem suas penas suavizadas, principalmente se pertencente à classe média, diferente do que acontece com o homem negro, que recebe o rótulo de perigoso, violento e agressivo (BORGES, 2019). Nessa linha, Silva (2015) explica que a criminalização incorre de maneira diferente para cada setor social e a teoria do etiquetamento explana justamente sobre a valoração diferenciada a diversas condutas, pois, algumas passam pelo crivo da criminalização enquanto outras não compõem as estatísticas e isso é reflexo de uma cultura de racismo já enraizada onde, segundo Vianna (2015), a cor é característica fundante para o indivíduo portar o rótulo de criminoso, principalmente para as corporações policiais.

Marcelino e Martins (2019, p. 70) trazem um exemplo que deixa evidente a estigmatização ora explanada, assim, para entender o exemplo, precisa-se saber antes que a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que diferencia usuário de traficante, traz a prática de traficância como crime hediondo e, portanto, apenada com um maior rigor; nessa mesma lei, seu art. 28 trouxe as penas de “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” para “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentada” (BRASIL, 2006), nesse momento é perceptível a criminalização primária, já abordada ao longo dessa pesquisa, quando o legislador escolhe quais condutas são crimes e, conseqüentemente suas penas, já a criminalização secundária é visível quando o local

e circunstância sociais são os determinantes para enquadrar em “tráfico de drogas” ou “usuário de drogas ilícitas”:

Nesse momento, não restam dúvidas de que o agente flagrado com drogas em um local conhecido pelos índices de violência, sendo pobre e negro, seguramente será enquadrado no artigo 33[8] da referida lei de drogas, sendo identificado como traficante. Enquanto isso, o jovem branco, bem-apegoado, surpreendido com substâncias ilícitas nas redondezas de sua residência em um bairro residencial de classe média alta, se enquadrará na figura do usuário, não sendo, portanto, apenado.

Essa maior severidade da justiça criminal é explicada por Borges (2019, s/p), que esclarece que “o racismo foi se rearticulando para manter suas amarras sobre o povo negro” e ainda completa que esse racismo institucional tem o objetivo de inferiorizar para, por fim, exterminar esse grupo. Aliás, a autora ainda complementa ao dizer que as ideologias punitivista e racista atuam de maneira articulada e estão internalizadas no imaginário brasileiro, em que muitas pessoas simplesmente não conseguem conceber uma realidade sem aprisionamento, quando, de fato, as prisões são um depósito do que a própria sociedade marginaliza, isto é, o sistema penitenciário é um local onde o racismo é reproduzido. Portanto, para a autora, historicamente, punição, raça e criminalização estão intimamente ligados.

Nesse bojo, não resta dúvida que a questão racial está atrelada à teoria criminológica do etiquetamento, pois esta busca explicar o tratamento diferenciado do sistema penal enquanto o racismo no Brasil é evidenciado quando certas características de alguns sujeitos são percebidas pelo Estado e pela sociedade como desviante mesmo que o sujeito não tenha praticado nenhuma conduta desviante, o que deixa em evidência que o controle social é discriminatório e seletivo e essa seletividade é externada pelas agências de repressão, principalmente pela polícia, o que propaga um estereótipo ao imaginário social de forma a perdurar o preconceito e a desigualdade social ao criar ao negro a imagem pública de delinquente (VIANNA, 2015).

3.3 Consequências do estigma ao sujeito negro

O *Labeling Approach* vê o sistema penal como um aparelho repressor sobre dada população, já estigmatizada. Segundo Baratta (2018) as agências formais (polícia, judiciário etc.) e informais (família, escola, opinião pública etc.) são as responsáveis por definirem o que é crime e quem terá o *status* de criminoso, ou seja,

o poder de estigmatização está a cargo dos órgãos oficiais e das agências informais, refletindo em como o sujeito será visto na sociedade. Com isso, conforme Silva (2015), o indivíduo ser torna delinquente por circunstâncias sociais tendo em vista que a rotulação tem um efeito danoso ao indivíduo, que passa a ser socialmente excluído.

Quando os outros decidem que determinada pessoa é *non grata*, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais (SCHECAIRA, 2014, p. 291, grifo do autor).

Nessa diapasão, os mecanismo de controle social, no Brasil, são estruturados a partir de um racismo velado (às vezes até escancarado), um fenômeno histórico, como já analisado, construído sob a égide da elite branca e da opressão aos negros, “afinal, foi no contexto da escravidão que o sistema penal iniciou sua consolidação e é no fundamento da sujeição étnico racial vigente que permanece atuar sem precedentes” (GOIZ, 2017, p. 170). Tais argumentos deixam visíveis as marcas da rotulação no sistema penal, pois, “na realidade brasileira essa teoria se aplica na medida em que os quadros das desigualdades sobressaem” ou quando “a morte de um jovem negro nas periferias ou o encarceramento em massa desse grupo não choca, sequer intriga as elites brasileiras” (MARCELINO; MARTINS, 2019, p. 55 e 59).

[...] no caso da violência institucional que se manifesta através das ações dos agentes do Estado, a questão passa por ações de desconstrução do racismo na esfera pública que, controlado pela elite política, influencia o comportamento de diferentes segmentos da sociedade, deixando caminho aberto para a naturalização da imagem estereotipada da pessoa negra na vida cotidiana (REIS, 2010, p. 69).

Assim, no intuito de compreender as consequência do rótulo ao sujeito negro, é importante lembrar que a escravidão contribuiu com o controle e submissão desses sujeitos a partir de uma rotulação pautada em um fundamento religioso:

De fato, a segregação racial operada pelo sistema escravista, realizada pela clausura e punição dos corpos então controlados por um modelo privado de segurança, se perpetuou com um sistema penal que reproduzia, analogamente, violência e encarceramento sem que isso fosse tido com estranhamento. Ao contrário, os indivíduos desprovidos de personalidade, cujos corpos eram a todo tempo vilipendiados e observados, não teriam tratamento diverso, uma vez libertos (SOUZA, 2016, p. 617).

Depois, adotou-se o cientificismo para justificar distinção entre negros e brancos, nesse intuito, o médico legista Nina Rodrigues se utilizou do racismo científico, amplamente divulgado na época, para justificar a “criminalidade” do negro, colocando a raça negra como vetor da criminalidade, o que justificava as constantes punições que esses sujeitos sofriam.

Através do exposto, tem-se as primeiras ideias que ligam racismo e a criminologia, no Brasil, pois os discursos e estereótipos criados sobre o corpo negro ao decorrer dos séculos se tornaram indissociáveis da estrutura política e social existente, principalmente do sistema penal, que se ergueu a partir do controle físico e moral do sujeito negro. Assim, por conta do contexto histórico no qual o país se fundou e das estruturas discriminatórias que perduram até o momento, as estatísticas de encarceramento refletem, na verdade, escancaram, as consequências do rótulo ao sujeito negro: 63,6% da população carcerária são de pessoas de cor/etnia pretas e pardas (dados do levantamento realizado em 2017 pelo Infopen).

Com o exposto, pode-se dizer que existe uma íntima ligação entre as teorias racistas e a maneira como o Direito Penal age, bem como quais pessoas têm probabilidade de receber o estigma de criminoso, o que demonstra a sua seletividade. Em suma, para Marcelino e Martins (2019), o contexto histórico demonstra que as elites brasileiras, tentando coibir a ascensão da população negra, implantaram ao decorrer dos anos, após o fim da escravidão, políticas de cunho discriminatório, que serve como pano de fundo para entender o porquê das violências institucionais e a existência de estereótipos criminais, bem como o tratamento diferenciado de uns em detrimento de outros.

4. CONCLUSÃO

A realidade do sistema penal mostra sua faceta discriminatória e seletiva, isso pode ser observado nas estatísticas, pois o “Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil”, em 2012, mostrou que a porcentagem da população negra encarcerada era

de 60,8% de todo o contingente prisional, além disso, o levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, em 2017, trouxe que 63,6% da população carcerária eram de pessoas de cor/etnia pretas e pardas, já o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, na edição de 2019, apontou que 74,4% das mortes causadas por policiais, as vítimas eram negros. Diante desses dados alarmantes, esse artigo teve como problematização: Como o racismo institucional cria estereótipos criminais? Assim, no intuito de explicar o porquê da seletividade existente no sistema penal, utilizou-se da teoria criminológica do *Labeling Approach*.

Nessa esteira, pode-se concluir que a violência racial no Brasil atinge um nível tão complexo que chega a parecer mesmo (se não é) um projeto de extermínio da população negra. Isso fica explícito no fracasso das políticas públicas e até mesmo na ausência delas na vida da população negra, o que reflete um padrão colonial, ora modernizado, em que o racismo cria desigualdades básicas e o Estado endossa tais desigualdades, através de omissões e ações veladas; para além, a sociedade continua a reproduzir uma imagem criada no racismo científico do negro como um ser desestruturado, "vadio", violento, e, conseqüentemente, criminoso. Todas essas ações assolam a vida da população negra e aprofunda um fosso social, construído no início da colonização do Brasil, a partir do tráfico de negros advindos da África, e que perdura até hoje.

Nesse interim, percebe-se, também, que a seletividade do sistema penal é reflexo do racismo que se estruturou ao longo dos anos na sociedade brasileira. Em suma, a relação existente entre a seletividade do sistema penal e o racismo é resultado de uma relação histórica, especificamente, de um movimento arquitetado e executado pelo Estado, que se protegia pelo véu do racismo científico e, como resultado, tem-se um encarceramento em massa de jovens-homens-negros-pobres, como demonstram as estatísticas.

Pelo todo demonstrado, compreende-se, através dos elementos históricos apresentados, que a estrutura do sistema penal não pode ser dissociada do racismo, pois ele foi construído tendo como pilar a subjugação do indivíduo negro; indo além, é possível afirmar, também, que a falácia da democracia racial é um mecanismo usado para a manutenção de uma estrutura opressora em que o sistema penal absorve e reproduz uma seletividade ao aplicar suas normas preferencialmente em indivíduos que carregam a etiqueta de criminoso.

Por fim, ao estudar o encarceramento da população negra sob a ótica da teoria criminológica do *Labeling Approach* ou teoria do etiquetamento social, que postula que o criminoso é fruto de uma construção social a partir de um rótulo dado a determinados indivíduos, fica evidente que a rotulação do sujeito negro como um

criminoso em potencial é fruto de um sistema opressor, que se iniciou com a colonização e se desenvolveu ao decorrer dos anos, sendo fundamentado por um argumento biológico e científico altamente racista, como consequência, ganhou o contorno de um racismo estrutural e, hoje, continua a prender e oprimir negros, não pelo tipo penal que pratica, mas por ser quem é.

Conclui-se, diante de todo o exposto, que o sistema penal não opera de maneira igualitária, pelo contrário, é seletivo e discriminatório, punindo e criminalizando, inúmera das vezes, o negro por questões raciais e não por suas práticas. É uma constatação fática, corroborada por estatísticas, que o Estado, que deveria ser o responsável pela proteção da sociedade, não o faz, pelo contrário, o Estado brasileiro age de maneira indiferente ou faz uso das diversas facetas do aparelho institucional para manter a atual estrutura social. Em suma, o sujeito negro, que é historicamente vulnerável, carrega o estereótipo que a sociedade “desenhou” como a imagem de um criminoso, e, em razão desse estigma, continua a sofrer opressões e violências, física e moral.

REFERÊNCIAS

ABREU, Martha; PEREIRA, Matheus (orgs.). **Caminhos da liberdade: histórias da abolição e do pós-abolição no Brasil**. Niterói: PPGHistória-UFF, 2011.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2019. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, ano 13, 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2018.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Pólen, 2019.

_____. Necropolítica na metrópole: extermínio de corpos, especulação de territórios. **Coluna no Blog da Boi-tempo**, jun. 2017. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2017/06/01/necropolitica-na-metropole-extermínio-de-corpos-especulacao-de-territorios/>. Acesso em: maio/2020.

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

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940. **Código Penal**. Brasília-DF: Presidente da República, 1940.

_____. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. **Lei que altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de**

dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Brasília-DF: Presidente da República, 2005.

_____, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Lei de Drogas.** Brasília-DF: Presidente da República, 2006.

_____, Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional - Sistema Integrado de Informação Penitenciária (Infopen).** Brasília: Ministério da Justiça, 2017.

_____. Presidência da República. Secretaria Geral. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil.** Brasília-DF: Presidência da República, 2015.

CAÇÃO, Felipe Quartim Barbosa; REZENDE FILHO, Cyro de Barros. Papel dos escravos negros após a abolição. **Revista Semina** - Revista dos Pós-Graduandos em História da UPF. v. 9, n. 2, 2010. ISSN 1677-1001.

CARVALHO, Phillippe Oliveira. Racismo e o Direito Penal: análise de uma relação fabricada. **JusBrasil.** 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57770/racismo-e-direito-penal>. Acesso em: fevereiro/2020.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COSTA, Hilton. Hierarquias brasileiras: a abolição da escravatura e as teorias do racismo científico. **III Encontro Escravidão e Liberdade no Brasil.** Meridional: Florianópolis, 2007.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro.** 145f. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, 2006.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOIZ, Juliana de Almeida Martins. Um crime de cor, do sistema penal racista ao tribunal racial: reflexões sobre a condenação de Preto Amaral em 1927. **AEDOS** – Revista do corpo docente do PPG-História da UFRGS, v, 9, n. 20, 2017, p. 164-181. ISSN: 1984-5634.

GONZAGA, Christiano. **Manual de criminologia.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da violência 2019.** Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

LEAL, Jackson da Silva; VECHI, Fernando. Sistema Penal & Violência. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**. v. 8, n. 2, Porto Alegre, 2016, p. 231-242. ISSN 2177-6784.

LINCK, Lívia do Amaral e Silva. Teoria do etiquetamento: a criminalização primária e secundária. **Conteúdo Jurídico**. 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52111/teoria-do-etiquetamento-a-criminalizacao-primaria-e-secundaria>. Acesso em: maio/2020.

MARCELINO, Aline Cristina de Oliveira; MARTINS, Ricardo. Criminologia e racismo: o sistema penal sob a ótica da teoria do *Labelling Approach*. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**. v. 3, n. 2, 2019, p. 55-74.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2007.

NUNES, Sylvia da Silveira. Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita. **Psicologia USP**, v. 17, n. 01, 2006, p. 89-98. ISSN 1678-5177.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIACESI, Débora da Cunha. **O discurso do medo e segmentos da criminalização primária: Uma análise crítica do discurso penal parlamentar oficial luso-brasileiro (2007-2009)**. 270f. 2016. Dissertação (Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI) – Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia, 2016.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. O negro na ordem jurídica brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, n. 83, 1988, p. 135-149. ISSN 2318-8235.

REIS, Vilma. **Atucaiados pelo Estado: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991-2001**. 247f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.

ROMANO, Pedro Machado de Melo. A criminologia e o extermínio da população negra. **Revista Liberdades**. n. 23, 2016. ISSN: 2175-5280.

SELL, Sandro César. A etiqueta do crime: considerações sobre o "labelling approach". **Revista Jus Navegandi**, ano 12, n. 1507, 2007. ISSN 1518-4862.

SERAFIM, Jhonata Goulart; AZEREDO, Jeferson Luiz de Azeredo. A (des) criminalização da cultura negra nos Códigos de 1890 e 1940. **Amicus Curiae**, v. 6, n. 6, 2011. ISSN 2237-7395.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Raíssa Zago Leite da. *Labelling Approach*: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. **Revista Liberdades**. n. 18, 2015. ISSN: 2175-5280.

SOUZA, Thais Diniz Coelho de. Seletividade do sistema penal brasileiro: origem, mecanismos de manutenção e sua relação com a vulnerabilidade por culpabilidade. **Cadernos do CEAS** - Revista Crítica de Humanidades, n. 238, 2016, p. 611-626. ISSN: 2447-861X.

THEODORO, Mário (org.). **As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil** - 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea, 2008.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. Criminalização, teoria do etiquetamento e racismo institucional: na polícia: autorrealização de uma amarga profecia. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 7, ano 4, 2015, p. 59-83. ISSN 2316-6959.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5 ed. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

NOTAS:

[1] Doutorando em Ciências Criminais (PUC-RS). Mestre em Direito (UCB). Especialista em Direito Penal e Processual Penal (UFPI). Defensor Público. Professor universitário.

[2] Lei nº 581, resultado da pressão inglesa, proibia a entrada de africanos escravos no Brasil.

[3] Lei n 2.040, dispunha que os filhos de escrava nascidos a partir da data da lei, eram considerados livres.

[4] Lei nº 3.270, preconizava que os escravos com 60 anos completos antes e depois da data da lei eram alforriados.

[5] O Código Penal da República foi elaborado para atender aos anseios da elite brasileira tendo como objetivo construir uma nação civilizada nos moldes europeu através da “disciplina”.

[6] É uma peça fundante para a construção do fosso social no Brasil, pois nele, o escravo é considerado como um objeto, por isso, várias garantias reservadas aos cidadãos lhe eram negadas.

[7] Termo difundido a partir da obra “Casa Grande & Senzala”, do sociólogo Gilberto Freyre, que nega a existência de uma desigualdade racial entre brancos e negros no Brasil e afirma a existência de uma igualdade de oportunidade e tratamento (GOIZ, 2017).

[8] Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

NEHEMIAS DOMINGOS DE MELO:

Advogado em São Paulo, palestrante e conferencista. Professor de Direito Civil, Processual Civil e Direitos Difusos nos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade Paulista (UNIP). Professor convidado nos cursos de Pós-Graduação em Direito na Universidade Metropolitanas Unidas (FMU), Escola Superior da Advocacia (ESA), Escola Paulista de Direito (EPD), Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Faculdade de Direito de SBCampo, Instituto Jamil Sales (Belém) e de diversos outros cursos de Pós-Graduação. É Doutor em Direito Civil, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, Pós-Graduado em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direitos do Consumidor³.

MÁRCIA CARDOSO SIMÕES^[1]

(coautora)

Sumário: 1. Notas introdutórias. 2. Dos tipos de tutelas provisórias: urgência e evidência. 3. Da eficácia e da mutabilidade das tutelas provisórias. 4. Dos poderes do juiz na efetivação das medidas. 5. Da motivação da decisão. 6. Da competência. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

³³ Tem atuação destacada na Ordem dos Advogados Seccional de São Paulo (OAB/SP) onde, além de palestrante, já ocupou os cargos membro da Comissão de Defesa do Consumidor; Assessor da Comissão de Seleção e Inscrição; Comissão da Criança e do Adolescente; e, Examinador da Comissão de Exame da Ordem. É membro do Conselho Editorial da Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil (Ed.IOB – São Paulo) e também foi do Conselho Editorial da extinta Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor (ed. Magister – Porto Alegre). Autor de 18 livros jurídicos publicados pelas Editoras Saraiva, Atlas, Juarez de Oliveira e Rumo Legal e, dentre os quais, cabe destacar que o seu livro “Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum”, foi adotada pela The University of Texas School of Law (Austin, Texas/USA) e encontra-se disponível na Tarlton Law Library, como referência bibliográfica indicada para o estudo do “dano moral” no Brasil.

1. Notas introdutórias

Por primeiro cabe destacar que as tutelas provisórias existem para atenuar os malefícios da longa duração do tramite processual. O ideal seria obter desde logo a tutela definitiva que contivesse um juízo de certeza, porém, “é inconcebível um processo que não se alongue no tempo”[2] principalmente respeitando todas as garantias do devido processo legal.

O decurso do tempo processual traz prejuízos econômicos e morais às partes; afronta os princípios da efetividade e da celeridade processuais; contribui para a insegurança jurídica e pode ocasionar, inclusive, o perecimento do direito pleiteado, com o conseqüente fracasso do acesso à justiça.

Diante de efeitos tão danosos, é imprescindível uma solução, mesmo que paliativa, a qual consiste numa tutela provisória, que não resolve definitivamente a lide, mas atende, em parte, à efetividade da justiça, porque pode desde logo ser executada, ou seja, realizada no mundo dos fatos.[3]

Podemos conceituar tutela provisória como uma decisão jurisdicional com as seguintes características: a) inaptidão para tornar-se imutável e indiscutível; b) representativa de cognição não exauriente; c) com eficácia imediata; d) revogável e modificável; e) tem sempre como referência a correspondente tutela definitiva; f) atende aos princípios processuais constitucionais da efetividade e da celeridade em prejuízo do princípio da segurança jurídica.

Por outro lado, as tutelas provisórias têm pronta eficácia. A grande vantagem das tutelas provisórias consiste na sua exequibilidade imediata. Uma vez concedida, a decisão pode ser realizada no mundo dos fatos desde logo, mesmo na pendência de recurso. De forma geral, as tutelas provisórias são executadas provisoriamente (ver Novo CPC, art.297, parágrafo único).

As tutelas provisórias podem ser revogadas ou modificadas, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer momento processual, enquanto houver a busca para encontrar a solução definitiva para o direito em litígio.

As tutelas provisórias sempre estão relacionadas à tutela definitiva, que chamamos de principal. Afinal elas só existem porque a tutela principal exige o cumprimento minucioso de todo o procedimento traçado pela lei, com obediência ao contraditório e à ampla defesa, tarefa que demanda tempo, fator inimigo da efetividade e que pode trazer prejuízos às partes.

Em regra, as tutelas provisórias têm como objetivo direto preservar a utilidade da futura tutela definitiva ou evitar que o próprio direito objeto da ação pereça completamente antes da decisão final. Em ambos os casos, para obter a tutela provisória é imprescindível demonstrar a probabilidade de obter a solução definitiva para a lide. Logo, só é possível pensar em tutela provisória se tivermos em mente qual seria a tutela definitiva correspondente.

Por último, para que se compreenda em profundidade a natureza das tutelas provisórias é preciso identificar o conflito entre princípios constitucionais que o juízo no caso concreto tem sempre que enfrentar antes de conceder ou negar a tutela provisória.

A concessão da tutela provisória sempre significa atender ao princípio da efetividade e da celeridade processuais, em prejuízo do princípio da segurança jurídica, conforme passamos a explicar.

Já vimos que as medidas provisórias advêm de uma cognição superficial, não obstante, poderem ser executadas imediatamente, mesmo na pendência de recurso. De forma que se torna possível executar sem que se tenha certeza jurídica sobre o direito litigado.

Executar sem certeza vai de encontro ao princípio da segurança jurídica, expressado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Apenas outro princípio do mesmo quilate pode justificar essa invasão da esfera jurídica de alguém sem o completo devido processo legal. Trata-se do princípio da efetividade da jurisdição, garantia decorrente da inafastabilidade da jurisdição, pois o direito de acesso à justiça compreende não apenas obter a solução jurídica ao caso concreto levado à juízo, mas igualmente o direito de ter realizado no mundo dos fatos a solução jurídica obtida.

Ensina Teori Albino Zavascki que “a forma para viabilizar a convivência entre a segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos”.

Não obstante, nem todas as tutelas provisórias envolvem situações de perigo, de risco ao direito em litígio. É o caso das tutelas de evidência previstas no artigo 311 do Novo CPC a ser estudado mais adiante.

O pressuposto das tutelas provisórias consiste em “circunstâncias de fato” que configurem um risco ou, pelo menos, um embaraço ao princípio da efetividade da jurisdição, que garante a entrega da tutela jurisdicional em tempo e em condições adequadas à preservação do bem da vida.

Nas tutelas provisórias de urgência a circunstância de fato deve significar um perigo, uma ameaça de perecimento do objeto do processo ou uma ameaça à utilidade/efetividade da decisão definitiva final do processo.

Já o embaraço ao princípio da efetividade e da celeridade prescinde da situação de perigo, mas configura um entrave à prestação da tutela jurisdicional em prazo razoável e com a celeridade e presteza exigidas pelo inciso LXXVII do art. 5º da Constituição Federal.

De qualquer modo, quando o julgador é chamado a decidir provisoriamente, ele deve enfrentar o dilema de decidir qual das garantias constitucionais fundamentais sairá vencedora em prejuízo da outra: segurança jurídica ou efetividade (e celeridade) da tutela jurisdicional? Trata-se, portanto, de um conflito de normas de segundo grau, para o qual não há solução preconcebida, cabendo ao juiz elaborar no caso concreto a regra conformadora entre os princípios que se afrontam.[4]

2. Dos tipos de tutelas provisórias: urgência e evidência

Nos termos do art. 294 do Novo CPC, as tutelas provisórias podem ser de urgência ou de evidência, utilizando dois critérios para a classificação das medidas, senão vejamos.

Por primeiro, o Código classifica as tutelas provisórias pelo critério de existência de situação de perigo, quais sejam, em tutelas provisórias de urgência ou de evidência. Atendem para o fato de que a tutela provisória é gênero do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela de evidência.

Já o segundo critério classificatório diz respeito ao momento processual escolhido pelo autor para requerer a medida. A tutela provisória terá caráter antecedente quando for requerida antes do requerimento da tutela definitiva. Neste caso, é a tutela provisória que primeiro estabelece a relação processual na qual serão veiculados os dois pedidos, de tutela provisória e de tutela definitiva. Já na tutela provisória de caráter incidente o pedido para concessão da decisão provisória é requerido depois ou na mesma petição do pedido de tutela definitiva, de modo que o autor inicia a relação processual com o pedido de tutela definitiva. Aliás, desde o início do processo ele já estruturou a petição inicial com todos os fatos e fundamentos necessários para a propositura da ação principal. O pedido de tutela

provisória pode compor a petição inicial ou ser requerido durante o andamento do processo.

Atenção para não confundir os termos “antecedente,” que se refere a classificação de acordo com o momento processual de requerimento da medida, com “antecipada” ou “antecipatória,” cujos termos se referem à espécie de tutela de urgência que será estudada mais adiante.

Ainda no que se refere à primeira classificação, existe uma subdivisão das tutelas provisórias de urgência em tutelas cautelares e antecipadas. Essa distinção é muito importante porque cada uma delas protege diretamente um bem jurídico diferente e também porque o código regulamenta essas espécies de forma diferente. As tutelas provisórias de urgência cautelares obedecem às disposições específicas dos artigos 305/310. Já as tutelas de urgência antecipadas têm seu regramento específico dispostos nos artigos 303/304.

Não obstante a importância da diferenciação entre cautelares e antecipadas, o código não traz seus conceitos, de modo que cabe a doutrina definir e diferenciar essas tutelas. Sobre o assunto remetemos o leitor aos comentários do art. 300, a seguir.

Por último, é importante ressaltar que, pela própria redação do parágrafo único do art. 294, não é possível requerer a tutela provisória de evidência de forma antecedente. A razão dessa afirmação está no próprio conceito que o Código empresta à tutela de evidência (ver art. 311).

3. Da eficácia e da mutabilidade das tutelas provisórias

Eficácia é a qualidade de produzir o efeito desejado, significa ter força executiva, haja vista que a “eficácia” das tutelas provisórias decorre de sua aptidão para ser realizada no mundo dos fatos imediatamente.

As tutelas provisórias, uma vez executadas, têm preservados no mundo real os efeitos que produziram até que uma decisão definitiva sobrevenha. Portanto, depois da concessão da tutela provisória, o processo deve continuar em busca da decisão definitiva até ser extinto.

A extinção do processo pode-se dar com ou sem resolução de mérito, conforme os artigos 487 e 485 do Novo CPC, respectivamente. Quando a decisão final resolve o mérito, ela pode confirmar ou revogar a tutela provisória que fora concedida. De qualquer forma, o que prevalecerá são os efeitos do provimento jurisdicional definitivo.

Se a extinção do processo foi sem resolução de mérito, também haverá cessação dos efeitos da tutela provisória. Esse é o comando da primeira parte do *caput* do artigo comentado. Sendo assim, a tutela provisória conserva sua eficácia enquanto durar o processo no qual foi concedida.

Todavia, o artigo 303 do Novo CPC excepciona essa regra. O dispositivo em referência possibilita a estabilização da tutela provisória antecipada. Neste caso, assim que a medida é efetivada, o processo extingue-se sem que haja a cessação dos efeitos da medida provisória concedida. Além de continuar ativa, a tutela antecipatória estabilizada não pode ser revogada ou modificada no processo em que foi concedida, uma vez ele não estará mais em curso.

Qualquer alteração deverá ser requerida em novo processo que tenha como objetivo a tutela definitiva correspondente (sobre a estabilização da tutela antecipada provisória remetemos o autor à leitura dos comentários relativos aos artigos 303 e 304).

A segunda parte do *caput* do artigo estudado afirma que a qualquer tempo, na pendência do processo, a medida provisória pode ser revogada ou modificada. Trata-se de disposição harmônica com a natureza das tutelas provisórias, pois todas advêm de cognição não exauriente, insuficiente, portanto, para formar coisa julgada.

Em outras palavras, o que é provisório se baseia em cognição não exauriente, não atende à garantia da segurança jurídica, por isso deve durar apenas o tempo necessário e indispensável à obtenção da certeza jurídica exarada pela decisão definitiva final (aquela da qual não cabe mais recurso e pode ser definitivamente executada). Portanto, pelo menos em princípio, após a concessão da tutela provisória o processo deve continuar até chegar a um juízo de certeza. Quanto mais o processo avança o conhecimento a respeito do litígio, vai se ampliando e se aprofundando, de forma que o juízo vai adquirindo mais conhecimento sobre o litígio. Fatos supervenientes podem também acontecer e influenciar o processo. Durante esse caminho a medida provisória concedida vai aos poucos sendo corroborada ou confrontada, sendo adequado que o magistrado possa revogar ou modificar a tutela provisória requerida em conformidade com o andamento do processo, em nome da boa prestação jurisdicional.

São muitas as situações processuais que justificam a revogação ou modificação da tutela provisória. Caso a tutela provisória tenha sido concedida liminarmente, *inaudita altera parte*, a contestação do réu pode ser motivo suficiente para a cassação da medida.

Haveria limites para o poder do juiz de revogar ou modificar a medida provisória anteriormente concedida, sem que houvesse ao menos requerimento da parte prejudicada?

Existem posições doutrinárias que defendem a necessidade de requerimento da parte prejudicada, mas a posição majoritária defende a revogabilidade e modificabilidade de ofício.[5] Acreditamos que o limite a esse poder do juízo está na fundamentação da decisão. Não seria, por acaso, que logo a seguir, no artigo. 298, o legislador enfatiza o princípio da motivação das decisões judiciais dispondo: “na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”. Na motivação da decisão o Juízo deve indicar quais acontecimentos processuais fundamentam a revogação ou modificação da medida provisória.

Ressaltamos que o dispositivo em comentotem aplicação para as tutelas cautelares, as tutelas antecipadas incidentais sem requerimento de estabilização e também, as tutelas de evidência (aquelas não fundamentadas na urgência).

Quanto às tutelas antecipadas que visam a estabilização, entendemos que extinto o processo no qual a medida foi concedida e alcançada a estabilização, a tutela somente poderá ser revogada ou modificada no bojo do processo posterior que busca a tutela definitiva, a ser eventualmente instaurado antes do prazo de dois anos, regulado pelo parágrafo 5º do artigo 304 do Novo CPC.

Ainda não se pode esquecer de comentar a hipótese na qual tenha havido recurso contra a medida provisória e ela tenha sido mantida pelo Tribunal. Neste caso, como ao juiz de primeiro grau é vedado revogar acórdão, a revogação ou modificação da medida estaria vedada ao juízo por decisão interlocutória. Apenas por ocasião da sentença estaria o magistrado autorizado a revogar ou confirmar a medida provisória[6].

4. Dos poderes do juiz na efetivação das medidas

O Código de Processo Civil é peremptório ao afirmar que o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória (CPC, art. 297).

Cumpramos esclarecer que efetivar a tutela provisória significa executá-la. Nesse sentido, o parágrafo único do citado art. 297 determina que sejam seguidas na execução as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença, de maneira que somos remetidos às disposições constantes nos artigos 513 e seguintes do Novo

CPC. Ainda segundo o artigo 519 do *novel codex*, as técnicas de liquidação também se aplicam às tutelas provisórias.

Podemos concluir da leitura do presente dispositivo que a execução das tutelas antecipadas se faz, em regra, na mesma forma do cumprimento de sentença ainda não transitada em julgado, visto que o parágrafo único manda observar as regras da execução provisória e não definitiva. Sobre a distinção entre essas espécies de execução remetemos o leitor à leitura dos comentários referentes aos artigos 513 e seguintes do CPC, especialmente do artigo 520, que regulamenta o cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo.

Ressaltamos que as tutelas provisórias podem determinar execuções por quantia certa, para entrega de coisa certa, de obrigações de fazer ou não fazer, ou seja, “todas as medidas adequadas para a efetivação da tutela provisória”.

Em harmonia com o dispositivo ora estudado está o artigo 301 do Novo CPC que confirma serem as tutelas provisórias cautelares efetiváveis por quaisquer medidas idôneas que assegurem o direito. O artigo, inclusive, traz os seguintes exemplos de medidas cautelares: arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem. Nos casos de estabilização da tutela antecipada encampamos o entendimento de Heitor Vitor Mendonça Sica[7], para quem a tutela estabilizada enseja execução definitiva, assim que seja extinto o processo nos termos do § 1º do artigo 304 do presente Código. Afinal, não faria sentido criar a estabilização e impor-lhe as restrições do provimento provisório de sentença como a exigência de caução para levantar quantia depositada em dinheiro, ou para alienação de propriedade e transferência de posse. Não podemos esquecer que, nesses casos, quando o executado deixou de recorrer tinha ciência da consequente estabilização de tutela, o que equivale a uma concordância tácita, não com o mérito da tutela, mas com todos os seus efeitos.

5. Da motivação da decisão

Determina o nosso Código de Processo Civil que o juiz deverá motivar seu convencimento de modo claro e preciso toda vez que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória (art. 298).

Tal dispositivo corrobora o princípio processual constitucional da motivação das decisões jurisdicionais, expresso no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que dispõe: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, (...)”.

O princípio da motivação das decisões judiciais é tradição em nosso ordenamento jurídico e também é reafirmado pelo art. 489 no estatuto processual vigente, tendo em vista que não basta o juiz dizer o direito, sendo de fundamental importância que ele diga quais os fundamentos fáticos e jurídicos que motivaram seu convencimento..

O princípio da motivação das decisões judiciais está intimamente relacionado ao nosso sistema de valoração das provas produzidas no processo e à liberdade de julgar dos magistrados. Sabemos que impera o princípio do livre convencimento motivado do juiz, segundo o qual o juiz tem liberdade de avaliar e valorar as provas produzidas durante o processo, além de poder formar uma convicção “pessoal” sobre a resolução da lide.

Trata-se de uma convicção pessoal, mas submetida aos ditames de nosso ordenamento jurídico. Tudo deve se passar como se o magistrado tivesse alcançado conhecer a vontade da lei para o caso concreto. Ao elaborar sua fundamentação ele deve demonstrar que chegou à solução de maneira imparcial, com o raciocínio submetido à lógica, aos princípios e ao conhecimento jurídico-científico.

A motivação expressa das decisões jurisdicionais é instrumento imprescindível para saber se houve imparcialidade, se o julgador realmente conheceu a lide, se ele apreciou e considerou os argumentos das partes, enfim se as garantias constitucionais foram respeitadas.[8]

Entendemos que ao corroborar o princípio da motivação das decisões judiciais neste ponto do código, o legislador quis senão limitar pelo menos alertar para a adstrição o poder do juiz de conceder revogar, modificar, ou conceder as tutelas provisórias aos princípios constitucionais, cujo cumprimento pode ser controlado mediante a análise da motivação das decisões a respeito das tutelas provisórias.

Mais especificamente em relação à modificação ou revogação de decisão já proferida o Juízo deve indicar com elementos que constam dos autos que os motivos da mudança de seu entendimento.

6. Da competência

Segundo dispõe o art. 299 do Novo CPC, as tutelas provisórias de caráter antecedente devem ser requeridas ao Juízo competente para apreciar o pedido principal. Coerentemente, as tutelas provisórias incidentais também devem ser julgadas pelo juiz natural do pedido principal. As normas relativas à competência estão dispostas nos artigos 44 a 53 do Novo CPC, aos quais remetemos o leitor.

O parágrafo único do art. 299 diz respeito à competência para julgar o pedido de tutela provisória em nível de tribunal. Isso pode acontecer quando a causa é de competência originária do tribunal, de forma que o juiz de primeiro grau não participa do julgamento da lide ou quando, estando a causa em nível recursal, surge a necessidade ou a conveniência de uma das partes requerer o pedido de tutela provisória. Neste caso, o presente dispositivo determina que a parte faça o pedido diretamente ao órgão do tribunal competente para julgar o mérito do recurso.

É importante distinguir duas situações: a primeira refere-se à situação interposição de recurso contra a decisão que julgou o pedido de tutela provisória. Concedida ou denegada a medida pelo juiz de primeiro grau, cabe agravo de instrumento que devolve o mérito da tutela provisória ao órgão recursal competente para manter, cassar ou modificar a medida. Nessa hipótese o pedido de tutela provisória foi feito em primeiro grau e a decisão do juiz está sendo combatida pelo recurso.

Mas é perfeitamente possível que a parte não tenha feito ainda qualquer pedido de tutela provisória ao juízo de primeiro grau. É possível que apenas quando a causa estiver em nível recursal surja a necessidade de uma tutela provisória. Neste caso o pedido de tutela provisória deve ser requerido diretamente ao órgão de segundo grau. Isso independe da espécie de tutela provisória requerida, seja de urgência (cautelares e antecipatórias), seja de evidência, o pedido deve ser feito diretamente no órgão *ad quem*.

A concessão de tutelas provisórias em nível recursal é feita principalmente pelo manejo do efeito suspensivo dos recursos. O efeito suspensivo é aquele que retira da decisão recorrida a aptidão para ser executada. Quando um recurso contra qualquer decisão é recebido com efeito suspensivo, significa que a decisão que está sendo combatida pelo recurso não terá eficácia enquanto o recurso não for julgado. O inciso II do artigo 932 do presente Código concede ao relator do recurso poderes para "apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal". De forma que o relator está autorizado a atribuir efeito suspensivo a recurso que por regra não o tenha (efeito suspensivo *ope judicis*) e também a cassar o efeito suspensivo dos recursos que como regra o tenham. São exemplos de dispositivos legais que concedem esse poder ao relator: § 3º do art. 1.012; § 1º do art. 1.026; § 5º do art. 1.029, aos quais remetemos o leitor.

7. Conclusão

As tutelas provisórias nunca fazem coisa julgada, ou seja, são inaptas para se tornar imutáveis e indiscutíveis. Já as tutelas definitivas, diferentemente, ao transitar em julgado, adquirem imunidade contra decisões posteriores.

A coisa julgada é imutável porque não pode ser modificada por decisão posterior. Consequentemente, a propositura de mesma lide em outro processo fica vedada. Além de imutável, ela é indiscutível porque impede que se aprecie a mesma questão em outro processo futuro entre as mesmas partes.

Já a tutela provisória não transita em julgado, de modo que pode ser modificada ou revogada por decisão posterior (ver Novo CPC, art. 296), além de também ser rediscutida no mesmo processo ou em outro processo futuro entre as mesmas partes. Uma vez extinto o processo na qual ela foi concedida, a tutela provisória não impede a reapreciação da mesma lide em outro processo entre as mesmas partes.

Como já dissemos, o objetivo maior das tutelas provisórias consiste em atender à efetividade e à celeridade processuais, de forma que se abre mão de um juízo de certeza em prol da efetividade e celeridade. Um juízo de certeza jurídica somente pode ser obtido após a produção integral de provas, obedecido o contraditório, a ampla defesa, efetivado todo o procedimento legal, enfim, respeitadas todas as garantias do devido processo legal.

Uma decisão definitiva está fundamentada em uma cognição plena e exauriente. Plena porque significa que o juiz examinou toda a extensão do debate das partes, e exauriente porque foi observado o maior grau de profundidade possível. A decisão proferida com base em cognição plena e exauriente propicia um juízo com o mais elevado índice de segurança em relação à certeza do direito controvertido. Por isso, o Estado confere a essa decisão a autoridade da coisa julgada.

Diferentemente acontece com as decisões provisórias que estão fundamentadas em cognição sumária, não exauriente. Elas advêm de um juízo superficial e não aprofundado que se baseia na probabilidade do direito alegado pelo requerente. Para o autor, "entre a perfeição e a celeridade, o legislador procurou privilegiar este último, mas em contrapartida deixou de conferir a autoridade de coisa julgada material ao conteúdo declaratório assentado em cognição sumária".[9]

8. Bibliografia

ALVIM, Arruda Manual de Direito Processual Civil, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: GZ editora, 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela – exposição didática. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

MELO, Nehemias Domingos de. Novo CPC Anotado, Comentado e Comparado, 2ª. ed. São Paulo: Rumo Legal, 2016.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a “estabilização da tutela antecipada” IN: Revista do Advogado, n.126, maio 2015.

WATANABE, Kazuo. Da cognição do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOTAS:

[1] Advogada, Professora de Direito Civil e Processual Civil na Universidade Paulista (UNIP), Graduada em Direito e Pedagogia (USP), Mestre em Direito (FADISP), Especialista em Direito Civil (FADISP) e Direito Processual Civil (EPD).

[2] CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela – exposição didática. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 1.

[3] MELO, Nehemias Domingos de. Novo CPC Anotado, comentado e Comparado, 2ª. ed. São Paulo: Rumo Legal, 2016.

[4] Sobre o confronto entre princípios processuais constitucionais, vide: Teori Albino Zavascki. Antecipação da tutela, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 60/70.

[5] Eduardo Alvim, Comentários, art. 807, p. 1260; Câmara, v. 3, p.31; contra *apud* Lacerda.

[6] ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: GZ ed. 2012, p. 1260.

[7] SICA, Heitor Vitor Mendonça. Primeiras impressões sobre a “estabilização da tutela antecipada” *IN*: Revista do Advogado, n.126, maio 2015, p. 120.

[8] NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 216; c.c. ALVIM, Arruda Manual de Direito Processual Civil, 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57, v.1.

[9] WATANABE, Kazuo. Da cognição do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 108.

O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS NA SALVAGUARDA DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO

JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO:

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, especialista em Direito Tributário pela Faculdade Única. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professora de Direito Penal e Direito Constitucional da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco - AEVSF, advogada.

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA (Coautor)

Resumo: O objetivo do artigo é analisar a importância do Juiz das Garantias para o sistema acusatório brasileiro, no que tange a imparcialidade do juiz sentenciante. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cujo método empregado é o dedutivo. É dedutivo porque é um processo de análise da informação que utiliza livros e artigos científicos para obter uma conclusão a respeito do problema. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas na área de Direito, mais precisamente na área de Direito Processual Penal e Direito Penal, para ao final concluir que a nova figura do Juiz das Garantias concretiza em maior medida o princípio acusatório, protege a imparcialidade do magistrado e garante o devido processo legal.

Palavras-Chave: Pacote Anticrime. Juiz das Garantias.

Abstract: The objective of the article is to analyze the importance of the Judge of Guarantees for the Brazilian accusatory system, regarding the impartiality of the judgment. It is a descriptive research, and the deductive method is used. It is deductive because it is an information analysis. The work was carried out through bibliographic research in the area of Law, more precisely in the area of Criminal Procedural Law and Criminal Law, to conclude at the end that the new figure of the Judge of Guarantees concretizes the accusatory principle to a greater extent protects the magistrate's impartiality and guarantees due legal process.

Keywords: Anti-crime Law. Guarantee Judge.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história processual penal brasileira, o juiz assumiu várias posturas de atuação na fase investigatória preliminar, tendo em si, por muito tempo, a figura do juiz inquisidor, que detinha amplos e irrestritos poderes de investigação, acumulando o exercício das funções policiais e judicantes.

Atualmente, o juiz não mais comanda as investigações, mas, ainda assim, antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 (chamada de “Pacote Anticrime”), possuía poderes que revelavam a presença inquisitorial no sistema, como a determinação da produção antecipada de provas, prevista no art. 156, I do Código de Processo Penal, e a determinação, de ofício, da prisão preventiva em qualquer fase do inquérito policial.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, instituiu-se a figura do Juiz das Garantias. Esta nova entidade atuará propriamente na fase do inquérito policial, evitando que o magistrado sentenciante se contamine com os elementos de informação produzidos e com as provas porventura produzidas, objetivando garantir uma maior imparcialidade, essencial para que se concretize o devido processo legal.

Desse modo, o presente estudo tem como objeto de investigação a nova figura do Juiz das Garantias, evidenciando a sua importância para o sistema acusatório brasileiro, tendo em vista a divergência doutrinária que ocorria no Brasil a respeito do sistema de condução processual penal antes da aprovação do “Pacote Anticrime”.

2. SISTEMA INQUISITÓRIO X SISTEMA ACUSATÓRIO – E A NOVA SISTEMÁTICA BRASILEIRA

Todos os Estados (Países) adotam para si um sistema de condução do processo penal, e cada sistema possui suas particularidades, como diferentes tipos de órgãos (de defesa, acusação, julgamento), diferentes tempos de processamento para um acusado, forma como ocorre a acusação (se por iniciativa privada ou por iniciativa de um órgão público), etc. Tratando-se dos Estados modernos ocidentais, pode-se identificar três sistemas processuais penais: o sistema acusatório, o sistema inquisitório e o sistema misto.

A doutrina brasileira diferencia o sistema inquisitório do sistema acusatório com base na identidade atribuída aos órgãos de acusação e de julgamento. Enquanto que no sistema inquisitório estes órgãos possuem a mesma identidade, no sistema acusatório os órgãos possuem identidades diferentes. Ou seja, no sistema inquisitório o papel do órgão de acusação e do órgão de julgamento se encontram reunidos em um mesmo ente; e, no sistema acusatório, o órgão de acusação e o órgão de julgamento possuem personalidades distintas. Para Pacelli (2017, p. 10),

neste sistema, o processo criminal se inicia com uma acusação oferecida pelo órgão competente para tal; e, naquele, o próprio juiz, de ofício, dá início ao processo, oferecendo a denúncia.

Lopes Jr. (2015, p. 42), por sua vez, afirma que, no sistema inquisitório, não existe contraditório e dialeticidade no processo, vez que ao julgador são atribuídas as funções de instruir o processo e de acusar, "*pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu*". Este doutrinador ainda elenca outros elementos caracterizadores do sistema inquisitório, como (Lopes Jr., 2015, p. 43):

- a) gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo);
- b) ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz);
- c) violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação);
- d) juiz parcial;
- e) inexistência de contraditório pleno;
- f) desigualdade de armas e oportunidades;

Este doutrinador explica, por conseguinte, que o sistema acusatório é fundado no princípio da separação entre as figuras do acusador e do julgador, com o ônus probatório das partes (e não do julgador) e ausência de tarifação das provas; além de haver o tratamento isonômico das partes e a publicidade do processo (Lopes Jr., 2015, p. 43). Todo este sistema, frise-se, é pensado para se garantir a manutenção da imparcialidade do acusador, elemento indissociável dos princípios constitucionais e infraconstitucionais caracterizadores de um Estado Democrático e Social de Direito, como o do devido processo legal, do promotor e juiz natural, e do contraditório e a ampla defesa. Conforme leciona Lopes Jr. (2015, p. 44):

Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual.

[...]

O processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo (...) para garantir a imparcialidade (...) efetivação do contraditório.

Ao lado desses dois sistemas (inquisitivo e acusatório), a doutrina observa a existência de um terceiro modelo, chamado de "*sistema processual misto*". Neste modelo, haveria a coexistência de elementos do sistema inquisitivo e do sistema acusatório, com a definição de uma fase pré-processual inquisitória (inquérito) e processual acusatória. No Brasil, os doutrinadores se debatiam sobre qual modelo havia sido adotado em nosso Estado, se o misto ou se o acusatório.

Os que defendiam que o Brasil havia adotado um modelo misto, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, afirmavam que assim o era devido ao fato de a persecução penal ser dividida em duas fases (fase de investigação e fase processual), sendo a primeira de caráter inquisitivo, sobretudo porque havia a participação do juiz na colheita *ex officio* de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (art. 156 CPP), e a segunda marcada pelo caráter acusatório, em que assegura-se ao réu o direito ao contraditório e ampla defesa (NUCCI, 2020, p. 82).

Há ainda os que afirmavam que o processo penal brasileiro era acusatório (sendo esta corrente a majoritária), como Pacelli (2017), pois que haveria a separação entre as figuras daquele que acusa e daquele que julga. Por fim, havia uma corrente minoritária, quase inexistente, encabeçada por Aury Lopes Jr. (2015) que dizia que o sistema brasileiro era (neo)inquisitório, pois que de nada adianta haver a separação entre as figuras do acusador e do julgador se o juiz ainda assim continua decidindo sobre a produção antecipada das provas consideradas urgentes e relevantes, observada a necessidade, adequação e necessidade da medida, mesmo antes de iniciada a ação penal (havendo a quebra da imparcialidade, portanto).

Neste contexto, foi criada a Lei nº 13.964/2019, chamada de "Pacote Anticrime", ou "Lei Anticrime", que entrou em vigor em 24 de janeiro de 2020. Esta lei tem como objetivo modernizar e aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, criando, dentre outras coisas, o "Juiz das Garantias" com a inclusão dos artigos 3º-A e 3º-B da Legislação Processual Penal. Se antes havia dúvidas e discussão quanto ao modelo de sistema processual penal adotado no Brasil, o artigo 3º-A do Código de Processo Penal surgiu para eliminar esta incerteza com a seguinte redação:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Desse modo, o artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019, expressamente define o sistema brasileiro como acusatório. Entretanto, não basta tão somente se afirmar como sendo algo se a estrutura deste objeto não o define como tal; por isso, além de definir o sistema acusatório, o artigo 3º-A ainda estipula a total separação entre a figura do julgador daquele que autoriza a produção de provas no inquérito e participa da investigação. Além disso, este artigo veda ao julgador a substituição pelo órgão de acusação quando da atuação probatória, ou seja, impede o juiz de determinar provas quando da instrução do processo. Criou-se, então, a figura do "Juiz das Garantias", que atua como um "*juiz controlador da legalidade e garantidor dos direitos fundamentais, e não como investigador do caso penal*" (Machado, 2020).

A existência de um juiz das garantias é uma necessidade inerente a um Estado Democrático e Social de Direito, pois que permite ao julgador uma maior isenção quando o afasta da produção de provas e das decisões sobre medidas constritivas patrimoniais e pessoais na fase pré-processual. Para Machado (2020), a instituição e criação do juiz das garantias se trata "*de uma verdadeira revolução política no campo do processo penal em direção a um paradigma de maior compromisso democrático*". Casara (2010, p. 170), por sua vez, ao propor a criação de um juiz de garantias, muito antes de sua existência, o definia como o "*responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela das liberdades públicas, ou seja, das inviolabilidades pessoais/liberdades individuais frente à opressão estatal, na fase pré-processual*".

Ao contrário de críticas que podem ser levantadas, a criação do juiz das garantias não se trata de uma restrição ou condicionamento da atividade do julgador ou das autoridades que atuam na investigação. Na verdade, a criação desta entidade visa, tão somente, a assegurar o efetivo contraditório e o devido processo legal, afastando o julgador ainda mais de qualquer contato próximo que possa vir a ter com alguma das partes, ou com a atividade do órgão de acusação. A existência desta nova figura em nada dificultará a atividade judicante, muito menos restringirá os poderes do juiz que atuará na fase judicial do processo criminal.

3. A REFORMA DA LEI 13.964/19 E O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS

Inicialmente, sabe-se que o Juiz criminal não é acusador e nem tampouco investigador. Esse papel é constitucionalmente designado ao Ministério Público. Para impedir que o Juiz que conduz o processo se contamine com a prova produzida no

Inquérito Policial, criou-se a figura do Juiz das Garantias, que atuará apenas na fase investigatória. Será, portanto, um juiz próprio da fase de investigação.

Entende-se por “contaminação com as provas produzidas no inquérito policial” aquelas provas em que há a determinação/concessão de sua produção pelo Juiz, mas que, posteriormente, no curso do processo criminal, percebe-se que foram produzidas em desconformidade com a lei (e que são, por causa disso, ilegais). Ora, o Juiz que toma conhecimento e ciência dessas provas no curso da investigação criminal, não pode simplesmente “apagar” as informações, nelas contidas, de sua memória. Como então haveria isenção e parcialidade se o Juiz tomou conhecimento de provas que apontam materialidade e autoria, mas que depois foram consideradas ilegais? Tal concepção, decerto, não encontra amparo em um Estado Democrático e Social de Direito que adota o sistema acusatório como sistema processual penal (LOPES JR., 2015, p. 43).

Embora a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) tenha trazido a disposição com o objetivo de implementação, o Juiz das garantias é figura antiga, presente no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, idealizado e proposto pelo Senado no ano de 2009. Vejamos a exposição de motivos:

Há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada; e práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor – Decreto-lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 –, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei no 3.689, de 1941, e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional (Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, 2009).

A criação do Juiz das garantias é importante sobretudo porque garante a imparcialidade do Juiz que irá julgar o processo, aumentando assim, direitos

fundamentais do réu na fase inquisitorial: O Direito fundamental ao devido processo legal.

Pertinentes são os ensinamentos de Badaró (2011, p. 344) ao refletir sobre a imparcialidade do juiz como "*elemento integrante do devido processo legal*", até porque não é "*devido, justo ou equo um processo que se desenvolva perante um juiz parcial*". E isso bastaria para que se "*afirmasse que a Constituição tutela o direito de ser julgado por um juiz imparcial*".

O doutrinador Barros Filho (2009), entretanto, traz severa crítica à figura do Juiz das Garantias, dizendo que a instituição do mesmo extingiria o inquérito policial, presidido pelos delegados de polícia, porque esse novo juiz controlaria as investigações realizadas pelos policiais civis e presidiria a instrução criminal. Instituir-se-ia, portanto, "um juizado de instrução". Contudo, o objetivo do juiz das garantias não é o de "extinguir o Inquérito Policial", usurpando o papel do Delegado de Polícia, mas sim permitir e garantir a imparcialidade do Juiz que irá sentenciar no processo penal, sobretudo porque, quando o sistema aplicado mantém o juiz sentenciante afastado da iniciativa probatória, fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador (LOPES JR., 2015, p.43).

É importante lembrar que o próprio Poder Judiciário, através de seus regimentos internos, portarias e resoluções já se organiza dotando determinados juízos com funções específicas, como varas especializadas de falência e recuperação de empresas, família, sucessões etc. O que ocorre com o Juiz das Garantias, então, é apenas a dissociação de um juízo em dois: onde havia um único juiz que presidia o inquérito e atuava na fase processual, agora haverá dois, um para atuar no inquérito policial e outro para atuar no processo judicial.

Momento semelhante houve no Brasil com a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que instituiu varas especializadas para o julgamento de ações envolvendo organizações criminosas, nas quais a sentença é proferida por um colegiado de três juízes. O mesmo ocorre com a criação do Juiz das Garantias: há uma reorganização do Poder Judiciário através da Lei.

Desse modo, através do controle de legalidade, o novo juiz atuará na fase investigatória, sendo responsável pelas decisões tomadas durante a investigação, tendo as atribuições dispostas no artigo 3º-B do Código de Processo Penal (incluído neste diploma legal pela Lei nº 13.964/2019). É imperioso ressaltar também que foram impostas vedações ao Juiz das Garantias: o magistrado não deve ter qualquer iniciativa na fase de investigação, devendo sempre se valer de requerimentos (do Ministério Público ou do defensor do investigado) e representações da autoridade

policial. Em segundo lugar, não deve substituir a atividade de recolher provas, típica do órgão de acusação, mas também do delegado. Se, porventura, o fizer, poderá gerar questionamentos por meio de *habeas corpus* (em favor do investigado) ou correição parcial (em favor do Ministério Público). Não há o reconhecimento de nulidades em investigação criminal, mas a prova colhida poderá ser considerada ilícita e desentranhada do feito (NUCCI, 2020, p.83).

O Juiz das Garantias decidirá sobre relevantes matérias que maculariam a imparcialidade do Juiz sentenciante, a exemplo de (art. 3-B CPP):

- a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
- b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
- c) busca e apreensão domiciliar;
- d) acesso a informações sigilosas;
- e) recebimento de comunicação imediata da prisão, bem como o auto de prisão em flagrante
- f) requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar
- g) requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e ampla defesa em audiência pública e oral.

Frise-se, novamente, que todas estas funções atribuídas ao Juiz das Garantias objetivam, de fato, proteger o processo penal contra a mácula da parcialidade ao impedir que o juiz sentenciante se contamine no futuro. Maya (2011, p. 219) obtempera que o contato do magistrado com o "*material informativo colhido no inquérito policial lhe retira a imparcialidade exigida para a posterior condução do processo e emissão de uma decisão de mérito*".

Fica evidente que a nova figura do Juiz das Garantias dará a versão acusatória à parte relativa à investigação criminal, conforme se separa o juiz que se envolve na investigação daquele que verificará a prova no futuro, para analisar uma possível condenação. Desse modo, com esta nova entidade, houve um aumento no rol de garantias fundamentais do acusado, pois existe a maior garantia da imparcialidade do juiz que o julgará (NUCCI, 2020, p. 82).

Os inquéritos terão um juiz específico e responsável, exclusivamente, por autorizar medidas como prisões cautelares, interceptação telefônica e busca e apreensão. Após o recebimento da denúncia ou queixa, o Juiz das Garantias não atuará mais no caso, que passará ao próximo juiz, dessa vez, totalmente imparcial: o juiz de instrução e julgamento. Segundo Silveira (2011, p. 250), membro da comissão redatora do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal:

O juiz das garantias está na essência do sistema acusatório desenhado no PLS nº 156 de 2009. Um é a imagem refletida do outro. Chego a dizer que a separação e a especialização do agente judicial no tocante às fases da investigação e do processo representam a etapa de maior refinamento e de afirmação do sistema acusatório.

Assegura-se, assim, o sistema acusatório. Não por acaso a Lei nº 13.964/2019, que institui o Pacote Anticrime, traz, em seu art. 3º-A, a afirmação de que o processo penal terá estrutura acusatória, estando vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Desse modo, o papel do Juiz das Garantias no nosso ordenamento pátrio concretiza princípios constitucionais, como o devido processo legal e a garantia do juiz imparcial, ao diferenciar os juízes que atuarão na fase inquisitorial e na fase processual.

4. A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DOS ARTIGOS 3º-A A 3º-F DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO JULGAMENTO DAS ADI'S Nº 6298, 6299, 6300 E 6305 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 22 de janeiro de 2020, faltando dois dias para a entrada em vigor do "Pacote Anticrime", o Supremo Tribunal Federal, por meio do seu Ministro Luiz Fux, suspendeu por prazo indeterminado a eficácia dos artigos 3º-A a 3º-F do "Pacote Anticrime", ou seja, suspendeu a eficácia das normas que instituem o Juiz das Garantias. Assim, o Ministro Luiz Fux, relator das ADI's nº 6298, 6299, 6300 e 6305 (que visam à declaração de inconstitucionalidade dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal), constatou que determinar a instituição de um novo cargo de juiz fere a autonomia organizacional do Poder Judiciário, uma vez que altera a divisão e a organização de serviços judiciários de forma significativa e exige a *"completa reorganização da Justiça criminal do país, preponderantemente em normas de organização judiciária, sobre as quais o Poder Judiciário tem iniciativa legislativa própria"* (ADI nº 6.298 MC/DF).

O Ministro Luiz Fux acrescenta ainda que há ofensa à autonomia financeira do Judiciário e causará impacto financeiro relevante, com a necessidade de reestruturação e redistribuição de recursos humanos e materiais e de adaptação de sistemas tecnológicos sem que tenha havido estimativa prévia, como exige a Constituição. Por fim, sustenta a ausência de previsão orçamentária, até mesmo para outros órgãos que serão afetados indiretamente, como o Ministério Público, que terá que dispor de mais membros, e conseqüentemente, mais recursos.

Como consequência da suspensão da eficácia dos mencionados artigos, o índice de encarceramentos no Brasil continuará aumentando, pois que, se o Juiz das Garantias visa a conferir maior segurança às decisões e permitir uma melhor análise dos pedidos de prisão provisória e prisão preventiva, decerto que a inexistência de um juízo distinto, com função própria para tal, fará com que os mesmos erros judiciários continuem ocorrendo (com prisões ilegais e juntada aos processos de provas colhidas ilicitamente).

Dessa maneira, a decisão mais acertada seria a implementação do Juiz das Garantias, mesmo que isso viesse a causar um aumento das verbas utilizadas pelo Poder Judiciário, pois este órgão não pode se eximir de cumprir uma obrigação instituída em princípios constitucionais (reorganizando-se para fazer cumprir a imparcialidade dos juízes em suas decisões) sob a alegação de que esta reorganização causaria aumento nos gastos.

5. CONCLUSÃO

A criação do instituto do Juiz de Garantias é uma alternativa contemporânea, que concretiza, em maior medida, o princípio acusatório, protege a imparcialidade do magistrado e garante o devido processo legal, princípio caro à ordem constitucional. Com efeito, trata-se de uma nova metodologia de divisão dos trabalhos exercidos em uma persecução penal, que, apesar de alterar a estrutura do Poder Judiciário, não deixa de ser importante para o sistema acusatório brasileiro.

Suspendendo a eficácia dos artigos que institucionalizam a figura do Juiz das Garantias, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, alega que haverá um aumento nos gastos pelo órgão do Poder Judiciário, e que por isso deve ser analisada a constitucionalidade dos artigos. Ele alega que haverá também a redistribuição de recursos humanos e materiais, com aumento orçamentário e afetação de outros órgãos de forma indireta, como o Ministério Público.

Entretanto, apesar de, de fato, haver esta mudança de estrutura, não se pode negar que o instituto carrega em si a condição de melhoria do sistema acusatório

brasileiro, uma vez que é mais um distanciamento do processo penal com roupagem inquisitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Direito ao julgamento por juiz imparcial*. como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz das garantias. In: *Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Org: Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6.ed. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2017.

BARROS FILHO, Mário Leite de. *Da inconstitucionalidade do juiz de garantias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2049, 9 fev. 2009. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/12302/da-inconstitucionalidade-do-juiz-de-garantias>>. Acesso em: 30 de março de 2020.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal, parte geral, arts 1º ao 120*. 24ª Edição. São Paulo, Saraiva: 2018.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal, parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal. *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

CASARA, Rubens R. R.. *Juiz das Garantias: entre uma missão de liberdade e o contexto de repressão*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2015.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Juiz das garantias: a nova gramática da Justiça criminal brasileira*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-21/academia-policial-juiz-garantias-gramatica-justica-criminal#_ftn10>. Acesso em: 30 de março de 2020.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo: da prevenção da competência ao juiz das garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2015.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal*. In: *Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Org: Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

REGILAINE DE CARVALHO INACIO:

Acadêmica em Direito no IESB - Instituição de Ensino Superior de Bauru/SP.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO²

(orientadora)

RESUMO: Os Juizados Especiais Criminais (JECRIM) são os órgãos da Justiça que existem no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Estados. Tem competência para conciliação, processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, com intuito de celeridade na resolução do processo, assim como a reparação do dano causado à vítima, através de um acordo. Estes órgãos jurisdicionais devem ser orientados pela conciliação e transação penal como forma de composição, e o julgamento de recursos por turmas de juízes. Os processos incumbidos aos Juizados Especiais devem ser guiados pelos princípios da Oralidade, Simplicidade, Informalidade, Economia Processual e Celeridade, com o objetivo de oferecer efetividade à ágil tramitação das causas e viabilizar a conciliação ou a transação como forma de solução do conflito litigioso. O presente artigo buscou discorrer sobre as características dos Juizados Especiais Criminais, principalmente no que se refere a lei nº 9.099/95. O trabalho foi constituído de uma revisão de literatura, com base em artigos científicos, livros, sites específicos, Códigos, Leis, monografias, dissertações e teses relacionadas ao assunto. A real e verdadeira justiça é aquela em que as partes saem totalmente satisfeitas, àquela em que elas participam da resolução do seu conflito, para que a lide processual e sociológica seja solucionada.

Palavras-chave: Juizado Especial Criminal. Lei 9.099. Celeridade processual. Infrações penais.

ABSTRACT: The Special Criminal Courts (JECRIM) are the organs of Justice that exist within the Union, the Federal District and the States. It is competent to conciliate, prosecute and prosecute criminal offenses of minor offensive potential, with the aim of speeding up the settlement of the case, as well as reparation of the damage caused to the victim through an agreement. These courts should be guided by conciliation and criminal prosecution as a form of composition, and the judgment of appeals by groups of judges. The processes assigned to the Special Courts must be guided by the principles of Orality, Simplicity, Informality, Procedural Economics and Speed, with the objective of providing effectiveness to the expedited processing of cases and enabling conciliation or transaction as a way to resolve the disputed dispute. This article aims to discuss the characteristics of Special Criminal Courts, especially with

regard to Law N° 9.099/95. The work consisted of a literature review, based on scientific articles, books, specific websites, Codes, Laws, monographs, dissertations and theses related to the subject. Real and true justice is one in which the parties are totally satisfied, the one in which they participate in the resolution of their conflict, so that the procedural and sociological dispute can be resolved.

Keywords: Special Criminal Court. Law 9.099. Procedural speed. Criminal offenses.

Sumário: Introdução. 1 Do acesso à justiça. 2 Lei 9.099/95: Lei dos juizados especiais. 2.1 Princípio da oralidade. 2.2 Princípio da simplicidade. 2.3 Princípio da informalidade. 2.4 Princípio da economia processual. 2.5 Princípio da celeridade processual. 3 Competência e princípios dos juizados especiais criminais. 4 Medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95. 5 Representação criminal nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, 6 Impeditivos para instauração do processo no jecrim; 6.1 Execução jecrim, 6.2 Sistema recursal no jecrim. 6.3 Recursos cabíveis Lei 9.099/95, 6.4 Recurso extraordinário jecrim, Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais Criminais (JECRIM) são os órgãos da Justiça que existem no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Estados. Tem competência para conciliação, processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, com intuito de celeridade na resolução do processo, assim como a reparação do dano causado à vítima, através de um acordo. Estes órgãos jurisdicionais devem ser orientados pela conciliação e transação penal como forma de composição, e o julgamento de recursos por turmas de juízes (SANTOS, 2013; FAVERI, 2018).

De acordo com Faveri (2018), o Juizado Especial Criminal é *“provido por juízes togados ou togados e leigos e ... tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.”*

A Lei n° 9.099/95 gerou ao ordenamento jurídico nacional, um novo modelo de Justiça Criminal, com grandes alterações em determinados postulados que regem a função punitiva do Estado, a *persecutio criminis* e o próprio sistema processual penal. A referida lei representou uma mudança de cultura, valores e paradigmas, embora ainda hoje se encontrem vários profissionais que resistem em aceitá-la e, principalmente, em cumpri-la (ANDRADE, 2017).

A Constituição Federal, com auxílio do Poder Constituinte Derivado, Emenda Constitucional n° 45, tem representada na relação de direitos fundamentais a garantia da razoável duração dos processos administrativo e judicial, no qual o direito

deve prover métodos que assegurem a rapidez de sua tramitação. É o que aponta a norma constante do art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna (SANTOS, 2013).

Os processos incumbidos aos Juizados Especiais devem ser guiados pelos princípios da Oralidade, Simplicidade, Informalidade, Economia Processual e Celeridade, com o objetivo de oferecer efetividade à ágil tramitação das causas e viabilizar a conciliação ou a transação como forma de solução do conflito litigioso (SANTOS, 2013).

O presente artigo buscou discorrer sobre as características dos Juizados Especiais Criminais, principalmente no que se refere a lei nº 9.099/95.

O trabalho foi constituído de uma revisão de literatura, com base em artigos científicos, livros, sites específicos, Códigos, Leis, monografias, dissertações e teses relacionadas ao assunto.

1 DO ACESSO À JUSTIÇA

A sociedade, precisamente, é composta pelo agrupamento de indivíduos em território específico, buscando organizar e satisfazer as necessidades comuns, harmonizando e coordenando a vida social, na procura da sobrevivência de todos através da cooperação e organização política. Assim, a Jurisdição foi trazida ao mundo jurídico para substituir as partes, impedindo que as mesmas fizessem Justiça com as próprias mãos (Justiça privada), transferindo a examinação dos conflitos ao Estado, órgão estatal responsável pela obstrução dos conflitos particulares e da busca através da função jurisdicional a Justiça comum (CLIVATI, 2006).

A procura pela equidade da Justiça se atinge através do impulso processual realizado por meio do instrumento chamado "*processo*", o qual irá modificar a satisfação do direito pretendido para o poder estatal (Estado), ou também denominado Estado-juiz, com a única intenção de buscar a pacificação da lide e os efeitos da justiça, explicitando a cada um o direito cabível e tutelado pelos direitos materiais. Desta forma, o processo é o instrumento cabível para invocar o poder estatal (Estado) ou Estado-juiz, o qual através de seu poder Jurisdição irá pacificar o conflito subsistido entre as partes, empregando os Princípios da legalidade (devido processo legal), da imparcialidade (Estado com o poder de agir com imparcialidade perante a solução dos litígios) e do contraditório (ambas as partes terão oportunidade de apresentar suas alegações), envolvendo a busca pela obtenção da justiça (CLIVATI, 2006).

O Acesso à Justiça representa a possibilidade do cidadão compreender e acionar o sistema de Justiça como um todo, já que o processo é o maior meio de

controle do “*Acesso à Justiça*”, com o objetivo de assegurar um princípio básico, qual seja, a isonomia. No entanto, essa corrente não pacifica todas as visões categorizadas do meio-social, podendo ser encontrada outras visões, como se pode observar nas classes mais desfavorável ou pela visão dos leigos jurídicos, pela perspectiva filosófica, técnica-jurídica e sociológica (CLIVATI, 2006).

Os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem dentro da Constituição Federal, sendo por ela reconhecidos expressamente, e quando tratados os Princípios de Direito Fundamental, esses demanda a proteção mais extensa possível dos bens protegidos, sejam eles a liberdade geral de ação, a integridade física ou a propriedade, a restrição de um bem protegido é sempre também uma restrição de uma posição *prima facie* concedida por princípio de Direito Fundamental (KRETZ, 2005).

2 LEI 9.099/95: LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS

A Lei 9.099/95 foi sancionada no dia 26 de setembro de 1995, com princípios e objetivos dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) previstos no artigo 62 da referida lei, sendo eles: Oralidade, Simplicidade, Informalidade, Economia Processual e Celeridade Processual. Trata-se de uma lei que trouxe ao ordenamento jurídico, uma série de medidas despenalizadoras que inibem a deflagração criminal ou suspendem o prosseguimento da ação penal.

Os Princípios e objetivos dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) estão previstos no artigo 62 da Lei 9.099/95:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

2.1 Princípio da oralidade

De acordo com Piske (2012) a oralidade *“é um princípio que desencadeia uma maior vicinalidade entre o magistrado e o jurisdicionado, possibilitando uma resolução ágil para o litígio, sendo considerada uma renovação no âmbito jurídico tradicional, contando com princípios correspondentes ao da imediatidade, da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e o da identidade física do juiz, seja na esfera especial cível, ou na especial criminal.”*

Através do princípio do imediatismo o juiz deve desencadear diretamente à coleta de todas as provas, com contato imediato das partes, apresentando a conciliação, demonstrando as questões controversas do litígio, entre outros. Dessa forma, o magistrado obtém diretamente todo material que servirá como base para julgamento, adquire informações e assume o conhecimento das particularidades e motivação das partes (PISKE, 2012).

O princípio da identidade física do juiz, ou da imutabilidade do juiz, decorrente e complementar do princípio do imediatismo do julgar, determina que o magistrado deve acompanhar pessoalmente o processo da abertura até sua finalização, com a pronúncia da sentença. Dessa forma, impede-se que o feito seja julgado por juiz que não teve contato direto com os atos processuais. Esse princípio não é exercido pelo Código de Processo Penal, porém, estabelece-se sua aplicação, do critério da oralidade, considerando-se o artigo 132 do Código Processo Civil (PISKE, 2012).

O princípio da oralidade teve sua extraordinária relevância através da Lei no 9.099/95, onde se encontram os seguintes conhecimentos: o pedido originário da parte pode ser planejado "oralmente" diante do Juizado (art. 14, § 3º); o mandato ao advogado pode ser verbal (art. 9º, § 3º); serão determinadas de forma acessível todas as questões que possam influenciar na prossecução da audiência e, as demais, na sentença que é comunicada posteriormente (arts. 28 e 29); a contestação pode ser oral (art. 30); o resultado da perícias de indivíduos ou objetos por auxiliares do juízo pode ser consubstanciado em relatório informal (art. 35, parágrafo único), não obstante o recurso tenha que ser escrito (art. 42); as impugnações de declaração podem ser orais (art. 49) e o começo da execução de sentença pode ser verbal (art. 52, IV) (PISKE, 2012).

A oralidade representa um princípio explicativo do processo, onde se prepondera a palavra "*falada*". Caracteriza a inclusão, quanto possível, da discussão oral da causa em audiência, distanciando-se, assim, de subsequentes atos processuais. Pressupõe a identidade física do juiz, tendo em vista que aquele que efetivou a audiência onde foi discutida toda a causa deve também julgá-la. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias também sucede da aplicação do princípio da oralidade, favorecendo o adequado desenvolvimento do processo. Em vista disso, não compete o recurso de agravo, retido ou de instrumento no Juizado Especial. A Lei nº 9.099/95 estabelece o acolhimento da forma oral no tratamento da causa, sem que se exclua por completo, a utilização da escrita, indispensável na documentação de todo o processo. O legislador ao sobrepor esse método teve a intenção de reportar não à exclusão do procedimento escrito, mas à superioridade da forma oral à escrita na condução do processo (PISKE, 2012).

O uso de tal método tem apontado que o processo oral é o melhor e o mais consoante com a natureza da contemporaneidade, assegurando melhor decisão, gerada com maior economia, prontidão e simplicidade. No entanto, não se despreza a forma escrita dispondo-se no § 3º do artigo 64, que *"serão objeto de registro exclusivamente os atos havidos por essenciais"* e que *"os atos realizados em audiência de instrução e julgamento poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente"*. De fato, pelo princípio da oralidade o que se observa é o predomínio da palavra falada sobre a escrita, sem que esta seja excluída (PISKE, 2012).

2.2 Princípio da simplicidade

Talon (2017) retratou a inclusão da simplicidade como *"princípio orientador"* dos processos nos Juizados Especiais Criminais. A simplicidade facilita a aplicação da lei, através de elucidações práticas que não atravanquem o trâmite processual, auxiliando para a celeridade. A redução de documentos reunidos ao processo e de atos praticados, bem como as novas formas – não tradicionais, como a pena privativa de liberdade – de resolução do conflito social, são alguns dos pontos de vista representativos da expressão *"simplicidade"*.

É importante esclarecer que simplicidade não significa trivialização, mas apenas a necessidade de evitar aquilo que for desnecessário. Algo pode ser simples, no entanto, relevante, como é o caso do processo penal, referente a infrações penais de menor potencial ofensivo. Não se deve supor que a simplicidade (ou mesmo a celeridade) respalde a tão habitual execução de audiências preliminares estabelecidas com intervalos de apenas 5 minutos, onde os Juízes ou conciliadores buscam somente respostas prontas, sem qualquer dispersão do roteiro idealizado para uma audiência padronizada (TALON, 2017).

Simplicidade tampouco representa a dispensabilidade de fundamentação das decisões judiciais, muito menos a admissibilidade de jocosidade, como já foi encontrado em decisões que lidam com vidas reais. Nem mesmo a informalidade, que configura um princípio legal, legítima que os Juízes queiram ganhar projeção nacional inserindo frases engraçadas em decisões. Portanto, a simplicidade não pode prevalecer em detrimento dos direitos fundamentais. Contraditório, ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência e outros direitos ou princípios devem existir em qualquer processo penal. O JECRIM não é uma exceção (TALON, 2017).

2.3 Princípio da informalidade

Os atos realizados nos procedimentos dos juizados especiais desprovidos de forma consistem em atos que possuem um certo desapego de formalidade. Nos juizados tramitam processos de menor complexidade, considerado uma alternativa

mais simplificada do processo comum, cujo intuito é oferecer de maneira mais rápida a solução do litígio. É importante esclarecer que a informalidade não pode ser razão para nulidade dos atos, sendo considerada como uma simplificação, objetivando uma ágil resolução do litígio e para consecução célere da intenção autoral. A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que estabelece sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, em seu artigo 13, descreve que todos os atos essenciais devem ser realizados com validade, Segundo Albino et al., (2014):

Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação.

§ 3º Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.

§ 4º As normas locais disporão sobre a conservação das peças do processo e demais documentos que o instruem.

De acordo com esse preceito, os atos processuais devem ser aplicados com o mínimo de formalidade possível. É fato que o ato se torna mais simples, acessível e efetivo quando destituído de formas, como por exemplo, na situação em que a própria parte pode sugerir sua reclamação de forma oral, sem a assistência de um advogado nas causas que compreendem até 20 salários mínimos, ou ainda no que se refere a permissão dos juízes aprendizes para presidir as audiências de conciliação. A informalidade não pode ser entendida como uma justiça de “segunda classe”, um desprestígio ou diminuição da prestação jurisdicional, mas como uma instrumentalidade mais rápida na resolução dos conflitos sociais (ALBINO et al., 2014).

A informalidade pode ser considerada uma nova forma de prestar jurisdição representando um avanço legislativo de princípio extremadamente constitucional, que conta com o acolhimento dos antigos anseios de todos os cidadãos, especialmente aos da população menos favorecida, de uma justiça hábil em

possibilitar uma prestação de tutela simples, rápida, econômica e segura, capaz de desencadear a dispensa da indesejável litigiosidade contida. Representa um mecanismo hábil na ampliação do acesso à ordem jurídica justa (ALBINO et al., 2014).

2.4 Princípio da economia processual

Reinaldo Filho (1999) explica que tal princípio objetiva a melhor conclusão no processo revertendo na redução das custas processuais. É um princípio que está direcionado para a gratuidade processual aos indivíduos que necessitam deste benefício para darem prosseguimento a algum litígio que estejam envolvidos. O princípio da economia processual tem no processo dos Juizados Cíveis um outro sentido, relacionado com a gratuidade do acesso ao primeiro grau de jurisdição, em que o requerente fica dispensado do pagamento das despesas, e com opção de assistência das partes por advogado, através do barateamento de custos aos litigantes embasado na economia de despesas, que, com a de tempo e a de atos representa uma das maiores preocupações e conquistas do Direito Processual Civil moderno.

Tal princípio desenha a modernização do direito processual civil, além da rapidez dos processos nos Juizados Cíveis, onde o período processual deve ser mais rápido. O princípio da economia processual intenciona a aquisição do máximo rendimento da lei com o mínimo de atos processuais. Já o princípio da gratuidade determina que, da propositura da ação até o julgamento pelo juiz singular, em regra as partes estão liberadas do pagamento de custos, taxas ou despesas. O juiz, porém, condenará o suplantado ao pagamento dos custos e honorários advocatícios no caso de litigância de má-fé (arts. 54 e 55 da Lei 9.099/95) (REINALDO FILHO, 1999).

Nos casos de gratuidade dos benefícios judiciários, os requerentes precisam comprovar este ato. Nos casos de má-fé, o juiz pode imediatamente condenar o mesmo ao pagamento referente ao ato. A forma do prosseguimento dos processos no Juizado Especiais Cíveis ocorre de maneira mais ágil conforme a lei diz:

2.5 Princípio da celeridade processual

A Emenda Constitucional n.º 45 de 08, de dezembro de 2004 adicionou ao inciso LXXVIII, no art. 5º na Constituição Federal de 1988, disponibilizando que: *“todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*. Desta forma, a celeridade representa um princípio que não orienta somente os processos nos Juizados Especiais, mas todo o processo judicial ou administrativo, ao qual se obedece às partes (MIOLA; DOURADO, 2017).

Conforme o princípio da celeridade, todos possuem direito a uma solução ágil do conflito e uma tutela judicial concreta, ou seja, o Judiciário atua agilmente e utiliza o direito ao caso concreto, contentando as partes, sem arruinar as suas expectativas pela passagem do tempo. Para a concretização da celeridade no Judiciário brasileiro foi fundamental o desenvolvimento de normas e princípios processuais, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis. São exemplos da concretização do princípio da celeridade a concentração dos atos processuais, imediatismo da audiência de conciliação, impedimento de intervenção de terceiros, irrecorribilidade das decisões interlocutórias. No entanto, assim como os outros princípios, não se observa nas rotinas dos Juizados Especiais Cíveis pelo Brasil, a implementação do direito à celeridade, pois encontram-se longas pautas, com datas intervaladas, com predileção por peças escritas, e uma crescente demanda que dificulta um trabalho célere dos juízes e funcionários da Justiça (MIOLA; DOURADO, 2017).

3 COMPETÊNCIA E PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Observa-se que, com a adoção dos procedimentos processuais desencadeados pela Lei 9.099/95, abriu-se uma fenda no rígido sistema processual-penal, flexibilizando-se, assim, a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, atenuando-o através da adesão do princípio da discricionariedade regrada, em que o Ministério Público, titular da ação penal, poderá, cumpridos os requisitos legais, dispor da ação penal (GRINOVER, 1997).

A despeito da implantação das novas técnicas processuais, é importante elucidar que o tradicional processo penal não foi abolido de nosso sistema jurídico. O que aconteceu foi que este passou a ser aplicado tão somente aos crimes de média e alta potencialidade lesiva, permitindo, assim, que os métodos utilizados pela nova lei abreviassem o longo caminho antes percorrido. Ocorrendo havendo ligação entre crime de menor potencial ofensivo e crime cuja competência seja do juízo penal comum ou do tribunal do júri, será este último competente para julgamento e processamento de ambas as infrações. No entanto, não haverá impedimento do oferecimento, pelo Órgão Ministerial, das propostas despenalizadoras no que tange às infrações penais de pequeno potencial ofensivo (ALVES, 2013).

Em relação a competência atribuída aos Juizados Especiais Criminais, dispõe o art. 60 da Lei nº 9.099/95 da seguinte maneira:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor

potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

A Lei 9099 /95 determina que compete aos Juizados Especiais Criminais o julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo. Trata-se de competência absoluta em razão da matéria. Crimes de menor potencial ofensivo, segundo a Lei 9099 /95, são aqueles cuja pena máxima cominada em abstrato não é superior a dois anos.

É importante ressaltar que a expressão Juiz Leigo surgiu com a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 98, inciso I, previu os Juizados Especiais, composto de Juízes Togados e Leigos, com a competência para a conciliação, julgamento e execução de causas de menor complexidade e infrações de menor potencial ofensivo (PINTO, 2008).

A Lei 9.099/95, que regulamenta os Juizados Especiais, trata o Juiz Leigo como auxiliar da Justiça, recrutados entre os advogados conferido pelo Tribunal de Justiça, com mais de 2(dois) anos de experiência (PINTO, 2008).

Os Juízes togados são Juízes de direito de carreira com todas as garantias constitucionais da Magistratura, conforme artigo 95 da Constituição Federal (PINTO, 2008).

4 MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI 9.099/95

A Lei 9.099/95 trouxe ao ordenamento jurídico, uma série de medidas despenalizadoras que inibem a deflagração criminal ou suspendem o prosseguimento da ação penal (ALVES, 2013).

O Estado cria medidas legais que visam evitar o cumprimento da pena privativa de liberdade, daí a designação de Medidas despenalizadoras, são elas (ALVES, 2013):

- Composição civil dos danos: gera renúncia ao direito de queixa na ação penal privada ou a renúncia da representação na ação penal pública condicionada, com a consequente extinção da punibilidade, conforme artigo 75 da Lei 9.099/95:

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

- Transação Penal: autoriza o cumprimento imediato de uma pena restritiva de direito ou multa, em contra partida evita a instauração do processo, conforme dispõe artigo 76 da Lei 9.099/99

Da decisão do Juiz, que acolhe ou não a proposta, caberá Recurso de Apelação.

A Lei não prevê a possibilidade de transação penal nos crimes de Ação Penal Privada. Entretanto, a jurisprudência vem admitindo essa possibilidade, cabendo ao próprio ofendido o seu oferecimento.

5 REPRESENTAÇÃO CRIMINAL NOS CRIMES DE LESÕES CORPORAIS LEVES E LESÕES CULPOSAS

A Representação Criminal constitui-se numa condição objetiva de possibilidade, sem que a vítima ofereça a denúncia o delegado, e o promotor, não poderá dar continuidade. Exceto se a vítima interpor representação criminal nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, dentro de um prazo de 6 (seis) meses a contar do momento que tomar conhecimento de quem é o autor do crime (SILVA, 2019).

Se nesses 6 (seis) meses a vítima não ofertar representação a contar da ciência do autor dos fatos, gerará decadência ocorrendo a extinção da punibilidade e nada mais poderá ser feito para responsabilizar o infrator, conforme artigo 69, parágrafo único da referida Lei (SILVA, 2019).

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

6 IMPEDITIVOS PARA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO NO JECRIM

O impeditivo ocorre quando o autor tenha aceitado a transação penal e participado da audiência preliminar. Caso não compareça na audiência preliminar, ou pela ausência dos requisitos que impedem a transação penal e finalmente o autor não ter aceito a transação, o Ministério Público oferecera de imediato:

- Denúncia oral, exceto se houver necessidades de novas diligências;

Imprescindíveis;

Contudo, se a ação for privada poderá ser oferecida queixa oral ou se a vítima preferir por escrito dentro do prazo decadência, conforme artigo 77, parágrafo 3º da Lei 9.099/95.

Oferecida a denúncia ou queixa oral, elas serão reduzidas a termo na própria audiência preliminar, e o autor da infração receberá cópia do seu teor, hipótese em que estará automaticamente citado.

O autor da infração também já sairá ciente da data da nova audiência de instrução e julgamento, sairão igualmente cientes o Ministério Público, o advogado e o ofendido.

No Juizado Especial Criminal não são realizadas citações por editais, caso o acusado não for encontrado para ser citado o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juizado Comum (no rito sumário será possível a realização da citação por edital).

A impossibilidade de citação pessoal do acusado é causa de modificação da competência do JECRIM. Porém a doutrina e a jurisprudência têm admitido a citação por hora certa, e exige 2 (dois) requisitos: o autor do fato tem que ser procurado em 3(três) oportunidades e não ser localizado; existência de suspeita de ocultação.

Se o Juiz reconhecer que a acusação ou queixa prestada contra alguém é considerada improcedente, o Réu será absolvido, encerrando-se o processo.

Caso contrário deverá realizar a peça exordial a acusação.

6.1 Execução JECRIM

Transitando em julgado a sentença que tem aplicado pena de multa, o réu terá o prazo de 10(dez) dias para efetuar o pagamento na própria secretária do Juizado.

O Juiz poderá parcelar o pagamento da pena pecuniária, aplicando subsidiariamente as regras do código penal prevista no artigo 50, parágrafo 1º e 2º do Código Penal, e também com fundamento na Lei de Execução Penal, em seus artigos 168 e 169, do Código Penal.

Uma vez efetuado o pagamento total da multa, diz a Lei que o Juiz declarará extinta a punibilidade determinando que a condenação não fique constando nos registros criminais, exceto para fins de requisição judicial (art. 84 da Lei 9.099/95).

6.2 Sistema recursal no JECRIM

A Constituição Federal em seu artigo 91, inciso I, autoriza que os meios recursais em sede do JECRIM, sejam apreciados por Turmas Recursais que é composta por Juízes de 1º grau de Jurisdição. Em síntese a turma recursal é um órgão colegiado formado por Juízes de 1º que tem competência para julgar os recursos na esfera do JECRIM. A Turma Recursal apenas julgará os recursos em face de decisões proferidas em âmbito do JECRIM.

6.3 Recursos cabíveis lei 9.099/95

Apelação – prazo de 1º(dez) dias, conforme artigo 82 caput da Lei 9.099/95.

Embargos de declaração- prazo 5 dias, a contar da decisão do JECRIM, conforme artigo 83 caput da Lei supracitada.

6.4 Recurso extraordinário JECRIM

É possível a interposição de recurso extraordinário das decisões da Turma Recursais ao STF, nos termos do artigo 102, inciso III, da CF (PINTO, 2009).

Compete ao STF, julgar mediante recurso extraordinário as causas DECIDIDAS em único ou última instância, quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo da CF; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou Lei Federal; julgar válida Lei ou ato do Governo local, contestando em face da CF; julgar válida a Lei local contestando em face de Lei Federal (PINTO, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na história legislativa do Brasil, observa-se intensa evolução desde a Constituição Federal de 1988, que garantiu o acesso à justiça em todas os campos renovatórios. A Carta Maior deixou ao legislador infraconstitucional a função de normatizar a respeito, o que demorou alguns anos, mas ocorreu. A lei 9.099/95, na prática, não se mostrou muito eficaz no acesso à justiça em decorrência de diversos fatores, como omissões legislativas, excesso de demanda e falta de incentivo do Estado aos Juizados Especiais, com profissionalização e infraestrutura.

A real e verdadeira justiça é aquela em que as partes saem totalmente satisfeitas, àquela em que elas participam da resolução do seu conflito, para que a lide processual e sociológica sejam solucionadas.

REFERÊNCIAS

ALBINO, K. M. et al. **Os princípios norteadores do juizado especial cível como busca por uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz**. 2014. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1187. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3655/os-principios-norteadores-juizado-especial-civil-como-busca-prestacao-jurisdicional-mais-rapida-eficaz>> Acesso em: 26 nov. 2019.

ALVES, L. B. M. **Processo penal**: para os concursos de técnico e analista. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013

ANDRADE, G. C. C. **Juizado especial criminal: uma análise da aplicabilidade da lei 9.099/95 na fase preliminar**. 2017. 53f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017.

CLIVATE, J. M. P. **Os juzizados especiais cíveis como instrumento de acesso à justiça**. 2006. 99f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

FAVERI, F. C. W. **Juizado Especial Criminal e suas características**. Abril 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65359/juizado-especial-criminal-e-suas-caracteristicas>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

GRINOVER, A. P. et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

KRETZ, A. Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Florianópolis: Momento atual, 2005.

MIOLA, A. L. I.; DOURADO, E. N. **Da Lei n. 9.099/95 sob a perspectiva do acesso à justiça**. Jul 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59085/da-lei-n-9-099-95-sob-a-perspectiva-do-acesso-a-justica>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

PINTO, M. B. S. Admissibilidade do recurso extraordinário no âmbito do juizado especial federal. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, n. 24, p. 75-92, 2009.

PINTO, O. P. A. M. **Os protagonistas dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Parte II**. 2008. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e->

entrevistas/artigos/2008/os-protagonistas-dos-juizados-especiais-civeis-e-criminais-parte-ii-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>. Acesso em: 22 nov 2019.

PISKE, O. **Princípios orientadores dos Juizados Especiais**. 2012. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2012/principios-orientadores-dos-juizados-especiais-juiza-oriana-piske>>. Acesso em: 22 nov 2019.

REINALDO FILHO, D. R. **Juizados especiais cíveis: comentários à Lei N° 9.099 de 26 de setembro de 1995**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, P. L. M. L. Considerações sobre os Juizados Especiais Criminais. Nov 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8193/Consideracoes-sobre-os-Juizados-Especiais-Criminais>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SILVA, A. C. **A representação criminal e sua retratação no âmbito da violência doméstica contra a mulher**. Abril 2018 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73128/a-representacao-criminal-e-sua-retratacao-no-ambito-da-violencia-domestica-contra-a-mulher>>. Acesso em: 31 out. 2019.

TALON, E. **Simplicidade nos Juizados Especiais Criminais?** 2017. Disponível em: <<https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/538548940/simplicidade-nos-juizados-especiais-criminais?ref=serp>>. Acesso em: 22 nov.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL, E A IMPORTÂNCIA DO TRATADO DE ASSUNÇÃO NO MERCOSUL

DELFINO ANTONIO PEDRO JUNIOR:
Graduando do Curso de Direito do IESB

RESUMO: O contexto histórico sofreu mudanças nos últimos anos, aproximando não somente o Brasil e a Argentina como os países membros do MERCOSUL aumentando os estudos relacionados e possíveis acontecimentos entre a união para que possa fortalecer cada vez mais a economia e o comércio onde os países estão enfrentando cada vez mais oscilações em suas organizações econômicas, como o objetivo de alcançar com eficiência e eficaz os meios econômicos sem degradar a natureza respeitando o meio ambiente a importância do MERCOSUL é estratégica para que os países possam dialogar como outros países mais fortes economicamente possibilitando uma negociação justa para o fortalecimento do bloco.

Palavras-chave: Globalização. Economia. Trabalho.

ABSTRACT: The historical context has undergone changes in recent years, bringing not only Brazil and Argentina closer, but also MERCOSUR member countries, increasing related studies and possible events between the union so that it can increasingly strengthen the economy and trade where countries are facing more and more oscillations in their economic organizations, with the objective of reaching economic means efficiently and effectively without degrading nature while respecting the environment, the importance of MERCOSUR is strategic so that countries can dialogue with other economically stronger countries allowing for negotiation just for the strengthening of the bloc.

Keywords: Globalization. Economy. Job.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca mostrar a importância e as contendas do MERCOSUL na GLOBALIZAÇÃO que vem implicando tomada de decisões conjuntas nas áreas econômicas, sociais e comerciais, que levaram mudanças significativas nos objetivos e na formatação do bloco com uma visão de agilizar a economia deixando de lado a política e implementando uma diminuição de taxas e tarifas nos produtos formados em ideologia comum para facilitar a comercialização no grupo, essas mudanças são significativas durante a existência do MERCOSUL fortalecendo e promovendo os interesses econômicos entre os países com um grande desenvolvimento na constituição e da constituição de um mercado que teve a sua formação em 1991 e a esperada globalização e a regionalização impulsionaram o mercado internacional

desenvolvendo se rapidamente na área da tecnologia e informação, com base em elementos obtidos sobre a pandemia que parou o mundo com a COVID 19, que trouxe um desafio grande para a inovação de uma nova ordem econômica na sociedade, e junto a instabilidade que terá que tratar de uma constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a república do Paraguai e a República do Uruguai inovando, reinventando e adotando novas políticas que o MERCOSUL cresça para o seu desenvolvimento do povo sul-americano. (KRUGMAN,1999).

2. METODOLOGIA

O artigo teve o método indutivo e os procedimentos de pesquisas como as bibliografias assim como a doutrina e artigos científicos foram à forma de pesquisa na observância fundamental para a formatação na carreira.

2.1 OBJETIVOS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL:

O objetivos do MERCOSUL é criar um mercado comum que visa atender aspectos, social, econômico social, como também o de cidadania, e a livre circular de bens serviços e fatores produtivos entre os países, e desburocratização alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercado e uma implementação de politica comercial comum entre os membros, o tratado prevê a livre circulação de bens e serviços por meio de restrições tarifarias adotando politicas comum fortalecendo o processo de integração, (ALEIXO, 1984).

3. HISTÓRICO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL:

A segunda Guerra Mundial foi o marco zero para a transformações devido as dificuldades surgidas para a economia no pós guerra, o ocorrido propiciou acordos entre os países Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, criando em março de 1991, com a assinatura no Paraguai do Tratado de Assunção. A partir de 1994 houveram transições e foram implantadas tarifas comuns externas e com o passar do tempo essas tarifas foram reduzidas com o objetivo de chegar em 1994 sem tarifas e com muitas metas ambiciosas porém sempre visando um caráter comercial, problemas como inflação e tarifas sempre existiram trazendo desconfiança os modelos de politicas implantados foram mudando com o passar do tempo e se aperfeiçoando com a globalização que como a maioria dos autores descrevem que a maior dificuldade é romper a barreira geográfica. (ALEIXO, 1984).

3.1 ESTADOS MEMBROS:

		Membros associados ao Mercosul
Países-membros efetivos do Mercosul		Bolívia (1996)
Argentina	Uruguai	Chile (1996)
Área territorial 2.791.910 km ²	Área Territorial: 176.620 km ²	Peru (2003)
Idioma: espanhol	Idioma: Espanhol	Colômbia (2004)
Brasil	Venezuela (2016) suspensa	Equador (2004)
Área Territorial: 8.515.767 km ²	Área territorial: 912.050 km ²	Guiana (2013)
Idioma: Português	Idioma: Espanhol	Suriname (2013)
Paraguai		Membros Observadores
Área Territorial: 406.750 km ²		México
Idioma: Espanhol e Guarani		Nova Zelândia

TABELA ELABORADA PELO AUTOR: FONTE MERCOSUL.

A República Bolivariana da Venezuela se encontra suspensa de todos os direitos e obrigações inerentes à sua condição de Estado Parte do MERCOSUL, em conformidade com o disposto no segundo parágrafo do artigo 5º do Protocolo de Ushuaia.

4. PONTOS MAIS RELEVANTES SOBRE O TRATADO:

Os assuntos mais relevantes no tratado de Assunção é de estabelecer uma zona livre de comércio para direcionar o MERCOSUL no desenvolvimento da economia, assim como o banimento das tarifas e criação de outras externas para atingir a circulação livre de mercadorias bens e serviços pessoas e capitais, para isso seria necessário uma modificação em processos dinâmicos para obter os interesses comuns. (ALEIXO, 1984).

5. DESCRIÇÃO DO TRATADO DE CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL:

O mercado comum implica em bens de serviço fatores de produção entre os países membros circulação de mercadorias e qualquer outra medida equivalente, estabelecer tarifa externa comum assim como políticas comerciais igualitárias sendo comandada pelos membros sempre com o compromisso de harmonizar a legislação com direitos e obrigações sendo que toda essa transição precisa estar pautada nos regulamentos do tratado de Assunção em seu artigo 5º que está escrito:

ARTIGO 5º. Durante o período de transição, os principais instrumentos para a constituição do Mercado Comum são:

a) Um Programa de Liberação Comercial, que consistirá em redução tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas das eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados Partes, para chegar a 31 de dezembro de 1994 com tarifa zero, sem barreiras não tarifárias sobre a totalidade do universo tarifário (Anexo I);

b) A coordenação de políticas macroeconômicas que se realizará gradualmente e de forma

convergente com os programas de desgravação tarifária e eliminação de restrições não tarifárias, indicados na letra anterior;

c) Uma tarifa externa comum, que incentiva a competitividade externa dos Estados Partes;

d) A adoção de acordos setoriais, com o fim de otimizar a utilização e mobilidade dos fatores de produção e alcançar escalas operativas eficientes.

Em matéria de imposto e taxas será recíproca em relação ao tratamento que se aplique aos produtos, sua estrutura é formada pelo Conselho do Mercado Comum e o Grupo do Mercado Comum, o primeiro correspondendo e se preocupa com as conduções das políticas e o segundo propiciará o cumprimento do tratado e tomadas de decisões assim como proposta de medidas, que será de fundamental importância e necessárias para o desenvolvimento do MERCOSUL segundo CAMPOS (2007).

5.1 CONCLUSÃO:

O presente artigo analisou o MERCOSUL e seus objetivos sobre a livre circulação de pessoas e produtos, diminuição tarifária concluindo que passados os anos os diálogos e as decisões tomadas fortaleceram o bloco garantindo integração de forma democrática e até mesmo não somente trazendo melhoras nos números financeiros, foi além propiciando e aprimorando as interações entre os povos. Essa garantia se dá devido aos ótimos números apresentados em um curto tempo se olhar historicamente, percebe-se que os desafios estão presente e os obstáculos estão sendo transpostos gradativamente e em um processo evolutivo eficaz e eficiente, todavia é sempre necessário estar apto a fazer mudanças que sejam significativas e com estratégias significativa e desprendida de interesses individuais para poder enfrentar as desigualdades para ter como principal instrumento o livre comércio comum que leve desenvolvimento ao povo sul-americano.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA:

BRASIL. Congresso nacional. MERCOSUL: legislação e textos básicos – 4ª ed. – Brasília.

ALEIXO, José Carlos Bhandi, Integração na América Latina, REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA – Senado Federal Brasília, ano, 21, n. 81, jan./mar. 1984.

CAMPOS, Luís; CANAVEZES, Sara. Introdução à globalização. Lisboa: Instituto Bento Jesus Caraça, 2007. Gráfica do Senado. 2005. 353 p.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Constituição da República Federativa do Brasil: 1988. 27. ed. Brasília, DF: Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2007. 88 p. ISBN 85-7365-496-1.

Tratado de Assunção. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado de Assuncao..pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf101/anexo/Tratado_de_Assuncao..pdf)

KRUGMAN, Paul R; **OBSTFELD**, Maurice. Economia internacional: teoria e política. 4.ed. São Paulo: Makron Books, 1999. 807p

OS SISTEMAS DE GOVERNO: PRESIDENCIALISMO E PARLAMENTARISMO

GABRIEL GORGA GOMES:

Aluno no Instituto de Direito Público Brasiliense. Advogado, Graduado em Direito pelo UniCeub, cursando especialização em Direito Constitucional pelo IDP.

RESUMO: O presente artigo tem por tema “Os sistemas de governo: Presidencialismo e Parlamentarismo”, como funcionam e foram estabelecidos no Brasil e no Reino Unido, no âmbito da separação dos poderes, das suas atribuições, os dois sistemas se opõem e possuem suas particularidades. A partir de revisão bibliográfica, que embasou a fundamentação teórica, buscou-se mostrar a correlação entre as forças políticas nos dois sistemas com a exemplificação de casos reais. Por fim, olhando pelo aspecto da ciência política, apresenta um breve comparativo destacando seus pontos positivos e negativos, levando em conta também que a cultura dos dois países é relevante quando se trata dos papéis políticos.

Palavras-chave: Presidencialismo, Parlamentarismo, Eleições, Accountability, Governabilidade, Executivo, Legislativo.

SÚMARIO: 1. Introdução; 2. O presidencialismo e parlamentarismo; 2.1 Presidencialismo; 2.2 Presidencialismo no Brasil; 2.3 Parlamentarismo; 2.4 Comparativos entre os dois sistemas de governo; 3. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Quais aspectos contribuíram para a formação dos seguintes sistemas de governo:

Presidencialismo e Parlamentarismo?

O presente artigo pretende apresentar um quadro comparativo entre os dois sistemas, suas origens e práticas, fazer uma linha cronológica apresentando seus formadores, seus caminhos, para traçar uma perspectiva de análise sob o ponto de vista da governabilidade entre os poderes Legislativo e Executivo, especificamente, no Brasil e Reino Unido nos dias de hoje.

Neste estudo, utilizou-se como método de investigação científica, a revisão bibliográfica com o objetivo de conceituar e trazer um parâmetro histórico, apresentando conceitos e pontos de vista de autores reconhecidos em suas respectivas áreas do conhecimento.

Inicialmente, busca-se apresentar a fundação dos dois sistemas, o processo histórico e a evolução de cada um, com a intenção de subsidiar o leitor sobre como cada sistema foi formado.

No tópico seguinte, buscou-se pavimentar o entendimento sobre governabilidade, o jogo entre os poderes Legislativo e Executivo; quais as atribuições de cada poder; como funciona a accountability e governabilidade entre eles, sob a perspectiva de cada sistema. Os pontos positivos e negativos, as suas mazelas e resultados.

A escolha deve-se à relevância do tema 'governabilidade' no momento de transição entre dois governos no Brasil. Nos últimos anos, foram vistas diversas crises e situações de impasse entre os dois poderes no sistema presidencialista, tema de intensos debates e notícias ao redor do mundo.

O interesse pessoal deste pesquisador está em compreender que fenômeno da governabilidade nos sistemas apresentados, principalmente quanto à balança de forças entre situação e oposição que influencia no relacionamento entre os poderes; e nas atribuições do chefe do Executivo e do Parlamento em cada um dos sistemas de governo em foco; suas implicações e consequências dos atos daqueles que são os representantes do principal afetado por isso: o povo.

2. O PRESIDENCIALISMO E PARLAMENTARISMO

Para contextualizar o cenário político contemporâneo do Brasil e do Reino Unido é necessário analisar a formação das formas de governo, suas origens revolucionárias e características.

2.1 Presidencialismo

Não há como não citar o Presidencialismo, sem mencionar que esta forma de governo, tem como base a República, como uma unidade de administração de um território no qual vive um povo.

O presidencialismo, da forma como conhecemos hoje, teve sua origem nos Estados Unidos, a partir da Declaração da Independência, no ano de 1776, tendo sua Constituição aprovada no ano de 1787 e a primeira eleição presidencial em 1789. Nesse sistema, o presidente é o chefe do governo e também o chefe de Estado. É eleito por voto popular, com mandato definido para que possa executar seu programa de governo, sendo responsável pela escolha direta do seu staff.

No presidencialismo, as eleições presidenciais ocorrem com independência das eleições do Legislativo. Os parlamentares não são responsáveis pela implementação de políticas, e pelo exercício de governar, ficam limitados à três funções distintas: fiscalizar o Executivo, elaborar leis e representar o cidadão. Diferentemente do que acontece no sistema parlamentarista, no qual, o Parlamento também é responsável pela política governamental e suas implementações. (CINTRA, 2007)

Sobre o presidencialismo ainda é importante ressaltar os sistemas partidários, que pode ser bipartidário e multipartidário. Nos EUA, por exemplo, o governo é bipartidário, trabalhando em cooperação, sem rigidez a ideologias, permitindo mais flexibilidade. No Brasil, tradicionalmente, nos últimos 30 anos, temos um sistema de múltiplos partidos, no qual o Presidente negocia apoio junto aos partidos políticos que militam na mesma linha doutrinária ou que tenham alguma convergência, no chamado “presidencialismo de coalizão”, distribuindo cargos estratégicos no Executivo em troca de apoio parlamentar para implementação de seu programa governamental.

2.2 Presidencialismo no Brasil

A respeito do presidencialismo brasileiro, é necessário trazer uma breve visão histórica, a partir da proclamação da República, ocorrida ano de 1889. O Contexto da época era de uma sociedade predominantemente rural, com baixa participação política, e imensa dimensão geográfica e baixa população, - gerando vazios de ocupação espacial, com fraca participação governamental nas diferentes regiões, fatores que contribuíram para o declínio da Monarquia, dando espaço para o Federalismo, mais compatível com o presidencialismo.

O presidencialismo veio logo após com a primeira Constituição da República em 1891. Nestes 128 anos, tivemos conquistas democráticas, mas também retrocessos. Passamos por governos autoritários, regime militar e, por fim, a redemocratização que fortaleceu novamente as instituições e os poderes. Abranches (apud CINTRA, 2007) cita o presidencialismo, o federalismo, o bicameralismo, o multipartidarismo e a representação proporcional como ‘as bases de nossa tradição republicana’

Para Abranches, o conflito entre o Executivo e o Legislativo:

“(…) tem sido elemento historicamente crítico para a estabilidade democrática no Brasil, em grande medida por causa dos efeitos da fragmentação na composição das forças políticas representadas no Congresso e da agenda inflacionada

de problemas e demandas imposta ao Executivo” (ABRANCHES apud CINTRA, O Sistema de Governo no Brasil, 2007, pág 65).

Esse conflito gerou o “presidencialismo de coalizão”, denominou Abranches (apud CINTRA), o fenômeno de costurar apoios e alianças entre os dois poderes. Em sua visão “um sistema instável e de alto risco, de respeitar estritamente os pontos ideológicos ou programáticos considerados inegociáveis, nem sempre explícita e coerentemente fixados na fase de formação da coalizão”.

Nesse sentido, é importante destacar que o Presidente que lidera uma maioria ou partido majoritário, em tese, teria mais facilidade de governar do que um Presidente sem força parlamentar, e que enfrenta forte e ferrenha oposição. Ele tem o poder de exercer diversas funções e atribuições constitucionais, entre elas, o poder de veto a projetos de lei, podendo ser total ou parcial.

Nos Estados Unidos, o veto só pode ser exercido de forma total. No Brasil admite-se o veto parcial. Em contrapartida a um parlamento opositor e fiscalizador, no Brasil, a Constituição abriu caminho para que o Executivo atue – em determinadas circunstâncias - como legislador: pode publicar as Medidas Provisórias (que tem força de lei), os decretos editados pelo presidente, alguns projetos de lei de temas relativos ao Executivo exclusivamente (Orçamento Federal (PLOA E PLDO), Polícia Militar, leis de tarifa e crédito, além de criar novos cargos e órgãos ligados ao Executivo), e emendas constitucionais. Há também a prerrogativa para requerer urgência para projetos de lei.

Ou seja, o poder Executivo requer do seu chefe a suprema habilidade de tratar bem seus aliados políticos e, concomitantemente, melhorar os quadros administrativos do governo, tarefas que, na nossa história, nem sempre vão de mãos dadas. (AMORIM NETO, 2007, p. 140)

As medidas provisórias permitem ao chefe do Executivo exercer um considerável controle sobre o processo legislativo (FIGUEIREDO & LIMONGI, apud AMORIM NETO, 2007), mesmo que no Brasil.

“(…) os direitos de iniciativa legislativa exclusiva e o poder de emitir decretos com imediata força de lei dão ao Executivo a capacidade de controlar a agenda legislativa em seu tempo e conteúdo” (FIGUEIREDO E LIMONGI 2000, pág 156)

É nítido que o presidente tem grande força legislativa, além de ter na mão um grande leque de entes administrativos, como o Banco Central, Banco do Brasil,

BNDES e a Petrobras, além de outras agências estatais. Assim, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o sistema federativo agem como freios a estas prerrogativas do Executivo, exercendo o papel de fiscalizador.

“A disciplina fraca leva a negociações individuais do Executivo com parlamentares e com lideranças regionais. Se há disciplina, os líderes nacionais tornam-se os interlocutores preferenciais para as negociações, mas podem surgir conflitos sérios se o Presidente não tiver maioria parlamentar.” (CINTRA, Parlamentarismo e presidencialismo, 2007, p. 40)

No que diz respeito ao grau de fragmentação, com um sistema fragmentado ou, pelo menos, com um número muito grande de partidos, poderemos ter presidentes minoritários, com dificuldade de implementar uma plataforma de governo (AVELAR & CINTRA, 2007).

“Nossa história recente mostra que, não obstante a maior estabilidade da Terceira República e a eficácia dos mecanismos de estabilização institucional, há problemas e falhas graves no perfil do presidencialismo de coalizão reformado de 1988. O mais visível deles é a hiperfragmentação partidária, pois afeta diretamente a formação de coalizões, o seu tamanho e a probabilidade de serem estáveis, além de propiciar terreno fértil para o clientelismo e a corrupção.” (ABRANCHES, 2018, p. 345)

2.3 Parlamentarismo

Já, o parlamentarismo se caracteriza pela forma de escolha do Chefe do Executivo, que ao contrário do presidencialismo, é feita pelo Parlamento, o qual poderá indicar um dos seus integrantes para chefia do governo – designado de Primeiro Ministro, caracterizando-se por uma escolha indireta da vontade popular. Há também no sistema parlamentarista a função do chefe de Estado, que em geral é exercido pelo Presidente ou pelo Monarca, que exerce apenas funções simbólicas e cerimoniais (CINTRA, Parlamentarismo e presidencialismo, 2007).

O sistema busca uma integração entre os poderes Legislativo e Executivo. No sistema britânico, objeto de estudo deste artigo, o Executivo é comandado pelo Primeiro-Ministro, seu governo é representado pelo gabinete, no qual toma decisões que prevalecem sobre o Parlamento.

Ora, teoricamente trata-se de um governo coletivo, no qual um grupo, do mesmo partido ou não, exerce poder ministerial pelo gabinete. A relação do Primeiro-Ministro com os demais ministros é exercida de três formas diferentes: o primeiro sobre os desiguais; o primeiro entre desiguais; e o primeiro entre iguais.

No Reino Unido, o sistema funciona com o primeiro sobre desiguais, ou seja, o Primeiro-Ministro está acima dos demais ministros. Ele chega ao posto de Primeiro-Ministro quando alcança a liderança do partido que conquistou a maioria no parlamento.

No caso britânico, há dois partidos dominantes, Partido Trabalhista e o Partido Conservador, estes conseguem a grande maioria dos votos nas eleições distritais. O Primeiro-Ministro pode perder o seu cargo no caso em que seu partido decida por afastá-lo, portanto o partido da maioria possui o poder sobre o principal cargo Executivo do país.

Os eleitores britânicos, ao elegerem seus representantes parlamentares, já podem prever antecipadamente quem será o Primeiro-Ministro sendo este o líder do partido vencedor, esta característica é denominada identificabilidade. São parlamentares veteranos que ocupam boa parte dos cargos executivos, os ministérios e formam o gabinete.

“Entrelaçam-se o Executivo e o Legislativo, sendo grande número de parlamentares, ministros e secretários de Estado. O governo está presente no próprio parlamento e o parlamento está no governo.” (CINTRA, Parlamentarismo e presidencialismo, 2007, p. 43)

Diferentemente do Presidencialismo, onde há clara divisão de poderes, no Parlamentarismo, o papel de legislar acaba por ser realizado pelos ministérios, o que demonstra a unificação dos poderes Executivo e Legislativo.

2.4 Comparativos entre os dois sistemas de governo

O sistema parlamentarista possui um maior grau de flexibilidade na troca dos governantes por meio de dois institutos: a dissolução do Parlamento e o voto de confiança (desconfiança), também conhecido como Moção de Desconfiança. O partido vencedor que indicou o Primeiro-Ministro pode por decisão interna, afastá-lo e designar outro líder para substituí-lo (CINTRA, 2007, p. 42). Podemos citar, como exemplo, o caso da Primeira-Ministra inglesa, Theresa May, durante o processo de decisão de saída do Reino Unido da União Europeia, conhecido com BREXIT. A moção foi um claro sinal de desconfiança do Parlamento quanto à condução das políticas

internas do país, após o plebiscito, quando a população decidiu pela saída. A Primeira-Ministra não foi afastada, porque as moções apresentadas não foram aprovadas pela Assembleia (Casa dos Comuns). No caso de perda da confiança na maioria da assembleia esta pode ser dissolvida antes do fim da legislatura, sendo convocadas novas eleições.

“Se o presidente precisa de maioria para ter condições de governabilidade, como ocorre no presidencialismo de coalizão brasileiro, ele terá que buscar coalizão majoritária. (...) Um Primeiro-Ministro se torna majoritário porque o partido que lidera alcançou maioria, ou porque logrou formar a maioria parlamentar, com base num programa negociado com o governo (...) A natureza majoritária do mandato do Primeiro-Ministro é sempre indireta, outorgada pela maioria parlamentar e não pelos eleitores (...) O mandato ocorre portanto, da confiança da maioria parlamentar e não da vontade do eleitor.” (ABRANCHES, 2018, p. 355)

Para alguns autores, este sistema de governo em que o chefe do Executivo pode ser removido antes do final do mandato (no Reino Unido, há eleições a cada 5 anos), pode gerar instabilidade e fragilidade. Por outro lado, há maior flexibilidade de o Parlamento fazer mudanças estratégicas durante a legislatura, caso a condução do Gabinete de governo não corresponder aos anseios dos eleitores.

No sistema Presidencialista, há maior rigidez em fazer mudanças nos cargos Executivos eleitos diretamente. No Brasil, há a possibilidade de instaurar uma investigação que resulte ou não, no impeachment do Presidente da República (Lei nº

1.079/1950), que dá poderes ao Congresso Nacional julgar possíveis crimes de responsabilidade do Presidente da República.

Entre as críticas ao Presidencialismo, destaca-se o jogo de poder, em que o vencedor e o perdedor ficam, pelo período legislativo, em lados opostos, não deixando nada de favorável ao perdedor. Esta característica pode ensejar ideias golpistas, já que não permite a mudança do staff do Executivo em situações de drásticas mudanças políticas internas.

Recentemente, no Brasil, o Presidente Fernando Collor de Melo, eleito pelo diminuto Partido da Renovação Nacional (PRN), acarretou imensos desgastes políticos ao levantar a bandeira de caçador aos Marajás, associados a denúncias de desvios de recursos públicos, perdeu a governabilidade e sofreu impeachment.

“O impeachment surge como reação à perda da maioria social que elegeu a pessoa na Presidência e da dissolução de sua coalizão parlamentar(...) Suas características complexas, traumáticas, e as agressões que permite a princípios de justiça, sobretudo de tratamento desigual para iguais em casos semelhantes, o desqualificam como saída apropriada para as crises na relação entre Executivo e Legislativo e de perda de popularidade e legitimidade presidencial.” (ABRANCHES, 2018, p. 455)

Outro caso recente de mudança do presidente no Brasil foi o impeachment sofrido pela então presidente Dilma Roussef, em 2016. Levada à julgamento no Congresso Nacional pelo que ficou conhecido como “pedaladas fiscais”, criou um rompimento e divisão política abrupta no país, resultando em grande desgaste para os principais partidos políticos de sustentação do governo, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Resultou, desta crise política, um movimento contrário, conservador e de direita, que elegeu, em 2018, o deputado federal Jair Bolsonaro, filiado ao Partido Social Liberal (PSL), criado em 1994, mas com pouca expressão no Congresso Nacional.

“Os impeachments de Collor e Dilma tiveram três traços relevantes em comum. O primeiro foi a alta e indiscutível impopularidade presidencial, ausência aguda de apoio social, rejeição majoritária (...). Essa impopularidade derivou dos erros e fracassos das políticas econômicas dos dois governos, com alta inflacionaria e recessão com grave desemprego, e das frustrações das expectativas criadas pelas promessas dos candidatos (...). O segundo traço foi a falta de apoio parlamentar. Os dois lidaram mal com o jogo parlamentar. Collor tinha alguma experiência política, adquirida numa carreira principalmente majoritária. A experiência política de Dilma era incipiente, e ela revelava transparente inapetência para o jogo político-parlamentar. Ambos perderam a chance de ficar no cargo quando o partido-pivô de suas coalizões mudou de lado (...). Ficou claro, em terceiro lugar, que a expectativa de compartilhamento do poder por parte das forças parlamentares que articularam a deposição aumentou a propensão ao impeachment... Nos casos de Collor e Dilma, a deposição prosperou porque a articulação política prévia do Congresso foi conduzida por lideranças capazes de realizar a

expectativa de compartilhamento no novo esquema de poder.”
(ABRANCHES, 2018, p. 352).

3. CONCLUSÃO

Os dois sistemas apresentam pontos positivos e negativos. Observa-se no sistema presidencialista um grau maior de escolha do eleitor por ter independência nos poderes e nas suas respectivas eleições. Isto contribui para a accountability, pois o eleitor tem o poder de sancionar o governante ou o legislador nas eleições. Além disso, existe um sistema de travas no presidencialismo, que limita os poderes, gerando um certo equilíbrio de forças entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que são naturalmente autônomos.

Visto que, no caso do Brasil, o sistema federalista, formado pelos estados, força essa descentralização. A vastidão do território, as suas regionalidades e os poderes estaduais, estabelecem a chamada “contrabalança”, juntamente com o Parlamento, um sistema de travas ao excesso de poder concentrado nas mãos do Presidente, gerando maior representatividade.

Por sua vez, o Parlamentarismo apresenta maior governabilidade e identificabilidade. Executivo e Legislativo formam um só poder, no qual ambos se apoiam e dão suporte mútuo. No caso de crise no Executivo, o Legislativo atua no sentido imediato de reduzir seus danos, modificando a qualquer momento o Primeiro-Ministro e todo o seu gabinete, garantindo certa flexibilidade. Entretanto, neste modelo o accountability é menos utilizado, já que no Executivo foram empoçados como ministros os principais parlamentares (junção entre o Legislativo e o Executivo). Influencia também esta ausência de prestação de contas, o fato de as eleições serem apenas para o Legislativo, ou seja, o eleitor não elege diretamente o Primeiro-Ministro.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, S. (2018). *Presidencialismo de Coalizão*. São Paulo: Cia das

AMORIM NETO, O. (2007). *o Poder Executivo, centro de gravidade do Sistema Político Brasileiro*. Em A. O. CINTRA, & L. AVELAR, *Sistema Político Brasileiro: uma introdução* (p. 494). São Paulo: Unesp.

AVELAR, L., & CINTRA, A. O. (2007). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. São Paulo, SP, Brasil: UNESP.

CINTRA, A. O. (2007). *O Sistema de Governo no Brasil*. Em A. O. CINTRA,

SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO: uma introdução (p. 494). São Paulo: Unesp.

CINTRA, A. O. (2007). Parlamentarismo e presidencialismo. Em A. O. CINTRA & L. AVELAR, Sistema Político Brasileiro: uma introdução (p. 494). São Paulo: Unesp.

DEPUTADOS, C. (06 de outubro de 2019). Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília, DF, Brasil: Câmara dos Deputados.

ROBL FILHO, I. N. (2012). ACCOUNTABILITY E INDEPENDÊNCIA JUDICIAIS: O DESENHO INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO E DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO. CURITIBA, PR, BRASIL. Acesso em 2019, disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35352/R%20-%20T%20%20ILTON%20NORBERTO%20ROBL%20FILHO.pdf?sequence=1>



**UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

CLÁUDIO CÉLIO DE ARAÚJO LOPES

**EL FEDERALISMO FISCAL Y LAS
DESIGUALDADES REGIONALES DE LOS PAÍSES
DEL MERCOSUR**

CERTIFICO que la presente es fotocopia fiel de su original que tengo ante mí. Doy fe
BUENOS AIRES, 21 de JUNIO de 2017



**BUENOS AIRES
2016**


**EDUARDO E. SISCO
VICERRECTOR DE POSGRADO**

**BUENOS AIRES
2016**





**UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

CLÁUDIO CÉLIO DE ARAÚJO LOPES

**EL FEDERALISMO FISCAL Y LAS DESIGUALDADES
REGIONALES DE LOS PAÍSES DEL MERCOSUR**

Tesis presentada en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), como requisito parcial para la obtención del grado de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Prof. Orientador: Dr. Valdevino Pedro Da Silva.

Buenos Aires, 2016



Nº. de
Clasificación

CLÁUDIO CÉLIO DE ARAÚJO LOPES
EL FEDERALISMO FISCAL Y LAS DESIGUALDADES
REGIONALES DE LOS PAÍSES DEL MERCOSUR
/Universidad del Museo Social Argentino / Buenos
Aires / Argentina.
295 p.

Cutter/
Pha

1. Tesis: Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales.
I Cláudio Célio de Araujo Lopes
 2. EL FEDERALISMO FISCAL Y LAS DESIGUALDADES
REGIONALES DE LOS PAÍSES DEL MERCOSUR.
 3. Asesor: Prof. Dr. Valdevino Pedro Da Silva
- CDU



DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Los hechos, ideas y doctrinas expresados en la tesis “El federalismo fiscal y las desigualdades regionales de los países del MERCOSUR” son de responsabilidad única y exclusiva del autor.

Buenos Aires, 23 de Diciembre de 2016.



CLÁUDIO CÉLIO DE ARAÚJO LOPES



HOJA DE APROBACIÓN

Autor:

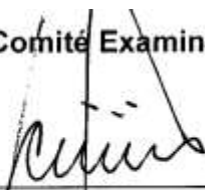
CLÁUDIO CÉLIO DE ARAÚJO LOPES

Título:

**“EL FEDERALISMO FISCAL Y LAS DESIGUALDADES REGIONALES
DE LOS PAÍSES DEL MERCOSUR”**

Comité Examinador

Comité Examinador

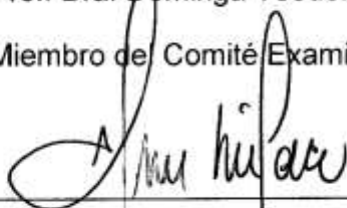


Prof. Dr. Valdevino Pedro da Silva – Orientador




Prof. Dra. Dominga Teodora Zamudio

Miembro de Comité Examinador



Prof. Dra. Maria Naida

Miembro del Comité Examinador



Prof. Dr. Jorge Horacio Schijman

Miembro del Comité Examinador

Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires/Argentina, 21 de
junho de 2017.



A Dios, por todo, a mis padres (*in memoriam*), esposa, hijos y familiares, que contribuyeran en la realización de este sueño y comprendieron mis ausencias.



AGRADECIMIENTOS

En primer lugar doy gracias a Dios por haber iluminado este camino y, al mismo tiempo por haber iluminado a mi madre, Maria Oda de Araújo Lopes que, ante tantas adversidades financieras luchó para que tuviésemos una buena educación, educación transmitida por las virtudes y las lecciones aprendidas y vivenciadas por ella y que tan bien supo transmitir a sus doce hijos. A pesar de su estudio primario, tuvo la certeza de que seríamos alguien en la vida si estudiábamos. Para eso luchó tenazmente para que todos sus hijos nos graduáramos en un curso superior, objetivo este alcanzado. Particularmente, mis hermanos han hecho el esfuerzo para ayudarme con los pagos de las matrículas y cuotas del Colegio 7 de Septiembre, sus esfuerzos fueron inconmensurables. Quisiera que esté viva para ver que el fruto de su esfuerzo no fue en vano.

No podría olvidar a todos mis familiares que siempre me apoyaron para conseguir este grado de nuestra académica. A mi Padre, Ivan Lopes Freire y a mi hermano Marcelo por el gran apoyo; y a mi hermana Ana Amélia y su esposo João Marques Pereira agradezco desde lo más profundo de mi corazón por haber financiado gran parte de mis estudios. (Colégio 7 de Setembro).

A mi amigo abogado, Dr. Henrique, que lo considero como a un hermano, con una simplicidad y sabiduría inigualable, responsable directo del comienzo y finalización de mi curso de grado en Derecho en la Universidad Federal de Ceará - U.F.C, muchas gracias de corazón por todo lo que has hecho para la realización de este sueño.

Y, especialmente a mi amada esposa Fabiana, mi fuente de inspiración, siempre caminando lado a lado, en el amor, en la confianza y en la comprensión brindada. A Letícia, Pedro y Tiago, dones de Dios, les



agradezco a través del inmenso amor que siento por ustedes, que junto a Fabiana son las razones de mi vida.

A todos aquellos que, de una u otra forma contribuyeron a la realización de este sueño, mi mayor agradecimiento.



“La ley de la mente es implacable. Lo que piensas, lo creas. Lo que sientes, atraes. Lo que crees, se vuelve realidad”

Buda



RESUMO

As grandes desigualdades regionais encontradas nos países que compõem o Mercosul são eternos problemas que apresentam efeitos danosos no campo social, promovendo verdadeiras subdivisões, divergências e diferenciações no direito ao acesso das populações, destes países, às prestações de serviços públicos básicos, como Educação, Saúde, Habitação e segurança. A idéia de promover uma reforma político-tributária, como um novo federalismo fiscal que promova os Princípios da Cooperação e da Solidariedade entre os entes federativos se faz necessário para a obtenção de melhores Índices de Desenvolvimento Humano - IDH. Somente através de um federalismo cooperativo e solidário promoveremos uma maior equidade visando reduzir as desigualdades sociais existentes entre as regiões destas nações, estabelecendo condições igualitárias para que toda a população tenha acesso à um serviço público de qualidade visando o Bem-estar Social.

Palavras-chaves: Federalismo Fiscal; Cooperativo Solidário; Desigualdades Regionais; Mercosul.



RESUMEN

Las grandes desigualdades regionales encontradas en los países que integran el Mercosur son problemas eternos que traen efectos perjudiciales en el ámbito social, promoviendo verdaderas subdivisiones; divergencias y diferenciaciones en el derecho al acceso de las poblaciones de estos países a las prestaciones de servicios públicos básicos como educación, salud, vivienda y seguridad. La idea de promover una reforma política tributaria, como un nuevo federalismo fiscal que promueva los Principios de Cooperación y de Solidaridad entre las entidades federativas es necesaria para obtener mejores índices de Desarrollo Humano - IDH. Solo a través de un federalismo cooperativo y solidario se promoverá una mayor equidad con el fin de reducir las desigualdades sociales existentes entre las regiones de estas naciones, estableciendo condiciones igualitarias para que toda la población tenga acceso a un servicio público de calidad con vistas al bien estar social.

Palabras claves: Federalismo Fiscal; Cooperativa Solidaria; Desigualdades Regionales; Mercosur.



ABSTRACT

The great regional inequalities found in the countries that make up Mercosur are eternal problems that have harmful effects in the social field, promoting real subdivisions, divergences and differentiations in the right of the populations of these countries to the provision of basic public services, such as Education, Health , Housing and security. The idea of promoting a political-tax reform, such as a new fiscal federalism that promotes the Principles of Cooperation and Solidarity among federative entities, is necessary to obtain better Human Development Indexes. Only through a cooperative and solidarity federalism will we promote greater equity in order to reduce the social inequalities existing between the regions of these nations, establishing equal conditions for all the population to have access to a quality public service aimed at Social Welfare.

Key-words: Fiscal Federalism; Cooperative; Solidarity; Regional Inequalities; Mercosur.



SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN.....	10
1 – EVOLUCIÓN DE LA FORMACIÓN DEL ESTADO	13
1.1 – CONCEPTO Y ORIGEN DEL ESTADO.....	13
1.1.1 - SOBERANÍA.....	17
1.1.2- PUEBLO	19
1.1.3 – TERRITORIO	20
2.1 - ESTADO UNITARIO	23
2.2 - ESTADO REGIONAL.....	26
2.3 – ESTADO CONFEDERADO.....	28
2.4 - ESTADO FEDERADO	29
3 - FEDERALISMO FISCAL Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.	38
3.1 RESEÑA E IMPORTANCIA DEL FEDERALISMO FISCAL.....	39
3.1.1 - FEDERALISMO POR ASOCIACIÓN Y POR DISOCIACIÓN	44
3.1.2 - FEDERALISMO DUAL	45
3.1.3 - FEDERALISMO COOPERATIVO.....	47
3.1.4 - FEDERALISMO COMPETITIVO O NUEVO FEDERALISMO	52
3.1.5 - FEDERALISMO SIMÉTRICO Y ASIMÉTRICO	56
3.1.6 - FEDERALISMO ORGÁNICO.....	59
3.2 EVOLUCIÓN, PROPIEDAD DE LA ADOPCIÓN, VARIACIONES Y CARACTERÍSTICAS COMUNES AL FEDERALISMO FISCAL.....	61
3.2.1 FEDERALISMO FISCAL Y LA PERSPECTIVA ECONÓMICA	61
3.2.2 - FEDERALISMO FISCAL Y LA PERSPECTIVA POLÍTICA Y SOCIAL.....	68
3.2.3 - PRINCIPIOS FISCALES DE LOS MODELOS FEDERATIVOS.....	73
3.2.4-TRANSFERENCIAS DE INGRESOS INTERGUBERNAMENTALES: VERTICAL Y HORIZONTAL.....	80
3.2.5 INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN DEL FEDERALISMO FISCAL	90
4. FEDERALISMO FISCAL COMPARADO EN EL COMBATE A LAS DESIGUALDADES REGIONALES	98
4.1 - FEDERALISMO FISCAL DE ALEMANIA.....	99
4.2 - FEDERALISMO FISCAL DE ESTADOS UNIDOS.....	106
4.3 - FEDERALISMO FISCAL DE CANADÁ	112
4.4 - FEDERALISMO FISCAL DE AUSTRALIA.....	116
5. FEDERALISMO FISCAL EN EL MERCOSUR.....	120



5.1 FEDERALISMO FISCAL BRASILEÑO Y SUS DESIGUALDADES REGIONALES	126
5.1.1 RESEÑA DEL FEDERALISMO FISCAL Y SUS DESIGUALDADES	126
5.1.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS	129
5.2 FEDERALISMO FISCAL ARGENTINO Y SUS DESIGUALDADES REGIONALES	148
5.2.1 RESEÑA	148
5.2.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS	157
5.3 MODELO FISCAL URUGUAYO Y SUS DESIGUALDADE	164
5.3.1 RESEÑA	164
5.3.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS	169
5.4 MODELO FISCAL PARAGUAYO Y SUS DESIGUALDADES	171
5.4.1 RESEÑA	172
5.4.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS	178
5.5 MODELO FISCAL VENEZOLANO Y SUS DESIGUALDADES	182
5.5.1 RESEÑA	182
5.5.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS	186
6. ARMONIZACIÓN FISCAL EN EL MERCOSUR Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL Y GLOBAL	193
6.1 LA GLOBALIZACIÓN Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA	193
6.2 LA ARMONIZACIÓN TRIBUTARIA Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL DEL MERCOSUR	212
7. REFORMULACIÓN DEL PACTO FEDERATIVO FISCAL PARA QUE PROPORCIONE EFICIENCIA Y EQUILIBRIO REGIONAL	222
CONCLUSIÓN	242
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	273



INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo ha sido buscar, en el Derecho Comparado y en la experiencia de Países, modelos que obtuvieron éxito en la disminución de los desequilibrios regionales, teniendo en cuenta la importancia de un mayor equilibrio entre las entidades federativas de una nación. Pretendemos con ello demostrar que los componentes del Mercosur, especialmente Argentina y Brasil, deben utilizar una mayor equidad fiscal con el fin de conseguir, efectivamente, una mejor eficiencia y eficacia de las políticas públicas, logrando con esto una disminución del agravamiento de las disparidades regionales.

Para introducirnos en primer lugar en el aspecto del federalismo fiscal resulta necesario enfocarnos en la estructura organizacional del Estado, es decir, en las consideraciones históricas sobre la forma de Estado Unitaria o Federativa con sus diferencias e implicancias siempre dirigidas, principalmente en este estudio, hacia un enfoque fiscal y tributario.

En el aspecto del federalismo fiscal, propiamente dicho, citamos primero su evolución histórica y las variaciones encontradas, dentro de un estudio comparado, con varios países. En esta parte del estudio presentamos las características del federalismo fiscal centralizado y el descentralizado como también sus diferencias y las opiniones de la doctrina especializada en el tema.



Siguiendo una línea más específica, estudiaremos la historia y evolución del federalismo fiscal de Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay y Venezuela, mostrando sus diferencias y similitudes, así como también las dificultades de cada Estado integrante del Mercosur ante el agravamiento de las disparidades regionales.

A continuación, nos referiremos a los nuevos modelos de federalismo fiscal que surgieron ante un movimiento de cambio provocado por las novedades derivadas de la globalización, y que desde hace muchos años modifican las relaciones entre los individuos y, consecuentemente, de los países.

Estos cambios provocados por la globalización están requiriendo un reordenamiento del pacto federativo de los Estados para que haya más eficiencia y competitividad en sus sistemas tributarios. También se requiere la armonización tributaria para una mejor integración regional e internacional. Actualmente, esta falta de alineamiento global lleva a varios países a un aislamiento político-económico, transformándose en barreras que dificultan el crecimiento de sus economías. De esta forma, en un marco de desequilibrios regionales, la insatisfacción de la población ante la incapacidad de sus gobernantes aumenta paulatinamente por la inercia existente frente a los cambios impuestos por el nuevo orden económico.



En la conclusión damos algunos indicadores que, de ser aplicados, amenizaría estas disparidades regionales encontradas en los países del Mercosur, principalmente en Brasil, en las regiones Norte y Nordeste.

La descentralización fiscal unida a la armonización tributaria demuestran ser ejemplos de nuevos indicadores que, implementados, darían excelentes resultados en el proceso de disminución de los desequilibrios regionales, y generaría un aumento de la integración regional e internacional, tan necesarios para los países que componen el Mercosur.



1 – EVOLUCIÓN DE LA FORMACIÓN DEL ESTADO

1.1 – CONCEPTO Y ORIGEN DEL ESTADO

Para abordar el tema del Federalismo es necesario hacer un pequeño preámbulo sobre las formas de Estado y sus diferenciaciones. Nuestra intención es que se entienda mejor el tema “federalismo” para facilitar la lectura de lo que trataremos durante nuestra disertación.

El Estado, palabra del latín “*status*”, quiere decir orden o estar firme, y su significado, con la evolución histórica de los pueblos y territorios, pasó por distintos procesos relevantes durante su formación. En la Grecia antigua lo denominaron “*polis*” como sociedad política, en cambio, para los romanos la denominación era “*civitas*”, en la Edad Media, con el feudalismo, se denominaban *feudos*, *principados* o *reinos*, y para los pueblos germánicos *reich* y *staat*.

Según Paulo Bonavides¹ el significado actual de Estado es el de una organización social estructurada a partir del ejercicio del poder y se introdujo por la primera vez en la obra *El Príncipe*, escrita por Nicolau Maquiavel², publicada en 1531, “*Todos los Estados, todos los dominios que han tenido y tienen poder sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados*”

¹ BONAVIDES, Paulo. Teoría do estado. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.34-35.

² MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe, Coimbra, Atlântida Ed., 1935, p.7.



Ante la dificultad de elegir una definición completa sobre el concepto y origen del Estado recurrimos, mediante una síntesis, a algunas de las principales doctrinas sobre el tema.

- Doctrina Teológica: Santo Tomás de Aquino, San Agustín y Jacques Bossuet, entre otros, defendían que el Estado era una creación divina y que Dios, a través de su voluntad, concedió al monarca un poder ilimitado, es decir, esta doctrina ayudaba ideológicamente al Estado Absolutista, siendo la figura que mejor lo retrata la de Luis XIV, quien afirmaba que “el estado soy yo” y que solamente a Dios le debía explicaciones por sus actos.

- Doctrina Jusnaturalista: El Estado es resultado de la propia naturaleza humana, implicando con ello que el derecho natural sea anterior al derecho positivo, como ejemplo tenemos el derecho a la vida que es un derecho natural inherente a la propia naturaleza.

- Doctrina Contractualista: Para los defensores como Thomas Hobbes, John Locke, Jean Jacques Rousseau, entre otros, el Estado proviene del acuerdo de voluntades permitiendo que cada individuo ceda una parte de sus derechos individuales en beneficio de la comunidad o del todo.



- Doctrina del Estado Moderno: Con la decadencia del feudalismo, al final de la Edad Media, surgió la formación de las monarquías nacionales con una mayor concentración política del poder real en detrimento de los pequeños feudos y reinos. Aparece entonces el Estado soberano con una estructura administrativa, tributaria, idioma, moneda nacional, como también el ejército para asegurar esta soberanía.

Para el jurista alemán Georg Jellinek³, reconocido como el fundador de la disciplina Teoría General del Estado, los elementos fundamentales que caracterizan al Estado son: pueblo; territorio; soberanía. Cabe destacar que, para el jurista alemán, la soberanía recae sobre el Estado y no exactamente sobre la nación.

Paulo Bonavides⁴ presenta la misma línea de raciocinio que Jellinek al tratar sobre la definición de Estado: “la corporación de un pueblo, asentada en un determinado territorio y dotada de un poder originario de mando”.

Dalmo Dallari⁵ define al Estado como: “orden jurídico soberano que tiene por objetivo el bien común de un pueblo situado en determinado territorio”. Para él no solamente la soberanía pertenece a la nación sino que nación también es sinónimo de pueblo, resguardado por el orden jurídico legítimo (*bien común*).

³ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 71.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 122



Actualmente, una parte de la doctrina enumera algunos factores esenciales para la existencia del Estado: Territorio; Pueblo; Soberanía y Gobierno. Sin embargo, existe una discusión doctrinaria acerca del número de elementos esenciales.

Algunos doctrinadores prefieren unir los elementos soberanía y gobierno en una sólo columna, aceptando de este modo únicamente tres bases de sustentación para caracterizar al estado. Otros, como Sahid Maluf⁶, aceptan que el lugar del elemento soberanía, en particular, sea sustituido por el término gobierno, como elemento caracterizador fundamental de la noción de Estado.

Para Alessandro Groppali⁷ los elementos esenciales del Estado (en el original): *“Di regola le modificazioni cui va incontro uno Stato sono Il riflesso delle alterazioni che intervengono in uno dei suoi elementi costitutivi: popolo, territorio, sovranità.”*

Además de los tres elementos esenciales (territorio, población y gobierno) Alessandro Groppali⁸, admite otro elemento que es la *“finalidad”* considerando al Estado como una entidad de fines precisos y determinados: regular globalmente, en todos sus aspectos, la vida social de determinada comunidad.

⁶ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 23

⁷ GROPPALI, Alessandro. Dottrina dello stato. 3ª Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1937, p. 190.

⁸ GROPPALI, Alessandro. Doctrina do Estado. Trad. Paulo Edmar de Souza Queiroz, São Paulo, Saraiva, 1953, p.123.



José Afonso da Silva sobre el concepto de Estado⁹, “El *Estado*, como se puede notar, está constituido por cuatro elementos esenciales: un *poder soberano* de un *pueblo* situado en un *territorio* con ciertas *finalidades*.”

1.1.1 - SOBERANÍA

Cuando los monarcas comenzaron a concentrar los poderes en sus manos, en el siglo XIII, surgió el concepto de soberano, sin embargo, la centralización plena de los poderes se concretó a fines de la Edad Media. Con la profesionalización de los ejércitos reales resultaron innecesarios los servicios militares de los señores feudales al rey surgiendo así un mayor control de la administración del territorio.

En 1576 Jean Bodin¹⁰ definía a la soberanía en su obra *Lex Six Livres de la République* de la siguiente forma:

“Soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República, palabra que se usa tanto con relación a los particulares como con relación a los que manipulan todos los negocios de estado de una República.”

Junto con la evolución del Estado hubo también una evolución histórica del concepto de soberanía, influenciado principalmente por el pacto social que comenzó a considerar a la soberanía como inalienable, representada por la voluntad

⁹ AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ªed. Ver. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 100.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. Saraiva, 1983. p.68.



general y con la participación del todo, e indivisible porque los acontecimientos existentes en el Estado son universales, haciendo imposible la división del poder soberano.

Otra característica relevante es la imprescriptibilidad ya que no habría supremacía en un Estado donde se establece un plazo de validez. La soberanía es permanente y sólo desaparece cuando es forzada por algo superior.

Ante esta evolución conceptual de soberanía, el jurista Celso Ribeiro Bastos¹¹ presenta un concepto moderno de soberanía estatal con sus aspectos en el Derecho Internacional:

“La soberanía se constituye en la supremacía del poder dentro del orden interno y en el hecho de que, ante el orden externo, sólo encuentra Estados de igual poder. Esta situación es la consagración, en el orden interno, del principio de la subordinación, con el Estado en el ápice de la pirámide y, en el orden internacional, del principio de la coordinación. Por consiguiente, considerar a la soberanía como fundamento del Estado brasileño significa que dentro de nuestro territorio no se admitirá otra fuerza que no sea la de los poderes jurídicamente constituidos, no pudiendo ningún agente extraño a la Nación intervenir en sus negocios.”

En la Constitución Federal de Brasil de 1988¹² la soberanía está expresamente garantizada en el primer artículo:

¹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994.

¹² Constitución Federal de Brasil 1988.



“Art. 1º La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos:

I - la soberanía;”

1.1.2- PUEBLO

Otro elemento esencial del Estado es el pueblo (elemento humano), cuya definición es la de una comunidad de individuos que reconocidos como ciudadanos conviven en armonía y se encuentran sujetos a un mismo sistema jurídico.

Habitualmente en la doctrina hay una mezcla de conceptos cuando se define al pueblo, a la población y a la nación. El pueblo no es otra cosa que los ciudadanos de un Estado que tienen objetivos en común y que se encuentran bajo el dominio de las mismas leyes. Población es la sumatoria de todos los individuos que viven en el Estado como, por ejemplo, los nacionales y los extranjeros. Cuando hablamos de nación, nos referimos al Estado propiamente dicho, mientras que el pueblo es el conjunto de ciudadanos que integran dicho Estado.

Entre algunas definiciones sobre el concepto de *pueblo* destacamos la de H. Kelsen¹³ que afirma que el pueblo constituye una unidad jurídica y no natural: *"se constituye por la unidad del orden jurídico válido para los individuos cuya*

¹³ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 334.



conducta es regulada por el orden jurídico nacional, es decir, es la esfera personal de validez de dicho orden".

Para Paulo Bonavides¹⁴ la palabra "*pueblo*" presenta varios sentidos: político, jurídico y sociológico. En el concepto político *pueblo* es “como cuadro humano que sufraga, que se politizó, es decir, el cuerpo electoral”. Para él, el concepto en la Sociología: “es comprendido como toda la continuidad del elemento humano, proyectado históricamente en el transcurso de varias generaciones y dotado de valores y aspiraciones comunes”.

Para Paulo Bonavides el concepto jurídico que mejor define al pueblo es: “que se encuentran en el territorio como fuera de éste, en el extranjero, pero presos a un determinado sistema de poder u ordenamiento normativo por el vínculo de ciudadanía”.

1.1.3 – TERRITORIO

El territorio considerado como el espacio físico del Estado es aquél donde el pueblo reside y establece su poder de reglamentar, además de ser un factor de identificación de este pueblo.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 74 a 78.



Para Paulo Bonavides¹⁵ el territorio es la base geográfica del poder del Estado y está compuesto por la “tierra firme, con las aguas allí comprendidas, el mar territorial, el subsuelo y plataforma continental, así como también por el espacio aéreo.”.

Existe un cuestionamiento en la doctrina con respecto a considerar al territorio como un elemento necesario del Estado, como lo explica Dalmo Dallari¹⁶:

“Mientras para muchos se trata de un elemento constitutivo esencial del Estado, siendo uno de los elementos materiales indispensables, otros lo aceptan como condición necesaria exterior al Estado. [...] La concepción de Kelsen que, también considera la delimitación territorial como una necesidad, dice que esto se debe a que dicha delimitación es la que hace posible la vigencia simultánea de muchos órdenes estatales. El territorio no llega a ser, por lo tanto (en la concepción de Kelsen), un componente del Estado sino el espacio al cual se circunscribe la validez del orden jurídico estatal, porque aunque la eficacia de sus normas pueda ir más allá de los límites territoriales, su validez como orden jurídico estatal depende de un cierto espacio, ocupado con exclusividad.”

Entre las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del territorio, Paulo Bonavides¹⁷ las clasificó de esta forma: Teoría del Territorio-Patrimonio; Teoría del Territorio-Objeto; Teoría del Territorio-Espacio y Teoría del Territorio-Competencia.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed., 7. tir. São Paulo: Malheiros, 1999, p.88.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Editora Saraiva, São Paulo, 29 edição, 2010, p. 87.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed., 7. tir. São Paulo: Malheiros, 1999, p.99-105.



- Con relación a la Teoría Territorio-Patrimonio, en la Edad Media, Paulo Bonavides afirma que el señor feudal era el titular del poder de *imperium* y el del *dominium*, por consiguiente, no existía diferencia.

- En la Teoría del Territorio-Objeto el territorio es tratado como una cosa perteneciente al derecho público y no una cosa del ámbito del derecho privado como resultaba en la concepción puramente patrimonial. De esta forma, en esta teoría, la soberanía territorial presenta aspectos negativo y positivo.

- Para la Teoría del Territorio-Espacio el territorio es considerado como extensión espacial de la soberanía del Estado, es decir, el poder del Estado no está sobre el territorio sino en el territorio.

- Con la Teoría del Territorio-Competencia, que tiene como gran defensor a Hans Kelsen, de la Escuela de Viena, el territorio es el ámbito de validez del orden jurídico del Estado. Existen dos sentidos: el restricto, en que el territorio es la esfera de la competencia local; y el amplio, en el que es el ámbito de validez del orden estatal.



2 – FORMAS DE ESTADO

2.1 - ESTADO UNITARIO

Dentro de la doctrina observamos que el Estado Simple o Unitario se presenta como la estructura más antigua de modelo de organización estatal. Posee solamente una esfera de poder legislativo, ejecutivo y judicial, existiendo, por consiguiente, un único poder soberano para el pueblo en determinado territorio. Todo el ordenamiento jurídico¹⁸ emana de una única instancia de poder, no existiendo, de esta forma, ordenamientos jurídicos subnacionales, lo que difiere del Estado federativo.

Para Hans Kelsen¹⁹:

"La definición corriente del Estado parte del simple presupuesto de que todas las normas que conforman el orden estatal valen de igual forma para todo el territorio del Estado o –en la medida en que se refieren a la persona de la autoridad que establece las normas– provienen de una única instancia que domina, desde un centro, a todo el territorio del Estado. En esta última definición –es el llamado Estado unitario..."

Cuando afirmamos que para caracterizar a un Estado Simple o Unitario se requiere una centralización política y solamente una fuente de Poder en todo el territorio, esto no imposibilita una descentralización administrativa en

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 151. *"centralización política en determinado Estado se experimenta por la unidad del sistema jurídico, comportando el país un solo derecho y una sola ley"*.

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 347.



departamentos, comunas, etc. Sin embargo, generalmente se produce mediante delegación del Poder Central.

Ante esta información, encontramos algunos Estados Simples o Unitarios que presentan características en común que ayudan a clasificarlos en: Estado Unitario Simple, Desconcentrado y Descentralizado²⁰.

El Estado Unitario Simple, conocido por su gran nivel de centralización, ha dejado de existir por la dificultad de que su implementación cumpla servicios para la población en todos los lugares del Estado, debido a su estructura sumamente centralizadora. Este tipo de Estado es muy característico de los que son dirigidos por los dictadores que se resisten a descentralizar el Poder por el temor de perderlo.

Tratándose del Estado Unitario Desconcentrado, existe una repartición del Estado en regiones con representantes indicados por el Poder Central que ejercen la administración local de forma más desconcentrada, sin autonomía, transfiriendo las principales decisiones al Poder Central, lo que torna a este Estado muy lento y burocrático.

²⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Administração territorial comparada. Revista de Direito Comparado. Vol. 3. mayo/99 – Semestral. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1998, p. 10 ss.



El Estado Unitario Desconcentrado difiere del Estado Simple por el hecho de que existe cierta desconcentración, por lo menos en el área administrativa, lo que implica una mejor relación entre los servicios provistos por el Poder Central y la población de los lugares más distantes de su territorio.

La descentralización más efectiva es la característica principal del Estado Unitario Descentralizado. A diferencia de las modalidades anteriores, existe en el mismo una previsión legal que permite la transferencia de competencias administrativas del Poder Central hacia regiones o entidades, sin posibilidad de intervención por parte del Poder Central, lo que representa cierta autonomía y descentralización del Poder, aun cuando se mantenga en el Poder Central la concentración del poder legislativo.

Señalamos que Brasil ya tuvo la forma de Estado Unitario prevista por la Constitución de 1824²¹ donde el territorio estaba dividido en Provincias que no contaban con autonomía. Ante la dificultad de administrar un vasto territorio y una alta centralización²² surgió el Acto Adicional de 1834 que proporcionó una descentralización política para las provincias, convirtiendo al Estado Unitario Brasileño en un Estado semifederal.

²¹ Constitución Federal do Brasil 1824.

²² NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824 / Octaciano Nogueira*. - Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 29



2.2 - ESTADO REGIONAL

El Estado Regional es una forma de Estado derivada del Estado Unitario, es decir, actualmente hemos constatado que muchos Estados Unitarios, bastantes centralizadores, están utilizando instrumentos y formas modernas de descentralizar el Estado ante la dificultad de administrar todo su territorio.

Estos cambios han contribuido para el surgimiento de una forma de estado más moderna que son los Estados Regionales, donde sus territorios se dividen en regiones con competencias previstas en la Constitución Nacional, haciendo que estas unidades cuenten con una mayor autonomía.

Son varios los factores que están llevando a estas regiones a adquirir tal competencia constitucional: las desigualdades regionales, distancia del Poder Central, diferencias culturales, movimientos separatistas, entre otros. Los ejemplos clásicos de Estado Regional los encontramos en Italia y España. En el caso de Italia, a pesar de que su Constitución de 1947 establezca la forma de Estado Unitario, en la doctrina está encuadrada como un Estado Regional ante los cambios establecidos para enfrentar problemas de organización del Estado²³.

Gran parte de la Doctrina considera al modelo español como a un Estado regional, pero para José Luiz Magalhães²⁴ el modelo de España previsto por

²³ VIRGA, Pietro. Diritto Costituzionale, Giuffrè editore, Milano, 1979 pág. 329.

²⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O território do Estado no Direito Comparado: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponible en: <<http://jus.com.br/artigos/3156>>. Acceso el: 24/08/2016.



la Constitución de 1978 constituye un nuevo modelo de forma de estado llamado Estado Autonómico, que se parece al Estado Regional, aunque con una peculiaridad en la formación de las regiones. En esta nueva forma de Estado las pequeñas unidades toman la iniciativa en la formación de las regiones.

En este Estado Autonómico existe un elevado grado de descentralización administrativa y legislativa ordinaria, prevista por la Constitución de 1978, facilitando que las unidades menores, que aquí llamamos provincias, tomen la iniciativa de agruparse para constituir regiones autonómicas y, consecuentemente, creen su propio reglamento, que debe pasar por la convalidación del poder legislativo nacional para legalizarlo.

El Estado Regional mantiene algunas evidentes diferencias que no se confunden con la forma de Estado Federal. A pesar de que en estas dos formas de estado encontramos descentralización amparada constitucionalmente, en el Estado Regional la descentralización sólo está prevista en la Constitución Nacional, es decir, las regiones no poseen poder constituyente para celebrar constituciones propias.

Tratándose del Estado Federal, lo que difiere del Estado Regional es que la Constitución Federal establece poder constituyente a los Estados miembros, es decir, el poder de elaborar sus propias constituciones siempre que se respeten los



principios previstos en la Constitución Federal. Estos Estados miembros tienen diferentes denominación en las federaciones como "*estados*" en Brasil, en Argentina se llaman "*provincias*", en Alemania se llaman "*länders*" y en Suiza "*cantones*".

2.3 – ESTADO CONFEDERADO

Antes de introducirnos en el tema del Estado Federado es necesario tratar en nuestro estudio la forma de Estado de la Confederación que reúne algunas características que las diferencian de las otras formas de estado. La Confederación se origina en un Pacto entre Estados, generalmente con el objetivo de protegerse de los ataques externos²⁵. Se entiende por Confederación la unión permanente de estos Estados Soberanos mediante una Asamblea con representación de cada Estado, cuyas decisiones sólo llegan a tener validez con la ratificación de los Estados Confederados.

Asimismo, es posible observar que la Confederación se da por medio de Tratados Internacionales sin la necesidad de una Constitución y que sus Estados miembros no pierden su soberanía, lo que revela la fragilidad de esta forma de Estado debido al Derecho de Separación.

²⁵ JELLINEK, Georg. Teoría general del estado. 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Albatroz, 1954.



Según Juan Ferrando Badia²⁶, la mayoría de las Confederaciones determina principalmente el nacimiento de un Estado Federal, un ejemplo clásico es el del Tratado entre Cantones en Suiza, una de las Confederaciones más conocidas y largas, que duró desde 1291 hasta 1848, cuando se creó la Unión Federal. Otro ejemplo fue Estados Unidos de América (EE.UU.) que surgió de la unión de Estados Independientes, partiendo de la Confederación a la Federación.

2.4 - ESTADO FEDERADO

Con respecto al Estado Federado, comenzamos por la terminología de la palabra "federación" o "*foedus*" que tiene su origen en el latín y significa unión, pacto, alianza²⁷, y que fue muy utilizada en el Derecho Público Romano. Montesquieu²⁸, aún en el siglo XVIII, al abordar las formas de gobierno en su obra prima "Del espíritu de las leyes" afirmaba que se trataba de una convención en que varios cuerpos políticos concordaban con la idea de tornarse ciudadanos de un Estado mayor que querían formar.

²⁶ BADIA, Juan Ferrando. El estado unitario, el federal y el estado autonómico. p. 220.

²⁷ ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva: 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1998. p. 604.

²⁸ MONTESQUIEU. Do espírito das leis. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997. p. 173.



A pesar de que su concepto ya se empleaba antiguamente, el Estado Federal es una forma de Estado relativamente moderna, que con la evolución histórica se distinguió entre otras formas de organización política.

En virtud de esta evolución histórica el concepto de Estado Federal ha sufrido innumerables modificaciones en la doctrina, lo que hace imposible lograr una uniformidad, como lo retrata Konrad Hess²⁹:

"... sin embargo, cada estado federal es una individualidad concreta histórica. El orden estatal-federal experimenta, como consecuencia de limitaciones históricas, políticas, sociales y económicas diferentes, y como consecuencia de las diferentes tareas que el mismo tiene que cumplir, caracteres completamente diferentes. Por ello, la consideración jurídico-constitucional no se puede relacionar con un concepto de estado federal "preconstitucional". Tal relación está prohibida, sobre todo porque el concepto, decisivo para la misma, de estado federal, es un concepto normativo".

Para José Afonso da Silva³⁰ el gran diferencial en la definición de Estado Federal se encuentra en la repartición regional de poderes autónomos con el fin de la unión de colectividades políticas autónomas.

Sin embargo, a pesar de la existencia de una serie de definiciones y ante la dificultad de lograr una única definición, creemos que el Estado Federal puede ser entendido como una organización político-administrativa con características descentralizadoras transmitidas a las diversas esferas de poder (provincias, Estados

²⁹ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 179.

³⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 11ed. . São Paulo: Malheiros 1996, p. 101.



miembros, municipios, etc.), mediante la división de competencia y establecimiento de autonomías. Otros doctrinadores, como Celso Ribeiro Bastos³¹, agregan que el Estado Federal es la forma más sofisticada de organizar al Poder dentro del Estado.

En el estudio del Derecho Constitucional federalista el modelo norteamericano es reconocido como la principal referencia del Estado Federal. Con el Pacto de Filadelfia y con la Declaración de Independencia de las trece ex colonias británicas que determinaron fortalecerse con la seguridad de que solamente unidas conseguirían la independencia de Inglaterra, en contraposición del papel débil y aislado que cada colonia desempeñaría ante los abusos e incomprensiones de una relación conflictiva con Inglaterra³².

Se creó entonces el Estado Federal norteamericano llamado Estados Unidos de América a través de la Constitución de 1787 que estableció la división de poderes entre el gobierno federal y las ex colonias inglesas, llamadas ahora Estados miembros. Existía el temor, por parte de las ex colonias, de una centralización de poder en la esfera federal. Por eso resolvieron limitar las competencias del gobierno federal a una lista de poderes esenciales, mientras los poderes no delegados al gobierno federal eran de competencia de los Estados

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional: 20 ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 282.

³² DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado Federal. São Paulo: Ática, 1986. p. 7.



miembros, es decir, las ex colonias o Estados miembros, mantuvieron su autonomía dentro de la federación.

Tal como lo expuesto precedentemente, los estudios sobre las formas de gobierno de Montesquieu contribuyeron excesivamente en la formación de la federación americana, aprovechando sus ideas en la célebre obra "*El Federalista*"³³ de Hamilton, Madison y Jay como forma de resolver las dificultades constatadas durante la formación del Estado Federal norteamericano.

La creación de Estados Unidos de América trajo aparejada una nueva forma de Estado, la federativa. Según Karl LOEWENSTEIN³⁴:

"En general, los impulsos para una asociación federal suelen ser paralelos a aquellos que tienden a crear una unidad nacional entre diversos Estados hasta entonces separados, prefiriéndose, sin embargo, por razones específicas, el tipo federal al tipo unitario. La unidad nacional se busca a través de la diversidad regional. Junto a la vecindad geográfica o mejor geopolítica, los siguientes requisitos tienen una importancia decisiva: la comunidad de intereses políticos, económicos o estratégico-militares, tradición común y aspiraciones comunes para el futuro, la mayor parte de las veces una relación de consanguinidad o común ascendencia y, aunque no es necesario, también comunidad lingüística... De todas formas, en el pasado, la razón principal para la preferencia de la organización federal es la convicción de que, a pesar de la reconocida necesidad de unidad nacional, las tradiciones regionales operan contra la fusión de Estados individuales en una organización estatal unitaria, siendo necesario que las diferencias culturales de las diversas entidades se mantengan por medio de un orden federal".

³³ HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. Os Artigos Federalistas, 1787-1788. Trad. de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964, p. 355.



Para Garcia-Pelayo³⁵:

“La organización federal, en parte por necesidades reales y en parte por simple fenómeno imitativo, pasó de los Estados Unidos a varios Estados iberoamericanos (Méjico, Argentina, Brasil, Venezuela), a Suiza (1848), a Alemania (1871), a varios dominios británicos y, a partir de la primera guerra mundial, a otra serie de países”.

Aprovechando la exitosa experiencia americana, muchas naciones adoptaron la forma federativa con algunas peculiaridades surgidas durante su creación. Da allí la dificultad de determinar y definir la naturaleza jurídica del Estado federal. Tal como lo mencionamos anteriormente, hemos observado que varios países como Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Estados Unidos, India, Indonesia, México y Suiza, entre otros, aun bajo el modelo de Estado federal presentan una serie de características distintas que los hacen diferenciarse entre sí.

Hace poco tiempo constatamos un movimiento de transformación en que algunos Estados unitarios y varios Estados federativos, para adaptarse a una nueva realidad impuesta por la globalización económica, están descentralizando su poder central hacia regiones o Estados miembros. Sobre este asunto Celso Bastos³⁶ cuestiona: “... ¿No será que otros países habrían importado el federalismo americano por mero mimetismo?”

³⁵ GARCIA PELAYO, Manuel. *Direito Constitucional Comparado*. Madrid, ES. Alianza, 1984, p. 215.

³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional: 20 ed. Atualizada*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999. p. 281-282.



Tal como advierte Jellinek³⁷ “la figura de un Estado totalmente centralizado nunca existió, ni siquiera en la antigüedad”. Estos cuestionamientos han llevado a varios estudiosos a elaborar modelos de organización estatal para integrarlos a las nuevas realidades y transformaciones que se producen de forma muy dinámica por el mundo. Con esta readecuación del federalismo se abren oportunidades para que el Estado pueda construir con mayor eficiencia resultados satisfactorios en la prestación de bienes y servicios públicos que la nueva coyuntura política y económica mundial requiere.

Siguiendo el ejemplo de modelos innovadores, tema que trataremos con más profundidad en otro capítulo, surge en Brasil la idea de un Estado regional como forma de innovar para enfrentar la crisis del federalismo en este país. Paulo Bonavides³⁸ ya percibía dicha innovación cuando presentó, en una conferencia en Barcelona, en 1970, “O Planejamento e os Organismos Regionais como preparação a um Federalismo das Regiões ”.

Para Paulo Bonavides, Brasil, por su vasto territorio, presenta desigualdades regionales gigantescas, encontradas principalmente en el Nordeste brasileño, y que precisan ser combatidas por medio de una nueva estructura federativa como, por ejemplo, un federalismo tetradimensional: *Unión, Estados Miembros, Municipios y Región*. Este nuevo modelo federativo surgiría como un

³⁷ JELLINEK, Georg. Teoría General del Estado. Buenos Aires. Albatrós, 1943. p. 621.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, n. 104, abril-junho de 1971; Reflexões: Política e Direito, pp. 110-111, e Revista de Informação Legislativa, n. 31, jul./set. 1971, pp. 53-78; Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 37, jan./mar. 1973, pp. 39-40.



instrumento renovador y estimulante de reacomodación política y económica del sistema, en que la Región presentaría un alto grado de autonomía superior a los Estados miembros y municipios, pues según él: “el Estado Miembro autónomo dejó de luchar y exigir. En la actualidad luchan y exigen las regiones”.

Con relación al federalismo reconocemos en la doctrina varias formas de Estados federales, para José L. Magalhães³⁹ el federalismo no se presenta con una única forma de Estado descentralizado y, desde 1970, existe un redireccionamiento de los Estados democráticos hacia la descentralización de los poderes. El Estado federado clásico conocido por tener dos esferas de poder (Gobierno Central y los Estados miembros) se distingue del Estado autónomo, Estado Regional o Estado Unitario descentralizado, en virtud de que en el Estado federado sus entes territoriales autónomos tienen competencia legislativa constitucional o un poder constituyente derivado. José L. Magalhães afirma:

“En el Estado unitario descentralizado, las regiones autónomas reciben por ley nacional competencias administrativas, caracterizándose la descentralización por la existencia de una personería jurídica propia y por la elección de los organismos dirigentes. Tal descentralización administrativa puede producirse a nivel municipal, departamental (provincial) o regional, en un nivel o varios, simultáneamente.”

De esta manera, el Estado federal se presenta normalmente a través de una Constitución Federal que dispone sobre las reglas normativas superiores necesarias para que la organización estatal federativa coexista armónicamente y

³⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Democracia local e federalismo. Disponível em: <<http://www.uj.com.br>>.



mantenga la unidad y la cohesión de sus entes. Generalmente tienen dos esferas de gobierno: Gobierno Federal (Unión) y los Estados Miembros, en el caso de Brasil los Municipios son considerados como la tercera esfera de gobierno.

El gran papel de la Constitución federal está en delimitar la competencia y la autonomía de cada ente, es decir, definir cuáles son las competencias federales, estatales y municipales, considerado como ente federativo. Como ejemplo tenemos al gobierno o poder central ejerciendo la titularidad exclusiva en la cuestión de la soberanía y Derecho Internacional, lo que posibilita celebrar tratados internacionales, relaciones diplomáticas, y declarar guerra con otros Estados.

Los Estados Miembros⁴⁰ al ingresar a una federación renuncian a su soberanía original pero mantienen su autonomía con competencias administrativas, tributarias y legislativas ordinarias y constitucionales que los facultan a elaborar su propia Constitución. Recordemos que existe una distancia muy grande entre soberanía y autonomía, toda vez que la soberanía significa poder supremo estatal y la autonomía un poder subordinado.

En caso de que alguna norma de la Constitución del Estado miembro infrinja la norma mayor (Constitución federal), generalmente existe en un estado federado un Tribunal Superior o una Corte Suprema que, mediante un control de

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado federal. São Paulo: Ática, 1986, p. 17- 18.



constitucionalidad, decide sobre las controversias que puedan existir entre sus entes apuntando así a mantener el pacto federativo.

Para que el Estado federal funcione correctamente es necesario, a través del texto constitucional, la construcción de reglas impeditivas de disolubilidad del vínculo federativo por parte de los Estados miembros. En el caso de Brasil, esta prohibición se encuentra expresada en la Constitución Federal de 1988⁴¹:

Art. 1° La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de derecho (...)

Art. 60 § 4° No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:

I - la forma federativa de Estado;

Sobre estas garantías constitucionales Carmen Lúcia Antunes Rocha⁴² relata que es necesaria una Constitución rígida que garantice el pacto federativo como límite material a la acción del constituyente reformador. También debe existir una fortaleza llamada Poder Judicial que mantenga un control de constitucionalidad eficiente y firme.

⁴¹ Constitución Federal de Brasil

⁴² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. República e Federação no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 171 - 178.



3 - FEDERALISMO FISCAL Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Hurgando en la doctrina sobre el federalismo fiscal verificamos que las construcciones de modelos y estructuras federativas sufrieron innumerables modificaciones en los últimos dos siglos. Son varios los motivos de estas transformaciones, como por ejemplo: alternancia de ciclos económicos (capitalismo), surgimiento de nuevas estructuras y modelos federativos, globalización con cambios demográficos y urbanos, innovaciones tecnológicas, cambios de régimen político, y otros.

Podemos citar distintos ciclos del federalismo a lo largo del tiempo. En primer lugar se encuentran las federaciones que se formaron con la reunión de unidades constitutivas independientes, desde fines del siglo XVIII hasta el inicio del siglo XX, como por ejemplo, Estados Unidos y Suiza. En Latinoamérica, entre el siglo XIX y XX, México, Brasil y Argentina lograron la independencia pudiendo entonces adoptar el modelo federativo en sus Estados.

Otras federaciones surgieron con el ciclo del fin de los imperios europeos como India, Paquistán, Nigeria, que son conocidas como federaciones poscoloniales. Una etapa importante se produjo con el fin de la Unión Soviética. También es un ciclo nuevo la transformación de Estados Unitarios en modelos federativos, de hecho y de derecho, como Bélgica, y otros como España que están en un estadio de semifederación.



Hemos constatado que actualmente las federaciones pasan por grandes obstáculos, principalmente de orden económico, político, migratorio y demográfico, provocados por el proceso de globalización experimentado en el mundo. Estas crisis migratorias, demográficas y políticas producidas en un ambiente económico conturbado aumentan aún más las desigualdades existentes en las federaciones.

La necesidad de atender los cambios demográficos, ofreciendo bienes y servicios de calidad a la población, han elevado la dificultad en las relaciones intergubernamentales. Con esto surgen conflictos políticos entre los entes federativos que dificultan la comprensión y la necesidad de innovar el modelo federativo para adaptarlo a esta nueva realidad⁴³.

3.1 RESEÑA E IMPORTANCIA DEL FEDERALISMO FISCAL

Cuando tratamos el tema federalismo fiscal nos encontramos con una variedad de conceptos que se pueden plantear desde un enfoque económico, político y social. En el sentido económico abordaremos distintas líneas de pensamiento doctrinario con relación a la cantidad de niveles de gobiernos, la distribución de las competencias entre los mismos y su eficiencia económica en la distribución de los recursos y bienes públicos ante las entidades gubernamentales.

⁴³ REZENDE, Fernando. Desafíos do federalismo fiscal. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p.11.



El modelo del Estado federativo⁴⁴ es aquel en el que hay diversos entes o esferas (federal, estadual, municipal o gobiernos locales) cuidando y administrando el sector público con cierta autonomía⁴⁵ y competencia para legislar sobre asuntos de sus intereses. Este modelo de organización estatal se encuentra especialmente en los países en que existe heterogeneidad en sectores como: religión, cultura, etnia, economía, desequilibrios regionales, entre otros.

Estas condiciones heterogéneas provocan tensiones de carácter descentralizador que se contradice con la unidad del país, lo que lleva a la necesidad de contar con instrumentos para solucionar y dirimir posibles conflictos. Una buena distribución del poder político territorial entre los entes federativos proporciona elementos necesarios para el fortalecimiento y mantenimiento de la unidad del Estado.

Como instrumento de equilibrio el federalismo proporciona una división del poder territorial entre: la esfera federal, llamada gobierno central o federal, que es responsable de los intereses comunes de los Estados miembros; y la esfera descentralizada llamada Estados miembros, con autonomía para gobernar sobre su territorio y población. La esencia del modelo federativo⁴⁶ es cómo mantener la

⁴⁴ HORTA, Raul Machado. Estudios de derecho constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 345.

⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Retenção de recursos estaduais pela união. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 24, 87-91, 1998, p. 87.

⁴⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 40.



autonomía e identidad de los Estados miembros, al mismo tiempo de lograr mantener la unidad del Estado.

En el federalismo esta división del poder político establece que los Estados miembros concedan una parte de su soberanía al gobierno central para cuidar los intereses en común de todo el territorio nacional, estando garantizada su representación en esta esfera de poder a través del Congreso Nacional, compuesta por dos cámaras de representación: la de Diputados, que representa al pueblo bajo criterios de proporcionalidad de la población de cada Estado miembro, y la del Senado Federal, que representa los intereses de los Estados miembros.

Los litigios federativos son solucionados por una Corte Suprema responsable de preservar el ordenamiento jurídico elaborado por el Congreso Nacional y establecido por medio de la Constitución Federal⁴⁷ que dispone sobre las normas que explican: el modelo federativo, organización y distribución de los poderes, sistema electoral y su representación política, competencias tributarias, administración pública, relaciones intergubernamentales y la responsabilidad entre los entes federativos de mantener la unidad y el equilibrio.

Otra característica importante es la autonomía de los Estados miembros para elegir a sus propios gobiernos y elaborar sus constituciones, con

⁴⁷ ELAZAR, Daniel. Federalismo. *Archè*, ano 3, n 7, p.12, 1994.



competencia tributaria y administrativa para recaudar sus propios ingresos. Es así como se establecen los mecanismos de pesos y contrapesos⁴⁸ –*checks and balances*– necesarios para que el modelo federativo sea fuerte y democrático.

Hemos verificado que todos los aspectos políticos, jurídicos, económicos y fiscales forman parte de la conceptualización del federalismo moderno, principalmente para mantener la unidad y el equilibrio federativo. Sin embargo, en las ciencias económicas, el tema federalismo es considerado con mayor énfasis al consagrar el aspecto económico o fiscal como principio de la economía del sector público y de las finanzas públicas.

Por lo tanto, el federalismo fiscal⁴⁹ trata principalmente sobre los modelos de distribución de competencias⁵⁰, la estructura de recaudación de ingresos, los tipos de transferencias de ingresos y las cargas existentes entre los entes federativos. Toda ello a los fines de determinar modelos fiscales que sean eficaces en la asignación de recursos en el ámbito del Estado, como también saber qué tipos de relaciones intergubernamentales se debe tener para lograr el equilibrio y eficiencia en la oferta de servicios públicos a la sociedad.

⁴⁸ PIÇARRA, Nuno. A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra : Coimbra Editora, 1989. p. 31.

⁴⁹ OATES, Wallace E. Fiscal Federalism. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972. p. 17.

⁵⁰ BARBOSA, Fernando de Holanda (Coord.). Federalismo Fiscal, Eficiência e Equidade: Uma Proposta de Reforma Tributária. Brasília: Editora FGV, 1998. p. 8.



Intentando reducir los desequilibrios regionales y manteniendo una mayor eficiencia en la prestación de servicios públicos, gran parte de la doctrina del federalismo fiscal elige modelos federativos que sólo se preocupan con los aspectos económicos. Otro factor importante es el grado de centralización y descentralización⁵¹ de poderes utilizados por los entes federativos al tratar sobre las actividades públicas.

Para definir los modelos de federalismo⁵² existe una enorme dificultad debido a la variación de las características históricas, económicas, políticas, sociales, que se van transformando con la evolución del tiempo. Ante esta variación, son numerosos los modelos conceptuales de federalismo que existen en el estudio de las finanzas públicas.

En un mundo cada vez más globalizado, el aspecto económico del federalismo, centralizador o descentralizador, se ha discutido mucho con la intención de encontrar mejores resultados en la obtención de ingresos y en la reducción de gastos en la prestación de servicios de calidad. Esta discusión se basa en la dificultad financiera mundial que las federaciones están experimentando. De

⁵¹ AFONSO, José Roberto Rodrigues. Descentralização fiscal: revendo idéias. ENSAIOS FEE, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 353-374, 1994, p. 374.

ABRUCIO, F. L. Descentralização e Coordenação Federativa no Brasil: Lições dos anos FHC. In: Fernando L. Abrucio; Maria Rita Garcia Loureiro. (Org.). O Estado numa era de reformas: os anos FHC - parte 2. Brasília: , 2002. p. 01.

⁵² KINCAID, John. Introduction. In: NERENBERG, Karl (Cord.) Handbook of federal countries. Canadá: Handbook of federal countries, 2005, p. 5.



allí la incesante búsqueda de una mejor división de poderes y deberes entre los entes federativos.

3.1.1 - FEDERALISMO POR ASOCIACIÓN Y POR DISOCIACIÓN

En el contexto histórico, el Federalismo por asociación y por disociación es considerado por la doctrina como el primer modelo. El federalismo de los Estados Unidos estuvo marcado por el modelo asociativo en que los Estados soberanos se unieron formando una federación (indisoluble sin derecho a secesión) concediendo parte de su soberanía pero permaneciendo con autonomía. Los conflictos y litigios federativos son de responsabilidades de la Corte Suprema para dar la sentencia final, manteniendo así la forma federativa.

El federalismo por disociación es inverso al modelo anterior, en que el Estado unitario descentraliza sus poderes hacia los Estados miembros o regiones adquiriendo autonomía. El Federalismo por asociación se origina por la unión de los entes soberanos mediante una fuerza centrípeta. En cambio, el Federalismo por disociación se origina por medio de un proceso de disociación del ente unitario con fuerza centrífuga⁵³.

⁵³ JUNIOR. Dirley de la Cunha. Curso de derecho constitucional. 5ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2011. p. 876.



En la doctrina⁵⁴ podemos encontrar los siguientes modelos de federalismo: dual, cooperativo, competitivo y asimétrico. A continuación nos referiremos a cada uno de ellos, con sus características principales, para una mejor comprensión de los capítulos posteriores.

3.1.2 - FEDERALISMO DUAL

La historia del federalismo de Estados Unidos demuestra la gran importancia e iniciativa que tuvieron los Estados miembros con el objetivo de formalizar la unión federativa, ya que no hubo una participación directa, propiamente dicha, del pueblo americano. En este contexto percibimos la fuerza e influencia que los Estados miembros representaron en la elaboración del texto constitucional federativo norteamericano. Podemos afirmar que esta presión e influencia fueron decisivas para la formación del federalismo dual.

Otro soporte del federalismo dual puede constatarse en las diversas sentencias dictadas por la Corte Suprema en favor de la autonomía de los entes federativos, ratificando las competencias de los Estados miembros y del gobierno

⁵⁴ GRACIA, J. Cárdenas . *México a la luz de los modelos federales*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva série, año XXXVII, n. 110, México, mayo-agosto 2004. p. 479-510.



federal y determinando que compete a los Estados miembros lo que no esté expresamente atribuido al gobierno federal.⁵⁵

En la doctrina encontramos el Federalismo dual⁵⁶ como una repartición rígida de atribuciones y competencias privativas entre las entidades federadas, que poseen autonomía e independencia. Considerado como el primer modelo, tuvo su origen al comienzo del federalismo de los Estados Unidos y estuvo vigente durante una buena parte del siglo XIX.

La división de poderes del modelo dualista norteamericano, entre los estados y el gobierno central, se mostró desfavorable hacia el gobierno federal, que con funciones delimitadas y específicas en el texto constitucional, se estableció con un marco fiscal limitado para mantener su función principal que era la de velar por el mantenimiento de la unidad federativa.

Ante dicho marco fiscal limitado, al federalismo se lo confundió con el federalismo competitivo⁵⁷, en que los Estados miembros se disputan fuerza y poder con el gobierno federal en una federación económicamente competitiva.

⁵⁵ SCHWARTZ, Bernard. O federalismo norte-americano atual. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 22.

⁵⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 191.

⁵⁷ CAMINAL, Miguel. El federalismo pluralista: del federalismo nacional al federalismo plurinacional. Barcelona: Paidés, 2002. p. 146.



Verificamos en el federalismo dual la intrínseca exigencia de cierta uniformidad económica entre los Estados miembros ya que prácticamente no existe una relación intergubernamental de cooperación, importante instrumento para erradicar posibles desigualdades existentes entre los entes federativos y, consecuentemente, mantener la integridad federativa.

Con la influencia de las resoluciones de la Corte Suprema en beneficio del gobierno central, al adoptar la doctrina de los poderes implícitos (*implied powers*)⁵⁸, y otros acontecimientos como la Guerra de Secesión, cambios en el sistema capitalista y la preferencia de algunos estados, en detrimento de otros Estados miembros, que tuvieron más facultades y privilegios que otros, hubo mucho descontento y tensiones que llevaron al desmoronamiento e inviabilidad del clásico modelo de federalismo dual.

3.1.3 - FEDERALISMO COOPERATIVO

Con los cambios del sistema capitalista a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se inició el debilitamiento del modelo de federalismo dual norteamericano que no contaba con instrumentos para poder combatir la crisis económica de 1929. Se produjo entonces la intervención del Estado (gobierno

⁵⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. O Ministério Público e sua investigação criminal. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 176.



central) en la economía para solucionar el caos económico y proteger el mercado adoptando la política del New Deal en 1932⁵⁹.

El debilitamiento del modelo dual es el resultado del cambio producido en la Corte Suprema⁶⁰ sobre los presupuestos del bienestar social y del debido proceso; y también de los estudios de Keynes a favor de la intervención del Estado en la economía. Crece de esta forma el poder del gobierno central con la función de coordinar las relaciones intergubernamentales y con el poder de intervenir en el mercado para garantizar y proporcionar el Estado de Bienestar social.

Como consecuencia del intervencionismo del poder central surge el federalismo cooperativo⁶¹, con ideas opuestas al federalismo dual, que mantiene una relación intergubernamental con los Estados miembros de cooperación, con mayor flexibilidad para reparar posibles desequilibrios entre los entes federativos, sustentando la integridad federativa.

La cooperación, colaboración, solidaridad, flexibilidad y el fortalecimiento de las relaciones intergubernamentales orientan el modelo cooperativo, diferenciándose de la rigidez y rivalidad entre el gobierno central y los Estados miembros en el modelo dualista.

⁵⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 157.

⁶⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 162.

⁶¹ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 281.



Con políticas de redistribución le corresponde al gobierno central la función principal de unir y mantener la integridad de la federación a través de sus competencias exclusivas y/o concurrentes. De esta manera, los entes federativos pueden trabajar en conjunto en la ejecución de funciones y servicios públicos con el objetivo de atenuar desequilibrios locales o regionales por medio de la prestación de servicios de calidad para toda la sociedad.

Ya vimos que han sido varios los conceptos que guiaron el modelo federativo cooperativo, sin embargo, fueron los estudios de Keynes⁶², el primero sobre la función del Estado como mecanismo propulsor de la economía, y el segundo sobre el establecimiento del Estado de Bienestar social⁶³ o *welfare state*⁶⁴ como garantizador del capitalismo, que justificaron el surgimiento de un nuevo federalismo descentralizado con mejor distribución de poderes, capaz de eliminar desigualdades regionales.

⁶² ALVERGA, Carlos Frederico Rubino Polari de. A intervenção do Estado na economia por meio das políticas fiscais e monetária - Uma abordagem Keynesiana. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2714, 6 dez. 2010.

⁶³ BOBBIO, Noberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução de Carmem C. Varriolle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pintocascais. Coordenador da tradução João Ferreira. Revisão geral: João Ferreira e Luís Guerreiro Pintocascais. 5ª ed. Brasília: editora da Universidade de Brasília. São Paulo: imprensa oficial do Estado. v. I, 2000. p. 416-417.

⁶⁴ GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e Welfare State: Estado e desenvolvimento social no Brasil. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, RJ, v. 40 n. 2, março /abril de 2006. p. 201-236.



En la distribución de estas responsabilidades, para lograr una mejor estructura federativa, Musgrave⁶⁵ clasificó las funciones del Estado presupuestariamente en: la función de asignación, la distributiva y la estabilizadora. Esta clasificación tiene el objetivo de lograr una mayor eficiencia y una mejor repartición de los ingresos tributarios.

El federalismo cooperativo se caracteriza por mantener las relaciones intergubernamentales entre los entes federativos con cooperación y armonía, a diferencia del modelo dual con un nivel muy bajo en las relaciones intergubernamentales y con mucha competitividad, rivalidad que generaba conflictos entre los entes federativos. La competitividad es reemplazada por la cooperación, solidaridad y coordinación.

Para lograr dicha cooperación y solidaridad entre los entes federativos, el modelo cooperativo recurre a instrumentos equalizadores como las transferencias de ingresos entre las esferas federativas para equilibrar las desigualdades entre los entes o entre regiones federativas, facilitando a la sociedad la oferta de bienes y servicios públicos de calidad y cantidad, cumpliendo así con el Estado de Bienestar social.

Con el transcurso del tiempo hubo un evidente movimiento centralizador en beneficio del gobierno central, mediante el poder de distribución

⁶⁵ MUSGRAVE, Richard A. Teoria das Finanças Públicas. São Paulo, Editora Atlas, 1976. p. 25.



de ingresos y de transferencias a los Estados miembros que llevaron al federalismo cooperativo a entrar en un desequilibrio de fuerzas entre los entes federados.

De dicho desequilibrio surgieron en la doctrina las primeras objeciones como modelo federativo ideal para alcanzar una mayor eficiencia, ya que no había competencia entre los Estados miembros en la disponibilidad de prestación de servicios públicos, así como también se inició una mayor dependencia por parte de los Estados miembros de las transferencias de ingresos procedentes del gobierno central.

Este movimiento de centralización de los ingresos y un mayor volumen de transferencias compensatorias del gobierno central hacia los Estados miembros representaron una dependencia que se fue constatando en las federaciones desarrolladas y en desarrollo dando lugar a que una parte de la doctrina⁶⁶ previera la caída del Estado federativo.

Son muchos los factores que parecen los causantes de la crisis del *welfare state*: la insostenibilidad teórica sobre la fundamentación del modelo de Estado; los intereses camuflados del sistema capitalista como base, y las conquistas

⁶⁶ LAGEMANN, E. "O Federalismo Fiscal Brasileiro em Questão". In: Affonso, R.B.A. & Barros P.L.B. (orgs). A Federação em Perspectiva. São Paulo: Fundap, 1955. p. 328.



de los derechos sociales y del Estado Social; como también la dificultad económica y fiscal mundial iniciada en 1970.

El federalismo cooperativo comenzó a sufrir fuertes cuestionamientos y ya se percibía la necesidad de un nuevo federalismo que modificase la vulnerabilidad de este modelo. Surgieron así las primeras señales de una descentralización de poderes hacia los Estados miembros motivados por medios de la competencia y eficiencia de resultados entre los entes federativos.

3.1.4 - FEDERALISMO COMPETITIVO O NUEVO FEDERALISMO

Con dificultades económicas, a comienzos de la década del 70, el modelo federativo cooperativo del Estado de Bienestar social experimentó una gran crisis fiscal que dificultó el mantenimiento de las prestaciones de bienes y servicios requeridas por el aumento de la demanda de la sociedad cada vez más pluralista. Se produjo entonces una importante reducción del poder de intervención del gobierno central.

Como ya vimos, en el modelo dual norteamericano, el gobierno central y los Estados miembros tenían participaciones iguales, con atribuciones de competencias y autoridades distintas, quedando los poderes del gobierno central limitados por la Constitución. Había poca colaboración y mucha tensión en las



relaciones intergubernamentales, principalmente en la cuestión interpretativa del texto constitucional.

Un concepto básico del modelo competitivo es aquel que posibilita a los entes federativos una competencia libre para enfrentar los problemas de organización social⁶⁷. No se resume a la descentralización de poder o separación y distribución de poder entre los entes federativos, sino que se trata de una competencia disciplinando los entes en la búsqueda de eficiencia de resultados.

Con la crisis económica entre las décadas de 70 a 90, varias federaciones optaron por un nuevo federalismo fiscal llamado por parte de la doctrina como *new federalism*, que implicaba un saneamiento fiscal cuyo objetivo era descentralizar y responsabilizar más a los Estados miembros. Esta nomenclatura *new federalism*⁶⁸ derivó del programa de gobierno adoptado en los Estados Unidos para aumentar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos con la descentralización del poder hacia los Estados miembros y con ello disminuir las barreras socioeconómicas.

Con el nuevo federalismo quedó destruida la fundamentación del *Welfare State* y de los Estados miembros de transferir los ingresos exigiendo

⁶⁷ WAGNER, Richard E.. Competitive Federalism in Institutional Perspective. 1999. Disponible en <http://mason.gmu.edu/~rwagner/Federalism.pdf> . Acceso el: 24/08/2016.

⁶⁸ SCHWARTZ, Bernard. O Federalismo Norte-Americano atual. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 65.



mejores resultados de eficiencia en la asignación de estos recursos y en la oferta de bienes y servicios públicos, dando como resultado una relación de dependencia del gobierno central.

A comienzos de la era del gobierno Nixon, en 1969, el *new federalism* se resumía a críticas por la forma incondicionada en que se realizaban las transferencias federales a los Estados miembros. En la experiencia adoptada por el Presidente Reagan, en 1981, hubo realmente una descentralización con transferencia de poder y responsabilidad hacia los Estados miembros.

Durante el Gobierno Reagan, en la búsqueda de un mayor equilibrio entre las esferas de gobierno, se implementaron políticas neoliberales con la disminución de la máquina estatal como, por ejemplo, la reducción de programas sociales federales. El Poder Legislativo norteamericano elaboró la legislación relativa a la reforma llamada "*welfare reform*", que trataba sobre la trasmisión de la responsabilidad respecto de la ejecución de las políticas públicas de bienestar social para los Estados miembros.

El gran diferencial del federalismo competitivo⁶⁹ es la competencia entre los entes federativos como forma de mejorar la eficiencia, disciplina y pluralidad en la política de servicios públicos, es decir, una federación competitiva

⁶⁹ NEWMAYER, R. Kent. John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court. Baton Rouge: Louisiana University Press, 2001. p. 86.



en que cada ente participará en la búsqueda de personas jurídicas y físicas que dará como resultado una mayor disciplina legislativa diferente de un modelo muy centralizado y burocrático.

Otra característica⁷⁰ importante del federalismo competitivo es la dificultad de implementar gobiernos autoritarios, ya que con la competencia, la fiscalización realizada por otro poder fuerte, autónomo e independiente proporciona barreras primordiales para garantizar el pluralismo democrático.

Con el nuevo federalismo o new federalism, modelo actual de Estados Unidos, los obstáculos en la cuestión social se presentan de forma preocupante, como por ejemplo: aumento de la pobreza; menor número de personas beneficiadas en programas sociales; dificultad económica en la disponibilidad de bienes y servicios esenciales para la población y que algunos Estados miembros están sufriendo; una mayor radicalización de las actividades económicas entre los Estados miembros.

Desde nuestro punto de vista, estos obstáculos del modelo del new federalism norteamericano demuestran la urgente necesidad de un nuevo cambio, como en el caso del retorno remodelado del federalismo cooperativo como forma de amparar un gran número de habitantes con dificultades de acceso a las políticas

⁷⁰ PINHEIRO, Guilherme Pereira. O Federalismo de Competição: Contexto Histórico, Institucional e Jurídico. 2007. p. 03.



sociales de inclusión y que actualmente padecen miserias. Esta propuesta de nuevo federalismo cooperativo es una de las tantas para aliviar los índices negativos alarmantes del *new federalism*.

3.1.5 - FEDERALISMO SIMÉTRICO Y ASIMÉTRICO

Entre las clasificaciones del federalismo se encuentran el modelo simétrico y asimétrico que aborda el equilibrio y las desigualdades existentes en la federación, principalmente en aquellas federaciones en que sus entes federativos presentan diferencias entre sí, tales como económicas, sociales, étnicas, climáticas y ambientales.

Los modelos simétricos y asimétricos tienen como criterio de clasificación y distinción algunas características como: representatividad, división de competencias, cultura, desarrollo, idioma, etc., es decir, cuando existe un tratamiento uniforme y de forma invariable para los Estados miembros, independientemente de las desigualdades existentes en la federación, surge el modelo de federalismo simétrico, cuyo mejor ejemplo es la federación norteamericana.

Cuando nos referimos al federalismo fiscal la simetría está relacionada con la división de poderes y la distribución de las actividades del



gobierno, siendo necesario que la división tenga virtualmente una misma base para cada ente federativo y que sea distribuida igualmente para cada estado miembro, es decir, las condiciones se deben dar de forma igualitaria entre los entes.

Existe la división vertical que se realiza entre el gobierno federal y los entes subnacionales, y la división horizontal que se realiza entre los entes subnacionales. La cuestión de la simetría está relacionada con la forma constitucional realizada en la división horizontal, en la que se debe distribuir por tratamiento igualitario, es decir, está prohibido cualquier tratamiento jurídico diferenciado entre los Estados miembros.

Las relaciones intergubernamentales entre entes de mismo nivel deben tener el mismo tratamiento igualitario, sin preferencia de ningún ente, aun cuando haya desigualdades entre los mismos, aplicándose así el principio de la igualdad que garantiza las mismas competencias, representatividad y funciones para todos los Estados miembros de la federación.

En el modelo asimétrico, indicado para federaciones con grandes desigualdades étnicas, socioeconómicas, políticas, culturales entre los entes federativos, con previsión constitucional, se tiene por objetivo la regresión de estas desigualdades mediante políticas y programas sociales de inclusión y la distribución de atribuciones diferenciadas entre los entes.



Con el federalismo asimétrico⁷¹ se busca el equilibrio y la cooperación en federaciones que viven una realidad totalmente conflictiva, en que el interés de unos se superpone a las necesidades de muchos. Por lo tanto, el federalismo asimétrico se basa en el principio en que se debe tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales en la medida de su desigualdad.⁷²

El federalismo canadiense es un mejor ejemplo para caracterizar el modelo asimétrico porque, además de las diferencias regionales, se encuadra en la categoría plurinacional⁷³, por tener la provincia de Quebec idioma francés, son garantizados constitucionalmente dos idiomas oficiales. También por la presencia de aborígenes que representan por lo menos 11 grupos lingüísticos, con distintos orígenes históricos y culturales.

Hemos constatado en la federación brasileña enormes desigualdades en el Índice de Desarrollo Humano –IDH– además de diferencias climáticas y culturales entre los entes federativos de las regiones Sudeste-Sur y los de las regiones Norte-Nordeste. Estas desigualdades regionales nos alertan sobre una de

⁷¹ BULLOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 716.

⁷² VASQUES, Sérgio. O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária. Coimbra: Almedina, 2008, p. 35.

⁷³ CONTIPELLI, Ernani. Solidariedade no Federalismo Fiscal Comparado. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.61-93, jul./dez. 2013.



las finalidades del modelo asimétrico en la elaboración de políticas sociales específicas con el objetivando de reducir tales desigualdades.

En el texto constitucional brasileño notamos que existen similitudes con el modelo asimétrico en los artículos: art. 43, § 1º, I, II, § 2º, I, II, III, IV, § 3º; art. 151, I y art. 155, I, b, § 2º, VI, XII, g. A los fines de cooperar logrando una disminución de las desigualdades regionales por medio de incentivos, distribución de ingresos, intereses favorecidos y exenciones. Como ejemplo podemos destacar⁷⁴:

"Art.3º. Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil:

(...) III - erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; (...)".

3.1.6 - FEDERALISMO ORGÁNICO

Actualmente el modelo de federalismo orgánico está presente en algunas federaciones formalmente reconocidas como descentralizadas, aunque de hecho demuestra un excesivo centralismo en la órbita del gobierno central, tanto en la esfera política como en la administrativa y financiera. El gobierno central tiene un status muy superior a los demás entes federativos por la superposición de poderes limitando exorbitantemente la autonomía de los Estados miembros.

⁷⁴ Constitución Federal de Brasil 1988



La superposición de poderes por parte del gobierno central es vista como un ejemplo vinculante de organización para los demás entes descentralizados. Los Estados miembros, a pesar de ser descentralizados, se muestran con poca libertad para actuar por la limitación impuesta por el modelo de organización vertical. Como figura principal, y con una elevada concentración de poderes, el gobierno central reconoce a los estados miembros sólo como figurantes sin importancia que componen el Estado federal⁷⁵.

Este nuevo modelo de federalismo está presente en algunas federaciones que tienen dificultades en mantener la democracia ya que su principal característica es la falta de libertad para los demás entes federativos. Algunos estudiosos prefieren llamarlo "pseudofederalista por ser un federalismo meramente nominal, toda vez que no respeta los postulados más elementales de la teoría del federalismo"⁷⁶.

Para José A. O. Baracho⁷⁷ Brasil vivió el federalismo orgánico en la etapa de la dictadura militar, que transcurrió entre el golpe militar de 1964 hasta comienzos de la década del 80, con una fuerte centralización de poder en el

⁷⁵ ZIMMERMANN, Augusto. Teoria geral do Federalismo Democrático. 2.º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 65.

⁷⁶ CORREIA, Rogério Dias. DESAFIOS DO FEDERALISMO FISCAL. Contributo para a compreensão do exercício partilhado do poder tributário no limiar do século XXI. Tese de Doutorado em Ciências Jurídico-econômicas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Agosto/2014. p. 71.

⁷⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 186-188.



gobierno central en detrimento de los Estados miembros y municipios, en los que su autonomía y libertad se encontraban tullidos por el régimen militar a través del gobierno federal.

3.2 EVOLUCIÓN, PROPIEDAD DE LA ADOPCIÓN, VARIACIONES Y CARACTERÍSTICAS COMUNES AL FEDERALISMO FISCAL

A través de las opciones de un Estado de ser más o menos centralizados y en cuántos niveles de gobierno deban existir es que la teoría del federalismo fiscal de Oates⁷⁸ se enfoca y estudia, demostrando cuáles son los puntos positivos y negativos de la elección del grado de centralización o descentralización para el Estado.

Cuando tratamos el tema federalismo fiscal encontramos una variedad de conceptos económicos, políticos y sociales. En el sentido económico analizaremos diversas líneas de pensamiento doctrinarios con relación a la cantidad de niveles de gobiernos y la distribución de las competencias entre los mismos, como también la evaluación de la eficiencia económica en la distribución de los recursos y bienes públicos ante los entes gubernamentales.

3.2.1 FEDERALISMO FISCAL Y LA PERSPECTIVA ECONÓMICA

⁷⁸ OATES, W.Y. Fiscal federalism. New York: Hartcourt Brace Jovanovich, 1972. p. 3.



En realidad no existe una fórmula o ecuación hecha en la que se demuestre el tipo de federalismo fiscal, con centralización⁷⁹ o con descentralización⁸⁰, el Estado debe ejercer para obtener una eficiencia máxima en la distribución de bienes y servicios públicos. Existen muchos criterios, históricos⁸¹, políticos, sociales, religiosos, económicos y otros que deben ser tenidos en cuenta en la definición relativa al nivel de centralización o descentralización que se deba utilizar.

Para la teoría del federalismo fiscal, una buena oferta de bienes y servicios públicos de calidad se muestra como uno de los grandes motivos para el origen de un Estado con diversos niveles de gobierno. Se debe tener en cuenta que, en este caso, las competencias y la distribución de poderes de cada ente federativo tienen que estar bien definidas en el texto constitucional como forma de garantizar y exigir la prestación eficiente de estos servicios públicos.

⁷⁹ Ter-Minassian, T. "Intergovernmental Fiscal Relations in a Macroeconomic Perspective: An Overview", in *Fiscal Federalism in Theory and Practice*. T. Ter-Minassian (ed.). IMF: Washington, D.C., 1997.

⁸⁰ Bahl, R. and Wallace, S. *Fiscal Decentralization – the Provincial-Local Dimension*. In *Public Finance and Developing and Transition Countries Conference*. Georgia State University. Atlanta (2001).

⁸¹ SOUZA, Donaldo Bello de; FARIA, Lia C. Macedo: "a estruturação do federalismo no Brasil mescla-se à formação histórica do Estado Nacional, perpassando questões como o quadro de clivagens regionais marcado por desigualdades; a fragmentação do sistema político; as dificuldades de representação e a indefinição da estrutura e limites da ação estatal e a divisão de atribuições entre os três níveis de governo". *O processo de construção da educação municipal pós-LDB 9394/96: políticas de financiamento e gestão*. In: SOUZA, Donaldo Bello de; FARIA, Lia C. Macedo (orgs.). *Desafios da educação municipal*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. p. 56.



En 1956 Tiebout⁸², sobre la eficiencia en la distribución de los servicios públicos, desarrolló una teoría explicando que en el Estado federal, con sus esferas de gobierno, la población tiene el poder de influenciar en la asignación de los recursos para la obtención de bienes y servicios públicos, ya que puede elegir, ante las diferentes opciones de prestación de servicios e impuestos, cuál es la opción que más le agrada.

Las esferas locales, como en el caso de los Municipios en Brasil, son las que más conocen las preferencias de la población y de esta forma pueden obtener una mejor eficiencia en la asignación de los servicios públicos. Ocurre lo contrario cuando nos encontramos con la realidad de un Estado unitario⁸³ en que sus decisiones y planificación ocurren de una forma más centralizada.

Existe en la doctrina una recomendación para la descentralización de los modelos federativos cuando tratamos el tema de la oferta de los servicios públicos. Esta recomendación se basa en la obtención de una mayor eficiencia ya que para el suministro de dichos servicios públicos se requieren gastos que deben ser cubiertos por los ingresos recaudados de la población, la cual se beneficia con los mismos.

⁸² TIEBOUT, C. A pure theory of local expenditures. Journal of Political Economy, Chicago: The University of Chicago Press, v. 64, 1956. p. 416-424.

⁸³ ARRETCHÉ, Marta. Relações federativas nas políticas sociais. Educação & Sociedade, Campinas, v. 23, n. 80, set. 2002. p.25-48.



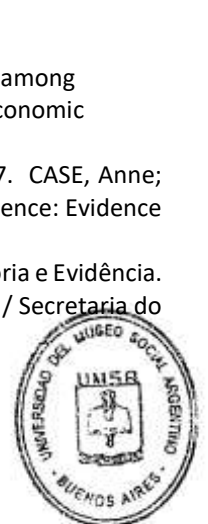
El principio de la equivalencia fiscal de Olson⁸⁴ dice que los servicios públicos específicos de aquella esfera local deben ser exclusivamente costeados por los ciudadanos que se benefician de los mismos. Para ello, esta esfera de gobierno debe contar con autonomía y competencia para recaudar sus propios impuestos, contribuciones o tasas de los ciudadanos que residen en sus límites territoriales, permitiendo así que estas esferas de gobierno tengan una mayor responsabilidad respecto del empleo de tales recursos.

Sin embargo, existe un efecto contrario cuando surgen factores externos entre gobiernos locales, en inglés *spillovers*⁸⁵, en que los servicios públicos brindados por un gobierno local pueden ser utilizados por personas de otro gobierno local no acatando y, consecuentemente, quebrando el principio de la equivalencia fiscal.

Para resolver dicho problema se recurre a la centralización de competencias o también a la coordinación de los gobiernos locales involucrados, de

⁸⁴ OLSON, M. JR. The principle of fiscal equivalence: the division of responsibilities among different levels of government. *American Economic Review*, Nashville: American Economic Association, v. 59, Papers and proceedings, 1969. p. 479-487

⁸⁵ SARFATI, G. *Teorias de Relações Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187. CASE, Anne; ROSEN, Harvey S.; HINES Jr, James R. Budget Spillover and Fiscal Policy Interdependence: Evidence from the States. *Journal of Public Economics* 53, Noth-Holland, 1993. p.283-307. PEREIRA, José de Ribamar S. Competição Fiscal e Interação Estratégica no Brasil: Teoria e Evidência. In *Finanças Públicas: XII Prêmio Tesouro Nacional, 2007: coletânea de monografias / Secretaria do Tesouro Nacional*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.



allí la complejidad de la elección del grado de descentralización entre las esferas de gobierno en el Estado federal⁸⁶.

Para que un Estado federado con varias esferas de gobierno mantenga unida a la población, ubicada en cada esfera, es necesaria la existencia de organismos que creen y mantengan buenas condiciones de prestación de los servicios. Por eso se debe estimular una cooperación entre estas esferas de gobiernos con el fin de crear un sistema fiscal que, con equidad, proporcione el desarrollo de la sociedad, mediante un tratamiento igualitario en cuanto al acceso a los servicios públicos, como también que facilite el crecimiento individual de las personas que componen a esta sociedad.

Para lograr eficiencia, el Estado federado actual, influenciado por un mundo globalizado, debe ofrecer un servicio público de calidad que tenga en cuenta el costo-beneficio para no sobrecargar la carga tributaria impuesta a los ciudadanos. Por eso es importante la creación de un sistema tributario armónico.

⁸⁶ PRUD'HOMME, Rémy y SHAH, Anwar. Centralização versus descentralização: o diabo está nos detalhes. In: REZENDE, Fernando e OLIVEIRA, Fabrício Augusto de (Organizadores). Federalismo e Integração Econômica Regional — Desafios para o Mercosul. Fórum das Federações. Konrad Adenauer Stiftung. 2004. p. 63-99.



Para Sérgio Prado⁸⁷ las cuestiones del federalismo fiscal se definen como: *“el conjunto de problemas, métodos y procesos relativos a la distribución de recursos fiscales en federaciones, de forma tal que permitan el buen desempeño de cada nivel de gobierno en el cumplimiento de las obligaciones atribuidas al mismo.”*

Como se puede ver en la definición anterior, uno de los grandes problemas del federalismo fiscal reside en la distribución de recursos fiscales en federaciones. Esta distribución tiene como objetivo disminuir las desigualdades de renta y riqueza que encontramos entre la población y las regiones dentro del Estado federado.

La distribución de recursos fiscales se diferencia de la lógica de la eficiencia en la disponibilidad de los servicios públicos que está dirigida hacia una estructura de Estado federado más descentralizado. Si la distribución de renta y riqueza es de responsabilidad de los gobiernos locales existe el peligro de aumentar las desigualdades de renta y riqueza.

El riesgo del aumento de las desigualdades se puede producir cuando personas con situación económica mejor migren de una región, con una alta

⁸⁷ PRADO, S. A Questão Fiscal na Federação Brasileira: diagnósticos e alternativas. Convênio CEPAL/IPEA. Escritório do Brasil, 2007, p. 2.



tributación progresiva, hacia una región con menos tributación. También ocurre cuando una región, al ofertar diversos servicios sociales, pueda recibir un grande número de personas desprovistas de dichos servicios sociales en su comunidad, lo que ocasionaría un aumento de gastos del gobierno local, como también la nulidad de los objetivos esperados con la política de redistribución adoptada.

Le corresponde al gobierno central, cuando comparamos con los gobiernos locales, la mayor posibilidad de obtener éxito en la política de redistribución de recursos, toda vez que la población, en el ámbito nacional, será alcanzada por la política nacional de redistribución, cayendo así el riesgo de migración entre regiones y el aumento de las desigualdades.

Vale la pena mencionar que no debemos confundir la redistribución personal de la renta y riqueza con la distribución de bienes y servicios públicos. Hemos encontrado muchos ejemplos de regiones que presentan diferencias en el poder de tributación, es decir, por tener una mayor base tributaria y/o con mayor número de habitantes pueden brindar bienes y servicios públicos con costos tributarios per cápita inferiores a otras regiones que tienen una base tributaria menor y/o un menor número de habitantes.

Si existen desigualdades regionales con relación a la disponibilidad de servicios públicos de calidad en un Estado federado, es función del gobierno



central, o en el caso de Brasil, la Unión, como planificador o coordinador de una política con programas de integración que tengan el objetivo de reducir dichas desigualdades regionales⁸⁸.

Mediante mecanismos de redistribución y programas de transferencias de recursos⁸⁹ entre entes de mismo nivel o del gobierno central se puede mantener cierta equidad en la distribución de los bienes y servicios públicos, combatiendo así estas desigualdades regionales.

3.2.2 - FEDERALISMO FISCAL Y LA PERSPECTIVA POLÍTICA Y SOCIAL

El federalismo, ya en la época del Iluminismo con Montesquieu, era identificado como estructura social y política en que distintas unidades sociales y políticas contaban con autonomía y legitimidad propias, repartidas tanto en una línea vertical como también horizontal.⁹⁰

⁸⁸ MENDES, C. C.; LASSANCE, A. Federalismo e Desigualdade Regional. Coluna Opinião Estadão, 11 de novembro de 2013.

⁸⁹ DAFFLON, B. Fiscal Capacity Equalization in Horizontal Fiscal Equalization Programs. In: Boadway, R. e Shah, Anwar. Intergovernmental fiscal transfers: principles and practice. Ed. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank (Washington, DC), 2007.

⁹⁰ MENDES, Marcos; MIRANDA, Rogério Boueri e BLANCO, Fernando. Transferências Intergovernamentais no Brasil: Diagnóstico e Proposta de Reforma. Texto para Discussão 40. Consultoria de Orçamento do Senado Federal, 2008.



Con el transcurso del tiempo y con diferentes experiencias se creó una clasificación del federalismo⁹¹ relativa al orden político y social: el *federalismo institucional-funcionalista* que es una organización política en que cada ente federativo tiene autonomía para ejecutar las funciones públicas; el *federalismo jurídico-constitucional* cuando establece la división independiente de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en la relación vertical como también en la horizontal; el *federalismo filosófico-social* que está compuesto por organizaciones autónomas con descentralización e interacción entre las mismas, tienen preferencia de transferencia y realización de funciones sociales; el *federalismo sociológico-behaviorista* cuando presentan distinciones en la sociedad en virtud de diferencias económicas, culturales, religiosas, entre otras.

Hemos observado que para formarse e instalarse un Estado federado se tiene en cuenta los aspectos económicos, pero no olvidemos que los criterios políticos y sociales⁹² también son muy importantes en la consolidación de la federación. El federalismo, por ejemplo, actúa política y socialmente cuando establece la división vertical de poderes.

⁹¹ MORAIS, M. R. As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha - uma análise econômico-institucional. Série Pesquisas nº 22, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001. p.93.

⁹² DRAIBE, Sonia M. O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. Revista de Ciências Sociais. São Paulo: Anpocs, 1992. p. 68.



Detectamos dos aspectos importantes cuando clasificamos experiencias de Estados federados bajo criterios políticos y sociales. El primer aspecto es saber si un Estado federado se identifica más con un modelo confederado o con un federalismo integrado. La autonomía y la independencia política de los Estados miembros del modelo confederado garantizan normas de multiplicidad de condiciones de vida. En cambio, el federalismo integrado se fundamenta en garantizar a las esferas de gobierno una normalización social y política por medio del incremento de la política de integración nacional.

El segundo aspecto está relacionado con el nivel de interacción política existente entre los entes federativos. Cuando encontramos la participación de todos los niveles de gobierno para resolver problemas de determinado nivel de gobierno, se detecta entonces al federalismo cooperativo⁹³.

Cuando encontramos un nivel de gobierno con independencia y autonomía política para solucionar por sí mismo sus problemas, se detecta entonces al federalismo dual⁹⁴ en el que existe competencia entre las esferas de gobierno.

⁹³ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 281.

⁹⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.191.



Ante la inexistencia de un purismo de las estructuras federativas podemos clasificar, con respecto a la centralización, descentralización o integración política, al de los Estados Unidos como un modelo confederado y dual, mientras que al de Alemania como un modelo integrado y con gran nivel de integración política. Existen modelos intermedios, llamados mixtos, en los que se encuadraría la federación de Canadá, con una gran descentralización pero también con un alto nivel de integración política.

Vale resaltar que la contribución de la integración política por parte de los Estados miembros a nivel federal puede ser en el Poder Ejecutivo, como también en el Poder Legislativo, a través de representantes elegidos directamente (Brasil, Argentina) o por indicación de los gobernadores en el caso de Alemania.

Para la definición del tipo de sistema federativo constatamos que hay dos criterios esenciales: nivel de formalismo y objetividad existentes; y la efectividad de controles de las instituciones formales⁹⁵. Existen Estados federados como Argentina, Brasil, India y México en que sus estructuras políticas todavía son determinadas, en un gran número, por instituciones informales que interfieren en la ejecución de las reglas formales disponibles.

⁹⁵ MORAIS, M. R. As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha - uma análise econômico-institucional. Série Pesquisas nº 22, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001. p.122.



Dentro del federalismo resulta necesaria la distribución del poder entre los entes federativos⁹⁶ para que se realicen las funciones públicas necesarias. Existe la separación clásica de los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y conjuntamente hay una división vertical de estos poderes entre el gobierno central y los restantes de los entes que componen la federación.

Muchos constitucionalistas consideran a esta división vertical de poderes una importante característica para la creación de un estado federalista, porque la ejecución del poder es realizada por varios entes con derechos y autonomía implicando, con ello, una armónica convivencia entre los mismos.

El gran desafío en el estudio del federalismo fiscal, incluso en el aspecto económico, político y social, es que no existe un modelo ideal de índole federativa⁹⁷, ya preparado, que funcione en determinado Estado. Si debe o no ser más centralizado o más descentralizado dependerá del nivel de interacción entre los entes federativos en la prestación, con calidad, de bienes y servicios para la sociedad.

⁹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 290.

⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 145.



Una característica que se destaca actualmente en los modelos federativos es la descentralización⁹⁸ económica y política, con la cual concordamos en parte. Nuestra opinión es que la gran cuestión o el foco principal deberían estar en la regulación de las relaciones intergubernamentales, entre los entes federativos y sus intereses, con lo dispuesto en común en la Carta Constitucional del Estado Federado. También se debe tener en cuenta la historia del desarrollo y formación de estas relaciones intergubernamentales.

3.2.3 - PRINCIPIOS FISCALES DE LOS MODELOS FEDERATIVOS.

En esta etapa del estudio del federalismo nos referimos al área fiscal del Estado Federal, con sus ingresos y modelos de distribución de recursos mantenidos en las relaciones intergubernamentales. En el modelo de Estado federado se presupone un pacto federativo⁹⁹ con la unión de sus entes, mantenidas las autonomías respectivas, y sometidos al poder central soberano, prevaleciendo el Principio de la Subsidiariedad como norma constitucional fundamental del modelo federativo.

⁹⁸ ABRUCIO, F. L. *Descentralização e Coordenação Federativa no Brasil: Lições dos anos FHC*. In: Fernando L. Abrucio; Maria Rita Garcia Loureiro. (Org.). *O Estado numa era de reformas: os anos FHC - parte 2*. Brasília: 2002. p. 01

⁹⁹ SOARES, M. M. *Teoria do sistema federal: heterogeneidades territoriais, democracia e instituições políticas*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 1997. p. 42.



De esta manera los entes federativos forman una unión creando un gobierno central que responderá por algunas funciones que le competían a las unidades constitutivas. Para el mantenimiento del equilibrio federal es necesario que entre los entes federativos no haya superposición, aun con autonomía propia y competencia en un mismo territorio y sobre las mismas personas.

En el federalismo el principio de la subsidiariedad¹⁰⁰, confiriendo autonomía a los entes federativos, está presente en la formación del Estado democrático porque el gobierno central, para poder mantener la federación, trata a los Estados miembros mediante relaciones de cooperación, como unidades políticas con autonomía¹⁰¹.

Por el principio de la subsidiariedad los entes subnacionales deben ejercer sus funciones por medio de una distribución vertical del Estado, permitiendo una autonomía y competencia suficiente para ejercer sus funciones públicas. En caso de que no pueda cumplir con sus obligaciones deben solicitar ayuda al gobierno central. Por consiguiente, el principio de la subsidiariedad tiene el objetivo de dar soporte a los entes subnacionales contra el centralismo de poder del gobierno central.

¹⁰⁰ MONTORO, André Franco. Federalismo e o fortalecimento do Poder Local no Brasil e na Alemanha. Coleção Debates da Fundação Konrad Adenauer. Rio de Janeiro, 2002. p. 59.

¹⁰¹ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 157-162.



De las relaciones entre los entes federativos¹⁰², observando criterios económicos, podemos vislumbrar las relaciones pasivas (división de funciones y gastos), activas (distribución de ingresos) y restricciones institucionales (nivel de endeudamiento).

Con respecto a las relaciones pasivas, y en base a la eficiencia en la función de asignación¹⁰³ y justificativa económica del federalismo, se requiere la formación de las esferas competentes con la consecuente división de funciones del sector público entre los entes federativos. Verificamos que muchas federaciones, cuando centralizan el poder gubernamental tratan, con dicha práctica, redistribuir y estabilizar la economía. De allí la importancia para la limitación de la cantidad y formación de las esferas competentes.

En la formación de las esferas competentes podemos encontrar en el federalismo fiscal la competencia decisoria en la cual el ente federado tiene el deber y el derecho de realizar la planificación cuantitativa y cualitativa en la realización de la función pública, respaldado por su competencia de elaborar leyes y normas complementarias, que permite monitorear y controlar, como también, sancionar normas específicas para posibles errores en la realización de la función pública.

¹⁰²PRADO, Sergio. A Questão Fiscal na Federação Brasileira: diagnóstico e alternativas. CEPAL - Brasília LC/BRS/R.179. 2007. p. 4-5.

¹⁰³ REZENDE, Fernando. Desafios Federalismo Fiscal/ Coordinador: Fernando Rezende. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 16.



Por su parte, la competencia ejecutoria, dentro del federalismo fiscal, confiere al ente federado el deber y el derecho de solamente ejecutar la función pública, no responsabilizándose por la planificación cuantitativa y cualitativa de su cumplimiento. Existe también la competencia de financiación confiriendo al ente federado el deber y el derecho de responsabilizarse por los gastos relacionados con la ejecución de la función pública.

Para Ricardo Lobo Torres¹⁰⁴ existe un rechazo de la doctrina con relación a los ordenamientos de las federaciones como Argentina, Alemania, Estados Unidos, entre otros, en que: “el verdadero equilibrio en el federalismo fiscal es inalcanzable, principalmente en virtud de la exagerada concentración de ingresos en favor de la Unión, derivados del exceso de intervencionismo estatal, de la exasperación de la idea de desarrollo económico y de la desequilibrada distribución de responsabilidades por el suministro de servicios públicos”.

Tratándose de las relaciones intergubernamentales activas, éstas se asemejan también a las relaciones pasivas en lo que respecta a la preocupación de la cantidad y distribución necesaria de recursos para la realización de las funciones públicas, ya que si los recursos divididos no atienden las necesidades, habría que

¹⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: 13ª Ed. 2006. p. 364.



ver cómo hacer la redistribución de los ingresos. En este caso la redistribución puede ser verticalmente, como en los ingresos iniciales, u horizontalmente cuando ocurre entre los entes federativos de igual nivel jerárquico.

La importancia de quién y cómo se recaudarán los recursos para que el Estado cumpla con las funciones públicas que le fueron atribuidas por la economía y la sociedad es la gran cuestión. Cobro de impuestos y tasas, como también los ingresos procedentes de las transferencias son algunas opciones, entre otras, que los Estados tienen para financiar sus gastos públicos.

Una de las más importantes fuentes de recaudación son los impuestos¹⁰⁵, estos deben ser la principal fuente recaudadora del Estado debido a la tributación, sea directa o indirectamente, de los agentes que utilizan los bienes y servicios públicos ofrecidos, y también por el hecho de que esta recaudación debe estar vinculada con los objetivos de las funciones existentes en las relaciones gubernamentales pasivas, a diferencia de las tasas y aranceles que pueden presentar distorsiones al ser cobradas.¹⁰⁶

¹⁰⁵ BRASIL. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Código Tributário. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966. Art. 16. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm> Acesso em: 8 fev. 2016.

¹⁰⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. p. 65.



Al establecer quién y cómo se recaudará, también quedará definida la distribución,¹⁰⁷ que se dará tanto verticalmente como horizontalmente, proporcionalmente a sus obligaciones públicas. Asimismo, existen competencias relativas a la definición, recaudación y recepción de los ingresos públicos. La competencia decisoria es el deber y el derecho del ente federado de definir, cuantificar y fijar fundamentos, la estructura tributaria y las alícuotas de sus ingresos públicos.

En la recaudación de ingresos públicos el ente federado tiene la competencia ejecutoria como deber y el derecho de recaudar, así como también la competencia de recepción que le garantice disponer sobre la recaudación derivada de los ingresos públicos. La competencia de recepción debe estar alineada con la competencia decisoria, es decir, el ente federado que cree y ejecute un tributo debe ser el mismo que recibe su recaudación con el objetivo de ajustar ingresos y gastos a las necesidades de sus habitantes.

En el federalismo fiscal¹⁰⁸ existen reglas básicas que se deben tener en cuenta, como la distribución de la competencia decisoria de los ingresos públicos. Por eso es necesario que cada ente gubernamental pueda disponer de

¹⁰⁷ Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros, Coordenação: Fernando Rezende. Caderno nº 1, Equalização Fiscal. Dezembro de 2006. p. 72.

¹⁰⁸ PRADO, Sergio. A Questão Fiscal na Federação Brasileira: diagnóstico e alternativas. CEPAL - Brasília LC/BRS/R.179. 2007. p.1-2.



competencia decisoria con relación a una fuente de ingresos que grave solamente a los que van a utilizar los bienes y servicios públicos ofrecidos.

En este caso, en el federalismo fiscal, el gobierno central debería administrar los tributos con incidencia en los factores muebles que presentan un alcance mayor; los tributos que se destinan a funciones de política distributiva; como también aquellos relacionados con la coyuntura económica evitando, de esta manera, el empleo de políticas procíclicas a favor de los Estados miembros. Con relación a los Estados miembros corresponderían los tributos sobre inmuebles o solamente sobre ciudadanos procedentes de estos Estados miembros.

Cuando nos referimos a la transferencia de competencia de ingresos en el federalismo fiscal debemos tener en cuenta dos objetivos principales: brindar a los Estados miembros una condición mínima de autonomía financiera y la fijación de un aparato tributario uniforme que incida para todo el Estado federado¹⁰⁹.

Con relación a la competencia ejecutoria debemos considerar los costos, es decir, le corresponderá al ente federativo la recaudación del tributo que tenga el menor costo para la ejecución y preparación administrativa para cobrar y

¹⁰⁹ OLIVERA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 77-80.



fiscalizar. Así serían de competencia de los Estados miembros los tributos más diferenciados y con una amplitud limitada.

Continuando en la misma línea de pensamiento. Le correspondería al gobierno central los tributos como el Impuesto a las Ganancias y el Impuesto al Valor Agregado –IVA– por ser tributos más importantes, amplios, homogéneos y significativos¹¹⁰. Nuestro IVA brasileño es el ICMS –Impuesto sobre Operaciones relativas a la Circulación de Mercaderías y Prestación de Servicios de Transporte Interestatal e Intermunicipal y de Comunicación– que es de competencia de los Estados miembros.

3.2.4-TRANSFERENCIAS DE INGRESOS INTERGUBERNAMENTALES: VERTICAL Y HORIZONTAL

- TRANSFERENCIA VERTICAL

En el federalismo fiscal encontramos diversos modelos¹¹¹ de distribución de ingresos tributarios vertical entre los entes federados y esta distribución varía según la opción de repartición de las competencias decisoria y de recepción elegida.

¹¹⁰ MENDES, Marcos j. Os Sistemas Tributários de Brasil, Rússia, China, Índia, e México: Comparação das características gerais. Brasília, Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2008. p. 15-18.

¹¹¹ PRADO, Sergio. A Questão Fiscal na Federação Brasileira: diagnóstico e alternativas. CEPAL - Brasília LC/BRS/R.179. 2007. p.2-6.



Existen federaciones, como Estados Unidos y Suiza, que tienen un "*modelo competitivo*", que es un "*sistema separado*" en que cada esfera de gobierno posee la competencia o autonomía financiera para crear los ingresos tributarios que garanticen cubrir sus gastos, controlando su política fiscal y presupuestaria¹¹².

Como contribución positiva del sistema separado, hay diversidad en la reacción a los cambios constatados en los gastos del ente gubernamental. Como negativa, nos encontramos con la falta de coordinación de planificación en la función de asignación, la distributiva y estabilizadora, ocasionando competitividad desigual en la actividad económica del territorio federado, además de crear una carga tributaria múltiple procedente de una misma fuente de ingresos.

Además del modelo competitivo, existen sistemas con menor autonomía financiera de los niveles de gobierno llamados "*sistemas separados restrictos*" que se diferencian entre sí cuando paulatinamente la competencia decisoria se aleja de la competencia de recepción en beneficio del nivel federal (Unión) de gobierno.

¹¹² PINHEIRO, G. P. O Federalismo de Competição: Contexto Histórico, Institucional e Jurídico. VirtuaJus (PUCMG), v. Ano 6 2008. p. 3-6.



El "*sistema separado restricto –competencia de fijación de alícuotas–*" es aquel en que cada tributo es de competencia exclusiva de un único nivel de gobierno, normalmente es de competencia de la Unión, con el poder de establecer la alícuota y su recaudación como de su responsabilidad, evitando así el exceso en el uso de una misma fuente de ingresos por diferentes niveles de gobierno.

El "*sistema de descuento*" se produce cuando, por un modo contable y de deducción, el mismo tributo es recaudado por varios niveles de gobierno, implicando una disminución en la competencia de fijar las alícuotas y en la competencia de recepción por parte de la esfera de gobierno que sufrió la deducción.

El "*sistema de sobretasa*" se produce cuando la decisión y la fijación de alícuotas de un tributo son transferidas a un nivel de gobierno, normalmente la Unión, quedando a los otros niveles de gobierno la competencia para fijar alícuotas adicionales sobre la base de cálculo del mismo tributo, pudiendo el valor de las alícuotas adicionales ser definidas (*sistema de sobretasa irrestricto*) o no (*sistema de sobretasa restricto*) por los otros entes federativos, es decir, la competencia decisoria prácticamente se ubica en la esfera federal.

En el "*sistema separado sin competencia de fijación de alícuotas*" encontramos un sistema con mayor limitación que el sistema de sobretasa restricto,



en el cual solamente la esfera federal puede fijar las alícuotas adicionales, aunque manteniendo toda la competencia de recepción para cada ente federativo.

También existe en el federalismo fiscal una situación opuesta a los sistemas separados de la división de las competencias decisorias y de recepción entre los entes federativos, son los "*sistemas integrados*" que llenan las lagunas dejadas por los sistemas separados.

En los sistemas integrados la competencia de recepción de uno o más tributos es dividida entre dos o más entes federativos, quedando la competencia decisoria en la esfera federal o Unión. La competencia ejecutoria, quedando o no con los entes descentralizados, está condicionada a un tratamiento de recaudación uniforme en el Estado federado en que el volumen recaudado se dividirá entre todos los entes federativos.

También encontramos en el sistema integrado transferencias que no se confunden con la división de ingresos porque los entes federativos no están involucrados directamente en los tributos recibidos por ellos. Estas transferencias son estratificadas teniéndose en cuenta¹¹³:

¹¹³ MORAIS, M. R. As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha - uma análise econômico-institucional. Série Pesquisas nº 22, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001. p.112.



a) el sentido de las transferencias, normalmente de la esfera federal o Unión hacia los otros entes, o de los entes federativos a la Unión, como en el caso de la Unión Europea;

b) la existencia o no de normas específicas que definen el volumen total a ser transferible;

c) la repartición del volumen total transferible cumple o no objetivos marcados a priori, como ocurre en la diferenciación entre normas generales y normas especiales destinadas a programas y políticas públicas específicas;

d) la existencia o no de obligación de ingresos propios del ente federado receptor de transferencias;

e) la causa del recepción de ingresos por transferencias que pueden ser: i) transferencias financieras generales en que no se requiere su vinculación con la realización de función pública; ii) transferencias vinculadas para la realización de funciones públicas específicas; iii) transferencias para socorrer emergencias ante gastos urgentes, normalmente son discrecionales.

En la República Federativa Alemana existe un sistema, que nosotros denominamos mixto, en que sus tributos principales, y que representan una mayor recaudación, se dividen entre los entes federativos (sistema integrado) y los tributos



menos expresivos quedan a cargo separadamente del gobierno central o Unión, Estados miembros y gobiernos locales (sistema separado)¹¹⁴.

En el federalismo fiscal cualquier modelo de división de competencias de recaudación y sus transferencias entre los entes federativos tiene como objetivo principal capacitar, por medio de herramientas tributarias, los ingresos necesarios para atender sus demandas o necesidades fiscales.

Cada ente federativo tiene una relación entre su necesidad fiscal y su capacidad fiscal que denominamos relación de cobertura. Si esta relación de cobertura con la distribución vertical de ingresos es nula o negativa hay dos opciones para corregir este desfasaje: la primera se basa en un sistema de compensaciones llamado horizontales y ocurre entre los entes de misma jerarquía; y la segunda opción es por el endeudamiento.

Previendo la condición de la relación de cobertura nula o negativa, es necesario que el sistema vertical de ingresos, en el estudio del federalismo fiscal, contenga reglas acordadas para de vez en cuando realizar revisiones corrigiendo algunas distorsiones en la relación de cobertura de los entes federativos.

¹¹⁴ LAUFER, Heinz. O ordenamento financeiro no Estado Alemão. In: FUNDAÇÃO KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Centro de Estudos. *O Federalismo na Alemanha*. Traduções, n. 7, São Paulo, 1995. p. 149.



- TRANSFERENCIAS HORIZONTALES

Tal como lo destacamos anteriormente, cuando la relación de cobertura es nula o negativa, existe un sistema de transferencia horizontal que tiene como objetivo la distribución de ingresos públicos entre entes federativos de la misma jerarquía y que presentan desequilibrios regionales en función de que las relaciones de capacidad fiscal y necesidad fiscal no cierren, teniendo como consecuencia la incapacidad en el pago de los gastos.

En el caso de la federación alemana, el sistema de transferencia horizontal¹¹⁵ entre los entes federativos está relacionado con el principio constitucional que garantiza una condición mínima de vida en toda la federación, es decir, posee fundamentos institucionales y políticos y no como marca obligatoria registrada en modelos federativos.

Para la existencia de transferencias horizontales¹¹⁶ la federación debe establecer reglas nítidas y específicas de compensación. Al realizar estas transferencias su objetivo principal es agrandar a los entes federativos más débiles

¹¹⁵ GONDAR, Anelise F. P. *Limites e Possibilidades do Federalismo Cooperativo: Uma Análise da Alemanha e do Brasil*. Rio de Janeiro, 2011. p. 49.

¹¹⁶ MÉNDEZ, J. L. Estudio introductorio. In: D. S. Wright, *Para entender las relaciones intergubernamentales*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 9.



para que la federación logre una uniformidad en la ejecución de las principales funciones públicas que la sociedad requiere, y no simplemente corregir la relación de cobertura.

En esta lógica de pensamiento los entes federativos que tienen una relación de cobertura nula o negativa reciben ingresos derivados de los entes federativos que presentan mejores condiciones en la relación capacidad x necesidad financiera.

Surgen así algunas dificultades y cuestionamientos dentro del modelo de transferencia horizontal, la medida de la capacidad financiera entre las mismas, la necesidad financiera, el nivel de compensación y el modelo de cálculo para el pago de estas transferencias.

Para tratar de responder algunos de estos cuestionamientos, la medida de la capacidad financiera, de modo general, se realiza por el volumen de sus ingresos tributarios en valores *per capita* o por números absolutos.

En este sentido, se hacen necesarias normas de tributación y tratamientos de recaudación uniforme en toda la federación, tendientes a la posibilidad de descubrir y comparar la capacidad financiera de los entes federativos. En algunos casos de gastos extraordinarios los entes federativos pueden substraerlas del cálculo de la capacidad financiera.



Con respecto al cálculo de necesidad financiera, su base está relacionada con las funciones públicas ejercidas por los entes federativos teniéndose en cuenta: i) en qué grado las solicitudes de bienes y servicios de los ciudadanos no son atendidos; ii) tener el conocimiento de los niveles de oferta; iii) diferentes costos encontrados en los entes federativos.

El gran desafío es medir los niveles de oferta que cada ente federativo debe proveer. En razón de este hecho el grado de necesidad financiera generalmente encontrada se basa en criterios políticos que implican muchos intereses de los entes y no por indicadores geográficos y socioeconómicos más correctos y más justos y que servirían como base para un buen sistema de compensación o equalización horizontal.

Al medir la equalización y nivelación¹¹⁷ la influencia política también es bastante considerable. Hay casos en que, dependiendo de la decisión política, la diferencia entre la capacidad y necesidad financiera es equalizada. Los entes federativos en que la diferencia entre la capacidad y necesidad financiera es exorbitante pueden recibir de entes que tengan una mejor situación financiera.

¹¹⁷ CABRAL, Nazaré da Costa. A Teoria do Federalismo Financeiro. Ed. Almedina. 2ª ed. Coimbra, 2015.



Si el ente federativo, aun con el uso del sistema de transferencia horizontal, permanece con la relación de cobertura negativa con estándares por abajo del mínimo aceptable, algunos dispositivos, previstos en la legislación, son utilizados como las transferencias llamadas extraordinarias y las transferencias vinculadas que tienen el fin de equilibrar grandes desigualdades entre gobiernos locales o entre regiones en la disponibilidad de bienes y servicios públicos esenciales para los ciudadanos.

El sistema de transferencia o compensación horizontal tiene que concretarse y definirse legalmente como forma de garantizar lo establecido como meta de nivelación de las desigualdades regionales encontradas en diversas federaciones. No es el objetivo en este sistema compensar totalmente a entes federativos que sólo reciben ingresos, es necesario que haya una contrapartida y un mínimo de uniformidad fiscal entre los entes federativos para que este sistema sea exitoso.

En el federalismo fiscal, la compensación o ecualización horizontal no es normalmente utilizada en los casos en que las desigualdades o diferenciaciones entre los entes federativos presenten pequeñas variaciones en la relación entre la necesidad y la capacidad financiera. La intensidad de compensación a utilizar está intrínsecamente relacionada con las decisiones sobre política fiscal adoptada por la federación.



3.2.5 INSTRUMENTOS DE EVALUACIÓN DEL FEDERALISMO FISCAL

Al elaborar una evaluación o comparación entre distintas federaciones, recurrimos a instrumentos o criterios que cuantifiquen y califiquen los bienes y servicios públicos ofrecidos¹¹⁸. La eficacia institucional se traduce en la creación de instrumentos objetivos de evaluación y en la creación de una planilla con diversos criterios de análisis que servirán como base para la observación de matrices institucionales encontradas en las relaciones federativas.

Al realizar la evaluación de una federación es necesario lo siguiente: que las reglas constitutivas y la objetividad respeten las normas del Estado de Derecho democrático; que exista legitimidad en la acción de los participantes políticos y sociales (instituciones formales e informales); participación entre todos los entes federativos en el enfrentamiento de los problemas existentes; poder de reacción de las instituciones formales a los nuevos desafíos económicos, sociales y políticos.

Normalmente las cláusulas normativas estructurales del pacto federativo de una federación están contenidas en la Constitución Federal. Es muy importante que las normas constitucionales que tratan sobre la estructura política y el

¹¹⁸MENDES, M. J. Fundo de Participação dos Estados: Sugestão de novos critérios de partilha que atendam determinação do STF - Parte III. Federalismo à Brasileira questões para discussão. IPEA - vol. 8 Diálogos para o Desenvolvimento. Organizadores Paulo de Tarso Frazão Linhares, Constantino Cronemberger Mendes, Antonio Lassance. Brasília: IPEA, 2012. p. 147-165.



desmembramiento de las competencias, ingresos, funciones, transferencias entre las esferas de gobierno, estén correctamente explicadas para lograr la objetividad delineada legalmente.

Es extremadamente necesario que el texto constitucional¹¹⁹ contenga normas determinantes, no sólo de orden democrático y liberal de la estructura gubernamental sino también los medios de representación de los intereses de los Estados miembros ante la esfera federal en el cumplimiento de las normas constitucionales que incluyan las relaciones financieras intergubernamentales¹²⁰.

Normalmente en el sistema federalista surgen conflictos de intereses entre las esferas de gobierno al definir y realizar competencias, ingresos, funciones. Para resolver dichos conflictos y garantizar la eficacia institucional de la federación existen las vías especiales que solucionan estos problemas.

En el Congreso Legislativo nacional hay una vía de negociación a través de los representantes elegidos por los gobiernos estatales que participan en la elaboración de las políticas nacionales a implementar. En Canadá, los

¹¹⁹ HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. Revista trimestral de direito público. São Paulo, nº 2, 1993, p. 5-20;

¹²⁰ MORAES, Alexandre de. Federação brasileira — necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. Revista Liberdade e Cidadania — Ano II — n.7 — janeiro/março, 2010. p. 9-11.



gobernadores estatales se reúnen con el Poder Ejecutivo federal formando comisiones que discuten la planificación en cada esfera gubernamental.

En estas comisiones se estudian y elaboran metas en la disponibilidad y financiación de bienes y servicios públicos, como si fuera un consejo federal que coordina las relaciones intergubernamentales haciendo que, en Canadá, el papel de los representantes de los gobiernos estatales en el Poder Legislativo pierda fuerza como vía de negociación entre los entes federativos.

Otra vía de negociación de conflictos se realiza a través del Poder Judicial¹²¹ que hace cumplir los principios constitucionales solucionando problemas entre la esfera federal (Unión) y otros entes federativos (conflictos verticales) como entre los gobiernos subnacionales (conflictos horizontales). En Alemania se creó la Justicia Constitucional, independiente del Poder Judicial, que tiene como objetivo exclusivo el cumplimiento de los principios constitucionales garantizando la legitimidad de las instituciones formales y las relaciones intergubernamentales de la federación.

En Estados Unidos, como también en Suiza, sus textos constitucionales contienen la figura del referendo¹²² o plebiscito como instrumentos

¹²¹ STEPAN, A. *Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol. 42, nº 2, 1999.

¹²² SILVA, José Afonso da. "O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa." (coord. Hugo A. Concha Cantú). *Sistema Representativo Y Democracia Semidirecta*



de resolución de problemas que se originan en decisiones federales entre los entes federativos. Con el referendo el poder de legislar pasa a ser de los ciudadanos que deciden sobre los conflictos que puedan surgir en el Poder Legislativo.

Actualmente es necesario que los modelos federativos tengan flexibilidad en sus principios constitucionales, posibilitando una readecuación ante los cambios derivados de un proceso de globalización económica, social y política. La rigidez de las reglas y de la estructura federativa para enfrentar y solucionar los problemas sociales y políticos puede aumentar aún más la falta de legitimidad gubernamental¹²³.

Los ajustes en la necesidad/capacidad fiscal de los entes federativos deben estar presentes en la estructura constitucional de la federación por medio de la formación de comisiones con representantes de los entes, técnicos y representantes federales para que reevalúen los ingresos, gastos, transferencias verticales y horizontales de todas las relaciones intergubernamentales por un plazo estipulado.

- memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Unam, 2002. p. 15-18.

¹²³ SOARES, M. M. Repasses Financeiros e Voluntários da União aos Municípios Brasileiros: condicionantes políticos e sociais. 8º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. 2012. p. 3.



Las reglas de coordinación y cooperación entre entes federativos no deben exceder ciertos límites para que no se conviertan en un obstáculo dentro un proceso normal de adaptación de estos entes ante la dinámica de los cambios económicos, sociales y políticos en las relaciones intergubernamentales de una federación.

Finalizando este capítulo, demostramos que no sólo la teoría económica del federalismo fiscal, con su eficiencia económica, es suficiente para definir "el modelo de federalismo", la presencia del factor político-social es extremadamente considerada en la elaboración de los conceptos de modelos federativos.

En el estudio del federalismo, comparando distintas experiencias y modelos, constatamos varios puntos positivos que muestran las diferencias en la calidad de las diversas estructuras federativas. Aunque para Alfred Stepan¹²⁴ no hay diferencias en las diversas estructuras de estados federados, es decir, hacer una comparación entre Alemania, Estados Unidos, Argentina y Brasil en un mismo nivel no tiene sentido. No concordamos con este pensamiento debido a que existen modelos de evaluación que tienen en cuenta criterios de los cuales podemos diferenciar a algunas federaciones.

¹²⁴ STEPAN, A. Muito além do modelo americano: nunca foi tão necessário reavaliar riscos e benefícios do sistema federativo. *O Estado de São Paulo*, São Paulo. Caderno 2, 05 mar. 2006.



No queremos con esto aceptar y crear un *ranking* de mejores estructuras federativas sino instrumentos de evaluación, como por ejemplo: medición de la eficiencia de la disponibilidad de bienes y servicios, alcance y objetividad de las normas constitucionales, nivel de legitimidad, cantidad de coordinación intergubernamental y capacidad de cambio institucional. Encontramos así dos grupos distintos de estructuras federativas.

En el primer grupo están Argentina, Brasil, India y México como ejemplos de federaciones con instituciones formales con un grado de legitimidad bajo, deficientes y con un nivel de coordinación intergubernamental inferior al deseable y con poca capacidad de realizar cambios institucionales.

En el segundo grupo están Alemania y Canadá como ejemplos de federaciones con instituciones formales objetivas, inclusivas, con alto nivel de concordancia entre los ciudadanos y los organismos del Estado, con un buen nivel de coordinación entre los entes federativos, con flexibilidad en los cambios institucionales y con calidad en la disponibilidad de bienes y servicios para la sociedad.



Aquí, específicamente en el federalismo brasileño haciendo un paralelismo con Alemania¹²⁵, hemos comprobado la existencia de innumerables conflictos entre los entes federativos: con bajísimo nivel de coordinación en las relaciones intergubernamentales, bajo nivel de legitimidad política provocando ciclos pendulares de centralización y descentralización, con guerra fiscal entre los Estados miembros pobres mediante beneficios fiscales que infringen normas constitucionales, altísimos y descontrolados niveles de endeudamiento de los Estados miembros, irregularidades y falta de coordinación en las transferencias de ingresos sin control de los gastos.

En este caso, ¿cuál es el grupo en que se encuadraría la federación de Estados Unidos? En el estudio del federalismo fiscal, una parte de los doctrinadores elige el modelo americano como exitoso y digno de ser imitado. Concordamos sólo en alguna medida debido a que si vemos el nivel de eficacia institucional y la calidad de los bienes y servicios provistos, podemos constatar que son inferiores al compararlos con los datos de los países desarrollados.

Al comparar la calidad de los bienes y servicios¹²⁶ con la del sistema de salud brindado por países como España, Alemania, Canadá, Australia,

¹²⁵ BLANKENAGEL, A.; WALDHOFF, C. Seminário Federalismo Fiscal Brasil-Alemanha, " federalismo cooperativo pode funcionar no Brasil". Organizado pelo IDP, em parceria com a FGV. Revista Consultor Jurídico, Brasília, agosto de 2014.

¹²⁶ AGUIRRE, B. M. B. Federative aspects of the public health systems reform. In: 3. ANNUAL MEETING OF THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR NEW INSTITUCIONAL ECONOMICS. Washington, 1999.



comprobamos que todos ellos presentan números muy superiores a los de Estados Unidos. Otras constataciones negativas, con relación a la federación norteamericana, surgen con la distribución de ingresos y el gran número de personas que están por debajo de la línea de pobreza, con datos considerados como los peores entre los países más ricos¹²⁷.

El aumento de la competencia en el federalismo de Estados Unidos, por medio de la disminución en las transferencias y en el establecimiento de las competencias ("*new federalism*"), provocó una retracción en la contribución del Estado en la ejecución de estas funciones y, consecuentemente, en la coordinación de las relaciones intergubernamentales, lo que dio como resultado números negativos en el campo social¹²⁸.

Nuestro objetivo con estas consideraciones relativas al análisis y evaluación de las estructuras federativas es tener referencias que resultan muy importantes para llegar a una estructura federativa que haga posible la disminución de las desigualdades regionales encontradas actualmente en varias experiencias federativas.

¹²⁷ Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. Relatório anual, 2015.

¹²⁸ BBC Brasil: "A DECADÊNCIA IANQUE: EUA têm o pior índice de pobreza dos países ricos ", 25/01/2016.



4. FEDERALISMO FISCAL COMPARADO EN EL COMBATE A LAS DESIGUALDADES REGIONALES

Percibimos, a través de las experiencias de varios modelos federativos, que actualmente los desequilibrios regionales están aumentando, provocando con ello irritación y conflictos entre los entes federativos y dificultando el mantenimiento del equilibrio federativo.

Una de las consecuencias del aumento de las desigualdades es la centralización territorial de las bases tributarias, lo que origina un mayor desequilibrio en la división de los ingresos entre los entes federativos y esto lleva a una mayor dificultad en la oferta de bienes y servicios de calidad requeridos por la sociedad.

Como veremos más adelante, los programas de ecualización fiscal son empleados para enfrentar los desequilibrios federativos, por medio de la cooperación y compensación de transferencias de ingresos a los entes federativos con índice de desarrollo por abajo del promedio de la federación. Alemania, Australia y Canadá son los mejores ejemplos de federaciones en el combate a las desigualdades regionales.

En este capítulo vamos a realizar un comparativo de Estados con sus modelos federativos y sus estructuras. Cuáles son las herramientas que se emplean



para enfrentar las desigualdades regionales encontradas en sus territorios y también sus resultados.

4.1 - FEDERALISMO FISCAL DE ALEMANIA

En nuestro primer ejemplo nos referiremos al caso de Alemania, que tiene un federalismo por asociación, es decir, la unión de Estados independientes que originó la República Federal Alemana (Bundesrepublik Deutschland).

En la historia política del Estado alemán hubo diversas etapas, tales como: Ligas, Federaciones y Confederaciones. Alemania sufrió un difícil proceso de reunificación entre la República Democrática de Alemania (RDA) y Alemania Oriental, de lo que derivó la República Federal de Alemania (RFA)¹²⁹. Esta integración, a partir del 3 de octubre de 1990, tuvo un impacto muy pesado para la federación alemana por la absorción total de sus costos¹³⁰.

En Alemania hay dos niveles de gobierno con autonomía conferida en el texto constitucional de 1949, que son el gobierno federal (Bund) y los Estados miembros (Länder); existe un tercer nivel, que es del gobierno local (Gemeinden), pero que constitucionalmente no tiene autonomía como ente federativo.

¹²⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 165 e ss.

¹³⁰ SPAHN, Paul Bernd. Solidariedade versus eficiência em uma federação: o caso da Alemanha, in Federalismo e Integração Econômica Regional - Desafios para o Mercosul, Fernando Rezende e Fabrício A. de Oliveira (organizadores) Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 153-155.



Es importante resaltar que en este gobierno local la autonomía administrativa y financiera está garantizada por la Constitución Federal (art. 28, (2), de la CRFA/49), y con competencia limitada para administrar los asuntos locales. Los Estados miembros son competentes para delimitar las funciones de los gobiernos locales.

Alemania tiene un sistema de gobierno parlamentarista bicameral, con el Parlamento Federal (Bundestag –representantes del pueblo–). El Consejo Federal (Bundesrat –representa a los Estados miembros–) compuesto por miembros designados por los gobiernos estatales, cuya función es aprobar las leyes relativas a las necesidades y objetivos de los Estados miembros dentro del Poder Legislativo, manteniendo así un equilibrio de fuerzas en la federación.

El modelo de formación del Consejo Federal es el divisor del federalismo alemán ya que representa los intereses de los Estados miembros al controlar el equilibrio de la Federación. Los representantes del Consejo Federal son designados y no elegidos directamente por el pueblo, representando así el pensamiento colectivo de los Estados miembros, toda vez que obligatoriamente tienen que votar de modo uniforme, lo cual se denomina mandato vinculado (gebundenes Mandat).



En el modelo de federalismo fiscal de Alemania hay una diferencia con relación a otros modelos federativos, se trata de su elevado grado de cooperación de las relaciones intergubernamentales que, a los fines de ecualizar y regular las políticas públicas, promueve el bienestar en todo el territorio nacional. Estas relaciones intergubernamentales tienen las características de coordinación y cooperación con responsabilidades divididas entre los entes federativos, diferenciándose así del federalismo competitivo.

El gobierno federal tiene una posición privilegiada en la competencia legislativa debido a que cuenta con un gran número de competencias exclusivas y concurrentes, permitiendo dirigir el desarrollo de las políticas públicas. En la doctrina del federalismo, este poder legislativo centralizado en el gobierno federal es llamado por algunos autores como “federalismo unitario”, mientras que otros no concuerdan con esto porque tal centralización tiende a lograr la integración por la cooperación a través de la regulación y distribución.¹³¹

El federalismo alemán de coordinación y cooperación es claramente identificado cuando tratamos el tema sobre la división de las atribuciones y responsabilidades entre los niveles de gobierno. El gobierno federal, por el art. 73 de la Constitución Federal de 1949, asume la prestación de bienes y servicios referentes a la política exterior (relaciones exteriores y tratados internacionales),

¹³¹ MORAES, Marcos Ribeiro de. **As relações internacionais na República Federal da Alemanha**. Uma análise econômico-institucional, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 201-202.



moneda, transporte federal, defensa, servicios postales y de comunicación, entre otros. Los Estados miembros asumen la política de educación, salud, seguridad pública, cultura, medio ambiente y otros. Los Municipios asumen políticas locales de salud, deporte y recreación, la construcción de escuelas y caminos, la vivienda, etc.

Con cooperación y coordinación, los gastos para costear las prestaciones de servicios antes citadas son repartidos mediante la recepción de ingresos provenientes de distintos niveles de gobierno. En el federalismo alemán la ecualización y regulación de las políticas públicas para promover el bienestar en todo el territorio nacional es una preocupación constante, tanto es así que la Constitución Federal de 1949, en su art. 91, define a algunas áreas de actuación en común entre los niveles de gobierno y, concomitantemente, divide las responsabilidades.

Esta cooperación, característica del modelo alemán, requiere la delegación de tareas para los distintos niveles, como en el caso del gobierno federal que delega la ejecución de algunas tareas a los Estados miembros, aunque esta delegación tiene que estar acompañada de la transferencia de ingresos para el desempeño de dicha función. Estas decisiones conjuntas son tomadas por una comisión llamada “comisiones de planificación de las funciones compartidas” (Planungsausschuesse der Gemeinschaftsaufgaben).



Tales decisiones en conjunto permiten que el gobierno federal, mediante las competencias exclusivas y concurrentes, desempeñe un papel preponderante en las políticas de prestación de bienes y servicios con la minimización de los costos administrativos para la ejecución de la tarea. Por esta característica algunos autores lo llaman federalismo ejecutivo.¹³²

La Constitución de 1949, con respecto a legislación tributaria, es uniforme y centralizada en el código nacional. Enumera la competencia, los impuestos y la jurisdicción sobre los ingresos tributarios para cada nivel de gobierno, como también contiene el Principio Constitucional de la cooperación¹³³ recíproca de sus entes federativos.

La legislación tributaria está contenida en la Constitución Federal de 1949 con el objetivo de garantizar que el ejercicio del poder tributario incida de forma uniforme, coordinada y con los presupuestos del federalismo cooperativo. Por consiguiente, el gobierno federal tiene competencia exclusiva sobre las tarifas aduaneras e impuestos selectivos (petróleo, bebidas alcohólicas, excepto cerveza y tabaco) y competencia concurrente en otros ingresos.

¹³² FELD, Lars P.;HAGEN, Jürgen Von. Federal Republic of Germany. In: SHAH, Anwar (Ed.) The practice of fiscal federalism: comparative perspectives. London: **Forum of Federations and IACFS**, 2007. p. 133.

¹³³ MORAES, Marcos Ribeiro de.Op. cit., p. 199-200.



La competencia tributaria de los Estados miembros¹³⁴ está garantizada en determinados impuestos, a saber: impuesto sobre vehículos automotores, impuesto selectivo sobre la venta de cerveza, impuesto sobre la herencia, impuesto sobre transferencia de propiedad inmobiliaria e impuesto sobre juegos y loterías.

Por el principio constitucional de la uniformidad de condiciones de vida, los Estados miembros pierden un poco de su autonomía fiscal ya que las cargas tributarias necesariamente deben ser uniformes en cualquier federación. La competencia de los gobiernos locales se observa en los impuestos: impuesto local de las empresas, impuesto sobre servicios de utilidad pública y el impuesto sobre la propiedad inmobiliaria.

El federalismo fiscal alemán tiene una recaudación compartida de “impuestos conjuntos”, como por ejemplo: Impuesto al Valor Agregado (IVA), impuesto de renta de persona física y jurídica, e impuesto sobre la nómina salarial, que son considerados los principales y cuya recaudación comúnmente se divide por la mitad entre los Estados miembros y el gobierno federal.

¹³⁴ MORAES, Marcos Ribeiro de. Op. cit., p. 225.



La República Federal de Alemania (RFA) tiene una marcada diferencia con los otros Estados federativos debido a su sistema de división de ingresos tributarios entre los entes federativos. Esta división de ingresos tiene como finalidad reducir las desigualdades entre regiones con poder tributario superior a las demás. Para ejemplificar esta división, el 25% del total de la recaudación del impuesto al valor agregado (IVA) vinculado a los Estados miembros se destina a estos con desigualdad tributaria, mientras el restante 75% se divide de acuerdo con la población de cada estado.

Otra modalidad de división que no tiene la participación del gobierno federal se produce en la asignación de ingresos entre los Estados miembros¹³⁵ mediante el tamaño de la capacidad fiscal de cada estado, para esto se calcula la capacidad fiscal promedio per cápita de todos los Estados miembros por los habitantes de cada estado miembro.

De esta forma, si la capacidad fiscal de un ente excede el límite establecido, se realizan transferencias de recursos a los Estados miembros que no alcancen el estándar establecido. Esta división se trata de una compensación en que los Estados miembros con alta capacidad fiscal ecualizan con relación a los Estados miembros con baja capacidad fiscal.

¹³⁵ MORAES, Marcos Ribeiro de. Op. cit., p. 262.



Existen otras modalidades de equalización financiera como las llamadas subvenciones en que el gobierno federal alemán transfiere a los Estados miembros más pobres en recursos, como los Estados miembros procedentes de la antigua Alemania Oriental.

En contrapartida, los Estados miembros de la antigua Alemania Occidental son compensados con subvenciones por las pérdidas derivadas de la fusión (reunificación) y absorción de la antigua Alemania Oriental. También hay algunas subvenciones para Estados miembros que tengan necesidades en infraestructura y endeudamiento (amortización).

Percibimos por el modelo de federalismo cooperativo de Alemania que los Estados miembros tienen una baja autonomía fiscal que se puede explicar por la dependencia a las transferencias y a la recaudación de los impuestos en conjunto con el gobierno federal, lo que representa una gran parte de los ingresos de estos entes federativos¹³⁶. En el federalismo alemán los Estados miembros tienen la responsabilidad de equalizar financieramente a sus municipios y las subvenciones concedidas se condicionan o no a objetivo específicos.

4.2 - FEDERALISMO FISCAL DE ESTADOS UNIDOS

El modelo de federación norteamericano, considerado como modelo inicial, ha sido una referencia importantísima para los países de Latinoamérica,

¹³⁶ Spahn. y Fottinger. *Fiscal Federalism in Theory and Practice*. Washington, D.C.: **International Monetary Fund**, 1997, p.231-236.



principalmente para Brasil. En la elaboración y existencia del federalismo de Estados Unidos, como de otros modelos federativos, visualizamos importantes efectos de los ciclos históricos del liberalismo, del Estado del Bienestar social (Welfare State) y del Estado Democrático de Derecho.

El modelo de federalismo fiscal de Estados Unidos es diferente al del modelo alemán, su estructura determina la independencia entre las esferas de gobierno que componen la federación¹³⁷. La competencia de tributar la determina la Constitución en su décima enmienda, que dispone que los poderes no asignados específicamente al poder central sean competentes para legislar en esa materia, aptitud que la Constitución no prohíbe y que es derecho de los estados miembros.

Se verifica, por lo tanto, que los Estados miembros poseen una gran libertad en materia de tributación, con competencia para crear impuestos y atribuir base de cálculo y alícuotas que no entren en conflicto con lo dispuesto en alguna norma constitucional¹³⁸.

Los Gobiernos locales o condados se presentan como entidades públicas descentralizadas cuyas atribuciones son enumeradas por delegación

¹³⁷ SCHWARTZ, Bernard. O Federalismo Norte-Americano Atual. Tradução de Elcio Cerqueira, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 13.

¹³⁸ MUSGRAVE, Richard, MUSGRAVE, Peggy B. **Finanças Públicas**. Teoria e Prática. Tradução de Carlos Alberto Primo Braga; revisão técnica de Claudia Cunha Campos Eris [e] Ibraim Eris. Rio de Janeiro: Campos; São Paulo: Edusp, 1980. p. 27.



legislativa de los Estados miembros. Así, la Constitución Federal no atribuye competencias y autonomía a los gobiernos locales. Los gobiernos locales o condados se vinculan a los Estados miembros, recaudando principalmente el impuesto sobre la propiedad, no obstante ello, son pocos los gobiernos locales que también recaudan el impuesto a las ganancias.

Encontramos en el Sistema tributario de Estados Unidos diversas características que lo hacen diferenciar mucho de otros modelos fiscales, como por ejemplo, el impuesto a las ganancias americano permite que más de un ente federativo esté sujeto a la misma base de tributación¹³⁹. Otro factor a destacar es que determinados impuestos tienen importes diferenciados en el total de los valores recaudados. Para la mayoría de los Estados miembros el impuesto sobre ventas minoristas (IVV) es el principal tributo recaudado, para otros la mayor fuente de ingresos es el impuesto a las ganancias de persona física y jurídica.

Constatamos en la comparación con otros modelos federativos fiscales que en Estados Unidos no existe el impuesto al valor adicionado (IVA), y que el gobierno central no tiene un impuesto sobre el consumo, excepto los impuestos sobre productos selectivos como bebidas alcohólicas, tabaco y combustible, que también son de competencia de los Estados miembros.

¹³⁹ STOTSKY, Janet G; SUNLEY, Emil M. United States. In: TER-MINSSIAN, Tereza (ed.) *Federalism Fiscal in Theory and Practice*, Washington: **International Monetary Fund**, 1997, p. 364.



Para el gobierno central los principales tributos son el impuesto a las ganancias de persona física (mayor recaudación)¹⁴⁰, las contribuciones de seguridad social y el impuesto a las ganancias de persona jurídica. Por su parte, el impuesto selectivo y el de herencia y donaciones y de tarifas aduaneras tienen menor importancia en el monto de los ingresos recaudados. Ante este cuadro observamos que los impuestos directos componen la mayor fuente de ingresos en el federalismo fiscal de Estados Unidos.

En cuanto a la estructura fiscal del federalismo norteamericano, los entes federativos cuentan con una gran autonomía fiscal, con descentralización de poderes de administración y recaudación tributaria, lo que muchas veces contribuye para el aumento de la burocracia y gastos tanto para el contribuyente (obligaciones fiscales) como para los entes federativos en el mantenimiento de la máquina administrativa.

Existe una coordinación entre los entes federativos, por medio de acuerdos formales, para tratar de disminuir los costos operativos en la recaudación y fiscalización de estos impuestos. El gobierno central liberó su base de datos de

¹⁴⁰ LAGEMANN, Eugênio; BORDIN, Luís Carlos Vitali. **A tributação nos países do NAFTA** (EUA, México e Canadá). Disponible en: <http://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/viewFile/964/1268>. 2013. Acceso el: 22/08/2016.



los contribuyentes para que los Estados miembros puedan utilizar esta información fiscal. Otras maneras de recaudar impuestos¹⁴¹ por parte de los Estados miembros es cerrando acuerdos, mediante contratos con empresas particulares para la recaudación de tributos de empresas que se encuentran con registro negativo en relación al fisco.

En lo relativo a las relaciones intergubernamentales, hemos verificado que los entes federativos tienen autonomía política y fiscal constitucionalmente garantizada. Sin embargo, últimamente constatamos que el gobierno central, con atribuciones definidas como defensa nacional y bienestar social, ha contribuido indirectamente con transferencias de ingresos, a través de subvenciones intergubernamentales y de valores substanciales a los Estados miembros para que realicen funciones o servicios públicos constitucionalmente destinados a estos¹⁴².

En ese ámbito también se realizan transferencias a los gobiernos locales o condados. Según un estudio de Stotsky¹⁴³ existe en el sistema federativo de los Estados Unidos una superposición de gastos entre los entes federativos en las diversas funciones públicas. Ocurre que gran parte de los gastos del gobierno

¹⁴¹ Stotsky, Janet G. y Sunley, Emil M. *Fiscal Federalism in Theory and Practice*. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 1997, p.361-362.

¹⁴² SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Tradução de Elcio Cerqueira, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 44.

¹⁴³ Stotsky, Janet G. e Sunley, Emil M. *Fiscal Federalism in Theory and Practice*. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 1997, p.364.



central provienen de programas de defensa nacional, seguridad social y asistencia médica, intereses sobre la deuda pública y subvenciones para otros entes federativos.

Las relaciones intergubernamentales en la federación norteamericana se producen a través de transferencias (subvenciones), de la renuncia fiscal y de los préstamos como formas de ayuda que el gobierno central ofrece a los otros entes federativos.

Las subvenciones¹⁴⁴ tienen como finalidad los servicios públicos, tales como educación, salud, transporte, servicios sociales, como también el desarrollo regional, éstas son llamadas subvenciones *por bloque*¹⁴⁵ o genéricas y tienen pocas restricciones para los entes federativos. Otras subvenciones, llamadas *por categorías*¹⁴⁶ son destinadas con especificidad para programas que atienden parámetros definidos como la población y los ingresos *per cápita* de la región, ejemplo: *Program Medicaid* que es un programa destinado a proveer asistencia médica a las personas más carenciadas.

¹⁴⁴ REZENDE, Fernando. Descentralização Fiscal. In Fernando Rezende (coord.) **Desafios do Federalismo Fiscal**, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 41.

¹⁴⁵ MUSGRAVE, Richard, MUSGRAVE, Peggy B. Finanças Públicas. Teoria e Prática. Tradução de Carlos Alberto Primo Braga; revisão técnica de Claudia Cunha Campos Eris [e] Ibraim Eris. Rio de Janeiro: Campos; São Paulo: Edusp, 1980. p. 565.

¹⁴⁶ SCHWARTZ, Bernard. O Federalismo Norte-Americano Atual. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 44.



Otra modalidad de ayuda a los Estados miembros y gobiernos locales es la renuncia fiscal, por medio de las deducciones concedidas por el gobierno central, del impuesto a las ganancias y del impuesto de propiedad pertenecientes a los Estados miembros para el cálculo del impuesto a las ganancias, como también la exención en el cobro de intereses sobre títulos públicos de los entes federativos del impuesto a las ganancias del gobierno central.

Con respecto a los préstamos, los entes federativos (Estados miembros y gobiernos locales), cuentan con autonomía para contratar préstamos sin ningún tipo de obstáculos por parte del gobierno central. Hay préstamos para aplicarlos en educación, caminos, mejoras en la agricultura. Tales préstamos directos y las garantías de préstamos provienen del gobierno central en dispositivos constitucionales con intereses subsidiados.

4.3 - FEDERALISMO FISCAL DE CANADÁ

El ejemplo del federalismo canadiense es bastante peculiar ya que las instituciones federales se combinan con las instituciones parlamentarias formando la primera federación parlamentarista del mundo, basada en el parlamentarismo de Inglaterra (Modelo Westminster).



El modelo del federalismo fiscal canadiense se identifica con el federalismo asimétrico y cooperativo, está formado por una monarquía constitucional y parlamentarista constituida, a nivel regional, por diez Provincias y tres Territorios con dos niveles de gobiernos con autonomía y coordinados entre sí. También tiene gobiernos locales, los cuales se reportan a las provincias.

Su estructura federativa presenta al gobierno central formado por un Parlamento con dos cámaras que dan soporte al Ejecutivo y que tienen la función de fiscalizar y accountability¹⁴⁷. Las provincias son unicamerales, estando los Municipios subordinados a las Provincias. A diferencia de Brasil, en Canadá el gobierno central no tiene vínculos administrativos o financieros con el poder local o con los Municipios, quedando dicha vinculación dentro de la esfera de las provincias.

Desde su inicio, el modelo federativo canadiense fue centralizador, con amplios poderes al gobierno central y limitación a las provincias, pero con el advenimiento del estado de bienestar social se trasladó hacia un proceso descentralizador en que las provincias tienen más poder, resultando en la actualidad un modelo federalista con alto grado de autonomía. En cambio, la autonomía de los gobiernos locales es muy reducida.

¹⁴⁷ CAMPOS, Ana Maria. Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português? Revista da Administração Pública. Rio de Janeiro: FGV, fev./abr. 1990.



Otro factor que distingue al modelo canadiense es que la Constitución no estableció reglas respecto de las relaciones federativas, indicando un pequeño grado de institucionalización de las mismas, limitándose únicamente a las relaciones entre los gabinetes federal y provincial, originando así el llamado federalismo ejecutivo.

Inicialmente la federación poseía una estructura centralizadora basada en la Constitución de 1867, pero con el Acto Constitucional (Constitution Act) proclamada en 1982, fue posible modificar su constitución sin el consentimiento británico, anteriormente requerido. Con el nuevo texto constitucional hubo cambios en la distribución de poderes entre el gobierno central y las provincias.

Anteriormente, la Constitución de 1867 y con sus modificaciones en 1940, 1951, 1964 y 1982, contenía como regla general que todo lo que no estaba expresado en el texto constitucional como de competencia de las provincias era de competencia del gobierno federal. En la distribución de competencias existen: las competencias exclusivas pertenecientes al gobierno central y las provinciales; las competencias concurrentes, que en casos de conflictos el gobierno federal tiene la prioridad; y las residuales pertenecientes al gobierno federal con libertad de gastar en casos de interés nacional¹⁴⁸.

¹⁴⁸ PRADO, Sergio. Canadá - Finanças Federativas e Mecanismos de Equalização - IE UNICAMP - Versão preliminar, fev. de 2004. p. 21.



En el modelo federativo canadiense existe la previsión constitucional¹⁴⁹ (Sección 36 del Acto Constitucional) de responsabilizar a los entes federativos en la promoción del desarrollo económico como forma de atacar las desigualdades existentes en la federación. Uno de los instrumentos para reducir estas desigualdades son las transferencias de ingresos equalizadoras¹⁵⁰ que permiten ofrecer bienes y servicios públicos de calidad generando oportunidades igualitarias para la población.

Estas transferencias, conocidas también como recursos financieros de nivelación, y basadas en la capacidad fiscal de las provincias, auxilian a las provincias que tienen más dificultades financieras a través de transferencias incondicionadas del gobierno central para que se utilicen en la prestación de servicios públicos de calidad en lugares carenciados.

El federalismo asimétrico y cooperativo ha sufrido críticas a lo largo del tiempo por parte de las provincias (2002), alegando presión demográfica y falta de recursos para los gastos de salud y educación. En 2004 hubo una reforma con la

¹⁴⁹ Ato Constitucional de Canadá, 1982. Disponible en: <http://Laws.justice.gc.ca./eng/Const/Const/_index.html>. Acceso el: 24/08/2016.

¹⁵⁰ BOADWAY, Robin. How well is the equalization system reducing fiscal disparities? Queen's University, Kingston, 2004. p. 1.



creación de las transferencias con valores fijos pero no obtuvo buenos resultados (federación heterogénea), aumentando el desequilibrio entre los entes federativos.

Para solucionar este desequilibrio horizontal se realizó una revisión de los recursos financieros niveladores en 2005. En 2007 el programa de nivelación eligió como parámetro de distribución la capacidad fiscal *per capita* de las provincias. Las transferencias ecualizadoras presentan una función preponderante en la integridad federativa al promover el equilibrio mediante la ayuda a las provincias que poseen pocas fuentes de ingresos o de recursos naturales.

Debemos observar que el federalismo canadiense, a diferencia del federalismo alemán, no tiene transferencias horizontales sino sólo verticales, siendo costeadado únicamente por el gobierno central.

4.4 - FEDERALISMO FISCAL DE AUSTRALIA

Es parecido al federalismo fiscal de Canadá por tener un parlamento federal bicameral, un territorio muy amplio y presentar un programa de división de ingresos y gastos bien desarrollado, como también un sistema de transferencia de ingresos muy evolucionado tendiente a combatir las desigualdades entre las esferas de gobierno y entre las provincias o Estados miembros.



El texto constitucional de Australia atribuye al gobierno central, llamado Commonwealth, la competencia exclusiva sobre comercio, moneda, relaciones exteriores, defensa, inmigración y diversos programas sociales. A los Estados miembros se le atribuyeron, además de poderes en la gestión municipal, competencia en transporte, vivienda y seguridad pública, que ya habían sido sus atribuciones antes de la formación de la federación. Con relación a la salud y educación, el gobierno central y los Estados miembros son corresponsables de su mantenimiento.

El federalismo fiscal de Australia, a diferencia del federalismo canadiense, presenta una alta centralización¹⁵¹ de poder en la esfera del gobierno central registrando un histórico en que las relaciones intergubernamentales, tanto en la esfera política como en la financiera, son dictadas por el gobierno central. Recién en 1992, con la creación del Consejo de Gobernadores de Australia –COAG (Council of Australian Governments) los Estados miembros realizaron un foro, con la presencia del gobierno central, para discutir estas relaciones intergubernamentales.

Una característica importante del federalismo fiscal australiano es su régimen de división y ecualización de ingresos, considerado como uno de los mejores del mundo. La recaudación de los ingresos es muy centralizada, con un

¹⁵¹ PRADO, Sergio, Austrália – Partilha de recursos fiscais e sistemas de equalização. Fundação Getúlio Vargas/Fundação Konrad Adenauer, Campinas, 2005.p. 5.



gobierno central responsable de casi el 70% de los ingresos que se divide con los Estados miembros a través de las transferencias condicionadas e incondicionadas.

El gobierno central tiene competencia total para recaudar el impuesto a las ganancias de la persona física y jurídica debido a que los Estados miembros le transfirieron este poder. Con relación al impuesto sobre bienes y servicios, con la reforma tributaria del 2000, el mismo es recaudado por el gobierno central y transferido a los Estados miembros.

Debido a la concentración de ingresos por parte del gobierno central el federalismo australiano atraviesa un gran desequilibrio vertical que es minimizado por medio de las transferencias condicionadas e incondicionadas. Dicho desequilibrio se origina por el monopolio de la tributación sobre los ingresos y la prohibición a los Estados miembros de tributar los impuestos sobre el consumo, basados en la interpretación jurídica del texto constitucional.

En este marco, los Estados miembros dependen totalmente del gobierno central mediante las transferencias de ingresos para realizar su función pública. El sistema ecualizador financiero australiano sufrió muchas modificaciones a lo largo del tiempo, previsto en la constitución como un socorro financiero federal a los Estados miembros y en base a criterios establecidos por el gobierno central. La Comisión de Subvenciones de la Commonwealth –CGC– define el programa de ecualización como “los gobiernos estatales deben recibir



financiación de la Commonwealth de forma tal que, si cada uno hiciera el mismo esfuerzo para levantar recursos por medio de sus propias fuentes y operaran con el mismo nivel de eficiencia, todos tendrían la misma capacidad de proveer servicios con el mismo nivel.”¹⁵²

¹⁵² BOOTHE, Paul. Relações fiscais em países federais: Quatro artigos. **Fórum das federações**. Rede Internacional sobre Federalismo. P. 37.



5. FEDERALISMO FISCAL EN EL MERCOSUR

Antes de empezar con en el federalismo fiscal del Mercosur haremos una pequeña introducción histórica sobre el acuerdo del Cono Sur. Hace mucho tiempo, desde los siglos XVIII y XIX, ya se idealizaba una mejor integración latinoamericana, más precisamente del Cono Sur, y se realizaron varios acuerdos e intentos de integración.

El fin de la Guerra Fría y de los regímenes militares de Brasil y Argentina influyó en el movimiento de formación del bloque económico. Otro factor importante que lo impulsó fue el proceso de globalización¹⁵³ y sus innovaciones sociales, culturales, tecnológicas, económicas, adoptadas por la mayoría de los países, lo cual llevó a los Países del Cono Sur –Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay– a celebrar el llamado Mercosur.¹⁵⁴

Mediante el proceso de globalización hubo una transformación en las actividades comerciales del mundo y en las relaciones multilaterales entre los países, lo que implicó la creación de diversos acuerdos o tratados como la Unión Europea, NAFTA, etc. Este modelo de integración regional tiene como objetivo y fuerza impulsora, el aumento de la competitividad en el comercio exterior, proporcionando a sus integrantes un mayor diferencial en los resultados en el

¹⁵³ SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

¹⁵⁴ LAFER, Celso. **Globalização e regionalismo**. Carta Internacional, São Paulo, ano VI, nº 67, p. 12.



comercio mundial. Este incremento comercial proporciona a los participantes un mayor poder de negociación de sus productos con el consecuente aumento de la exportación y de sus economías.

Existen varios niveles de integración regional y la clasificación varía según la inclinación política de los componentes involucrados en la creación del Tratado. Hemos notado que en la doctrina los procesos de integración económica generalmente siguen un modelo de evolución y de complejidad definido de las siguientes formas: Preferencia Arancelaria; Zona de Libre Comercio; Unión Aduanera; Mercado Común; Unión Económica y Unión Monetaria.

Como consecuencia de la integración regional surgió el Mercado Común del Sur –Mercosur– el 26/03/1991, ratificado internacionalmente el 15/11/1995 por medio del Protocolo de Ouro Preto.¹⁵⁵ Formado inicialmente por Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay, tuvo excelentes resultados durante los primeros años, con una gran expansión de las negociaciones intra bloque. El éxito inicial llevó a que países como Chile, en 1996, y Bolivia, en 1997, se adhirieran como socios del Mercosur.

Todos los integrantes del bloque regional establecieron objetivos para llegar a la plena realización del mercado común. La actual unión

¹⁵⁵ WERTER R. Faria. Harmonização legislativa no Mercosul. Brasília: Senado Federal, **Subsecretaria de Edições Técnicas**; Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1995, p. 68-69.



aduanera en el Mercosur se encuentra muy lejos de los objetivos iniciales para lograr la completa integración del bloque. Obstáculos de orden político y tributario interno de cada uno de los integrantes han dificultado la concreción de las metas establecidas quedando distante del verdadero acuerdo de integración como lo es el de la Unión Europea.

Estas dificultades comenzaron en el momento de transformarse en zona de libre comercio¹⁵⁶ que, mediante tratados internacionales, permitió la circulación de mercaderías libremente pero sin acabar con la libertad que los países componentes poseen para realizar negociaciones con otras naciones ni con la existencia de listas de excepciones. Estos factores demuestran que la denominación del tratado como Mercado Común, con libertad económica de libre circulación de capitales, servicios y producción no se encuadra plenamente en el Mercosur.

En el Mercosur hubo diversos ciclos económicos. Hasta mediados de 1999 existió un ciclo favorable económica y políticamente para todos los participantes, es decir, para Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay. Con la crisis económica mundial, Brasil y Argentina comenzaron a sentir en sus economías internas la presión de las dificultades económicas que estremeció al comercio exterior.

¹⁵⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima. *Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso do MERCOSUL*. In: SCIENTIA IURIS: **Revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL**. v. 1, n. 1 (jul./dez.1997). Londrina: UEL, 1997, p. 102



Otro factor importante fueron los cambios de gobierno con la elección, después de los años 90, de nuevos presidentes de los países participantes del bloque económico. Estas nuevas conducciones políticas, sumadas a una coyuntura económica muy complicada, crearon muchas situaciones de hostilidad, principalmente entre las principales fuerzas –Brasil y Argentina–. En 2006, Paraguay y Uruguay demostraron que no aceptarían ser simples e insignificantes figuras en el bloque y que, si Brasil y Argentina no reconocían su importancia podrían dejar el Mercosur y firmar acuerdos comerciales con Estados Unidos.

Otro problema de orden político se produjo entre 2012 y 2013 con la destitución del Presidente de Paraguay, Fernando Lugo, mediante un golpe parlamentario que provocó la suspensión de Paraguay del Mercosur. Al mismo tiempo se aprobó la participación de Venezuela como integrante del bloque económico.

En la actualidad, Brasil, Argentina y Venezuela tienen serios problemas políticos, cambiarios e inflacionarios, lo que repercute en Paraguay y Uruguay debido a la brusca caída del volumen de exportaciones e importaciones del comercio interbloque. Vale resaltar que la crisis también es mundial y que superar este ciclo difícil manteniendo y renovando la estructura ha sido el esfuerzo realizado por los que componen el Mercosur.



Cumpliendo 25 años en 2016, Venezuela está atravesando un enorme problema de gobernabilidad, habiendo el Presidente Nicolás Maduro adoptado un régimen dictatorial, está enfrentando fuerte rechazos y dificultades para gobernar. En Brasil la Presidente Dilma Rousseff sufrió un proceso de Impeachment por el que fue destituida de una forma bastante controvertida, dejando dudas sobre la legalidad de su destitución por parte del Congreso Nacional.

Para agravar todavía más la situación del Mercosur, Argentina, Brasil y Paraguay no aceptan que Venezuela, que atraviesa una crisis política y, económica, principalmente por la dictadura impuesta por Nicolas Maduro, asuma la presidencia del Bloque comercial que por derecho pertenece a ese país luego de la gestión realizada por Uruguay. Los países contrarios a Venezuela analizan que haya una presidencia compartida con los participantes del Bloque Económico durante el mandato de los seis meses que pertenecen al gobierno venezolano mientras se resuelve la precaria situación vivida por la democracia de ese país.

Dejando un poco de lado los problemas políticos que asolan al Mercosur e introduciéndonos en los problemas comerciales, constatamos que Brasil y Argentina, principales economías del bloque, todavía crean barreras para la entrada y salida de mercaderías. La crisis comercial y económica se potencia con la desigualdad cambiaria y económica que viven los integrantes del bloque



económico, lo que hace caer profundamente el desempeño de las relaciones comerciales del Mercosur.

Para no referirnos solamente a los factores negativos dentro del Bloque Económico, citaremos algunos puntos positivos ocurridos entre 2004 y 2006 para lograr la Unión Económica. Como prioridad fue puesta en la agenda la discusión sobre "las asimetrías" y también la creación del FOCEM –Fondo para la Convergencia Estructural y Fortalecimiento Institucional del Mercosur– y del Grupo de Integración Productiva (2007).¹⁵⁷

Ya se ha hecho mucho pero todavía hay un largo camino por recorrer para la realización y consolidación del Mercosur como integración regional, principalmente con la creación de un Tribunal supranacional con poderes de resolución de conflictos y barreras que garanticen la transformación del Mercosur, no sólo como Mercado Común sino como Unión Económica.¹⁵⁸ Otra medida urgente sería eliminar las diferencias tributarias¹⁵⁹ entre los integrantes con armonía tributaria entre estos países.

¹⁵⁷ CASTRO, Maria Silvia Portela de. Que papel poderia ter o Mercosul neste momento? Grupo de Reflexão sobre Relações Internacionais — **Carta Capital** - publicado 05/03/2015.

¹⁵⁸ AGUINIS, Ana Maria M. de. **Empresas e inversiones em el MERCOSUR**: sociedades y 'joint ventures'; establecimiento de sucursal y filial; inversiones extranjeras; impuestos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 14.

¹⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**.9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 320.



Percibimos que la participación en el bloque regional internacional presenta algunos aspectos positivos, como el aumento de divisas del comercio exterior y una mayor interacción sociocultural. Sin embargo, también tiene puntos negativos, como el surgimiento de conflictos internos dentro de la federación con desigualdades regionales. Según Luiz Dias Martins Filho:¹⁶⁰

"El federalismo fiscal presupone una división constitucional de competencias tributario-fiscales, una distribución de ingresos ecuánime y proporcional y equilibrio entre las competencias, atribuciones e ingresos delimitados constitucionalmente. Pensamos que, en la actualidad, las federaciones, como consecuencia de tales tendencias e influencias internacionales, están gestando el desarrollo de nuevos mecanismos de control y el ejercicio de poder entre los propios entes federados, como si se estuviera construyendo, en el interior de la federación, un sistema de frenos y contrapesos tributario-fiscales. Así, un nuevo federalismo fiscal, además de tratar y preservar la autonomía de los entes federados, del equilibrio federativo, debe, asimismo, conciliar la armonización tributaria con eficiencia económica y cooperación intergubernamental".

5.1 FEDERALISMO FISCAL BRASILEÑO Y SUS DESIGUALDADES REGIONALES

5.1.1 RESEÑA DEL FEDERALISMO FISCAL Y SUS DESIGUALDADES

¹⁶⁰ MARTINS FILHO, L. D. **O federalismo fiscal brasileiro sob a ótica da integração econômica internacional.** Cad. Fin. Públ., Brasília, n.8, dez.2007. p. 72.



La triste realidad en que se encuentran algunas federaciones como Estados Unidos, país del primer mundo o desarrollado, con la presencia de grandes contrastes sociales, riqueza y pobreza en regiones de una misma federación, con índices de concentración de ingresos cada vez más altos, con pobres cada vez más pobres y ricos cada vez más ricos.

Estos desequilibrios en la concentración del ingreso demuestran que tal irregularidad ocasiona conflictos de orden social, político y cultural que se deben eliminar del modelo federativo mediante políticas de inclusión que lleven a una mejor distribución de ingresos y a la posibilidad de oportunidades para cada ciudadano.

En el caso brasileño, con grandes desigualdades regionales económicas, sociales, culturales, permanecemos aún, desde 1889, con el cambio de Estado Unitario a modelo federalista, con contrastes de ciudades con un alto Índice de Desarrollo Humano –IDH– en detrimento de otras ciudades con profundos problemas que necesitan una mirada diferente por parte de los gobernantes para poder disminuir las desigualdades. No se puede negar que estamos reduciéndolas con mejoras sociales, económicas, y principalmente con políticas para el desarrollo regional como incentivos fiscales, pero no han sido suficientes como para reducir aún más dichas diferencias regionales.



Existen inmensas distorsiones regionales, divididas en dos polos de desarrollo económico y social. Por un lado se encuentra el polo formado por las regiones Sur y Sudeste, con elevados índices de desarrollo humano –IDH– entre sus estados componentes, y por el otro lado el polo formado por las regiones Norte y Nordeste con un muy bajo IDH.

Uno de los motivos de la enorme brecha entre estos dos polos regionales es la incapacidad de algunos Estados miembros de ofrecer, con calidad y cantidad, bienes y servicios públicos que proporcionen oportunidades de desarrollo a los habitantes de la región. Esta incapacidad de ofrecer bienes y servicios de calidad es una gran barrera para el desarrollo de los Estados miembros y municipios que pertenecen a las regiones Norte y Nordeste.

La financiación de los servicios públicos prestados a la población es el diferencial para los entes federativos más pobres, ya que sus insuficientes recaudaciones imposibilitan esta financiación, forzando una dependencia por transferencias del gobierno federal (Unión) para la oferta de bienes y servicios públicos de calidad para la sociedad.



La falta de servicios públicos de calidad como en el área de salud y educación¹⁶¹ hace que resulte imposible reducir estas disparidades regionales. Cómo combatir definitivamente estas causas ya lo sabemos y no es el problema, lo que falta es voluntad política, por parte de nuestros gobernantes, de aumentar las transferencias de ingresos ecualizadores como meta para la obtención de un mayor equilibrio federativo y la reducción de las desigualdades regionales.

5.1.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS

Dentro de la reseña del federalismo fiscal brasileño hemos verificado que no existen problemas de orden religioso, cultural ni étnico en su formación, a diferencia de otros países. Aun como Estado Unitario y con la monarquía hubo un proceso de centralización sólo como forma –y con el objetivo– de garantizar la integridad nacional.

- CONSTITUCIÓN DE 1891

Incluso con el modelo federativo de 1891 y la disolución del Estado Unitario,¹⁶² Brasil ya presentaba problemas de desigualdades regionales debido a las dimensiones continentales de la federación. En la elaboración del primer texto

¹⁶¹ ARAÚJO, T. P e LIMA, R. A. As desigualdades regionais do mercado de trabalho. **Valor Econômico**, 18 abr. 2006. p. 12.

¹⁶² CARVALHO, José Murilo de. O Federalismo Brasileiro em Perspectiva Histórica. Rio de Janeiro, Mimeo, 1994. p. 37.



constitucional federativo brasileño en 1891¹⁶³, que estuvo vigente en la Primera República y sus principales autores fueron Rui Barbosa y Prudente de Morais, constatamos una fuerte inspiración en las constituciones norteamericana, argentina y suiza.

En el texto constitucional de 1891 hubo una gran influencia de los ideales liberales, como descentralización y autonomía de los entes federativos. Uno de los más candentes temas discutidos en la elaboración de la Carta Magna fue la división de poderes, prevaleciendo la descentralización con una gran autonomía de los Estados miembros, llamados anteriormente provincias y municipios. Con similitudes al federalismo norteamericano, se permitió que los entes federativos se organizaran de acuerdo a sus intereses comunes, respetando las reglas constitucionales.

Según Francisco Oliveira¹⁶⁴ la forma federativa fue impuesta unilateralmente mediante el golpe militar y la proclamación de la República el 15 de noviembre de 1889, toda vez que los Estados miembros, antiguas provincias, no participaron efectivamente en la adopción del federalismo. Por ello, debido a la falta

¹⁶³ BITAR, Orlando. Federalismo solidário e desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**, v.11, nº 42, abr./jun. de 1974, p. 44.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Francisco de. A Crise da Federação: da Oligarquia à Globalização. In: Affonso, Rui de Britto Álvares & Silva, Pedro Luiz Barros (Orgs.), A Federação em Perspectiva: **Ensaios Selecionados**. São Paulo: FUNDAP, 1995. p. 77-78.



de participación directa de los Estados miembros, algunos autores denominan al modelo adoptado como federalismo pragmático porque no contiene los presupuestos de cooperación y solidaridad dividiendo las funciones gubernamentales entre los entes federativos y sí contienen un interés privado inmediato.

Ya en el primer ciclo, la federación brasileña fue muy descentralizada, con bastante autonomía para los Estados miembros, tanto en la esfera política como en la fiscal, con competencia en el comercio interno y externo, en detrimento del gobierno central que había perdido una significativa parte de sus competencias tributarias.

Aún en el Imperio, con respecto a la economía brasileña, los impuestos al comercio exterior, principal fuente de ingresos públicos, se encontraban bajo el dominio de la esfera federal. Con la adopción del federalismo se realizaron muy pocas modificaciones en la estructura del sistema tributario brasileño en la Constitución del 24 de febrero de 1891, incluso con el régimen de separación de las fuentes tributarias, impuestos exclusivos para la Unión y para los Estados miembros.

Como novedad, el federalismo presentaba dualidad federal y de la justicia y una mayor transferencia de ingresos a los Estados miembros y municipios,



proporcionando una más amplia autonomía fiscal.¹⁶⁵ Con la descentralización el gobierno federal perdió ingresos, como el impuesto de exportación que fue transferido a los Estados miembros.

Con la competencia sobre las exportaciones, posesión y transmisión de propiedades rurales y urbanas, industrias y profesiones, los Estados miembros adquirieron el derecho de cobrar tributos, también el impuesto de sellos y contribuciones postales interestatales. Otra función de los Estados miembros era fijar los impuestos de competencia de los municipios proporcionando cierta autonomía.

Es importante mencionar respecto de la falta de impuestos sobre la renta y el consumo, con la excepción del tabaco, único producto por el que existía un impuesto nacional sobre su consumo. Recién en 1922 se creó el impuesto de ventas mercantiles, posteriormente llamado impuesto de ventas y consignaciones, cuya atribución resultó ser de los Estados miembros e incidía sobre el consumo de bienes. Sobre los ingresos, recién en 1924 se instituyó un impuesto de renta general.

166

¹⁶⁵ OLIVEIRA, F. A. DE, **Teorias da Federação e do Federalismo Fiscal**: o caso brasileiro. EG/FJP, Belo Horizonte, dez. de 2007. p. 34.

¹⁶⁶ VARSANO, Ricardo. **A Evolução do Sistema Tributário Brasileiro ao Longo do Século**: Anotações e Reflexões para Futuras Reformas. Texto para discussão n° 405. Brasília: IPEA. 1996. p. 2



En este período federativo de 1891 a 1930, reconocido en la doctrina como federalismo competitivo por su semejanza con la estructura “dual” de poder, se fortalecieron las oligarquías estatales¹⁶⁷ formadas por familias tradicionales que dirigían la política del estado.

Con relación a la competencia de la esfera federal, adquirieron el derecho de recaudar los impuestos a las importaciones, los derechos de la navegación, impuesto de sellos y contribuciones postales de los correos y telégrafos federales. Como esta estructura tributaria, que incluía a los impuestos a la importación y exportación, estaba dispuesta en esferas de gobierno distintas, quedaba demostrada entonces la falta de cooperación entre los entes federativos de la República Vieja (1889-1930).

El marco nacional de la economía presentaba al sudeste como exportador de café (Minas Gerais, Río de Janeiro y San Pablo), al sur como exportador de carne vacuna, al nordeste como exportador de algodón y a Amazonas como exportador de caucho. Todos tenían los mismos intereses pero no eran suficientemente fuertes como para hacer que los Estados miembros cooperaran con otros sectores.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, F. Op. cit., p. 81-82.



El predominio del ciclo económico del café, comandado por los estados de San Pablo y Minas Gerais, implicó la fuerza política nacional dominante de estos estados, lo que causó una gran desigualdad ¹⁶⁸ y el descontento entre otros estados. Este descontento entre los Estados miembros generó disputas de poder y conflictos que desembocaron en las elecciones de 1930 y dieron lugar a la dictadura del Estado Nuevo de Getúlio Vargas.

Son diversos los factores que contribuyeron al deterioro del federalismo descentralizado de la República Vieja: el inicio de la Primera Guerra Mundial, la caída del comercio exterior y la Revolución de 1930. La política de las oligarquías de los Estados miembros deja de tener influencia en el control del escenario nacional. Los Estados miembros pierden la competencia de legislar sobre impuestos de comercio exterior e interior pero mantienen la competencia de recaudarlos.

- CONSTITUCIÓN DE 1934

En el período de la República Vieja se produjo la mayor descentralización fiscal de la historia del federalismo fiscal brasileño y el fin de este ciclo ocurrió con la Revolución de 1930. Con la centralización fiscal que siguió

¹⁶⁸ ¹⁶⁸ BERCOVICI, Gilberto. Percalços na formação do federalismo no Brasil. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 32, ago./nov. 2001. p. 50.



surgen las primeras transferencias de ingresos entre las esferas de gobierno, característica que mejor identifica la estructura de un sistema de federalismo fiscal.

Con la caída de los ingresos por parte de los Estados miembros comenzaron las transferencias o compensaciones de ingresos fiscales por el gobierno central en función de la centralización fiscal. La constitución de 1934 estableció la creación de nuevos impuestos por parte del gobierno central y Estados miembros, siempre que los ingresos recaudados por los Estados miembros se dividieran con el gobierno central y los municipios.

Con la nueva Constitución de 1934 ¹⁶⁹ se establecieron cambios en el área tributaria, como la institución de impuestos de carácter nacional. Los Estados miembros y los municipios obtuvieron competencia exclusiva para cobrar tributos y así los impuestos internos sobre el producto lograron más importancia que los impuestos sobre comercio exterior. Los municipios adquirieron competencia exclusiva, como por ejemplo: impuestos de licencias, impuestos predial y territorial urbano –IPTU–, impuestos sobre diversiones públicas y el impuesto cedular sobre la venta de inmuebles rurales, como también tasas por servicios públicos municipales.

¹⁶⁹ VARSANO, Ricardo. Op. cit.,p. 3.



Entre el período de 1930 a 1946 el federalismo brasileño presenció una centralización de poder político¹⁷⁰ en el ámbito del gobierno central y el debilitamiento de las oligarquías de los Estados miembros. Pero con relación al área fiscal fue lo contrario, los Estados miembros tuvieron un aumento en la participación de la torta de los ingresos totales del gobierno.

- CONSTITUCIÓN DE 1937

Con la caída de la bolsa de valores de Nueva York, en 1929, y la crisis económica mundial, el gobierno central financió la estructura de la cafcultora. Con la compra y liquidación de las enormes existencias de café, el gobierno central comenzó a dictar las reglas del federalismo fiscal brasileño con la centralización del poder. En la Constitución de 1937, impuesta a través del golpe e implementación del Estado Nuevo, no hubo modificaciones importantes del sistema tributario, excepto el hecho de que los Estados miembros ya no tenían competencia privativa de los impuestos sobre el consumo de combustibles de motor a explosión; y los municipios perdieron la competencia sobre la renta de las propiedades rurales.

- CONSTITUCIÓN DE 1946

El término de la Segunda Guerra Mundial y la caída de los regímenes totalitarios contribuyeron para el fin del autoritarismo de la era Vargas con nuevas elecciones libres y la garantía del regreso de la democracia al país con la elaboración

¹⁷⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. New York: The Macmillan Company, 1942, p. 52.



de la Constitución de 1946. En el nuevo texto constitucional nuevamente se verificó el surgimiento de los pensamientos liberales y el movimiento de descentralización de poderes. En este período democrático, que se extiende desde 1946 a 1964, el federalismo brasileño entró una vez más en el ciclo de descentralización, con el debilitamiento del poder central y el fortalecimiento de los Estados miembros.

Entre las novedades en el área del federalismo fiscal destacamos una mayor autonomía financiera para los gobiernos locales (municipios) y la creación de un programa de transferencias de ingresos intergubernamentales, programa éste que resultó una importante característica del federalismo brasileño como forma de minimizar las desigualdades regionales, basado en el pensamiento del modelo federativo de cooperación.¹⁷¹

La caída de los regímenes autoritarios y el fin de la II Guerra Mundial ayudaron en el deterioro del régimen autoritario de la era Vargas, el 29 de octubre de 1945. Con el retorno de la democracia establecido por la nueva constitución de 1946 también comienza un nuevo ciclo de descentralización de poder, con mayor autonomía de los municipios que empiezan a tener competencia sobre el impuesto de sellos municipales y la competencia exclusiva del impuesto sobre industrias y profesiones. Además de que los municipios, con excepción de las

¹⁷¹ BERCOVICI, Gilberto. Percalços na formação do federalismo no Brasil. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 32, ago./nov. 2001. p. 52.



capitales, adquirieron el derecho de recibir el 10% del Impuesto de Renta recaudado por el gobierno federal entre los contribuyentes pertenecientes a estos.

Otra novedad fue el impuesto único sobre combustibles, lubricantes, energía eléctrica y minerales, de competencia del gobierno central, que a partir de 1948 el 12% de su recaudación pasó a los municipios. Con relación a los Estados miembros, con la Constitución de 1946 perdieron la competencia del impuesto de industria y profesiones y se fijó en el 5% la alícuota del impuesto de exportación. También se volvió con la competencia residual que obliga a los Estados miembros, en un nuevo impuesto creado, a dividir sus ingresos (20% y 40%) con otros entes federativos (gobierno central y municipio).

Otra novedad registrada en la Constitución de 1946 fue la creación del fondo constitucional, en el que parte de la recaudación del gobierno central era distribuida como compensaciones fiscales para regiones más pobres del país, como el Norte y el Nordeste. Con la Constitución de 1946 hubo un mayor proceso de descentralización de las transferencias aunque también se exigió que estas transferencias estuvieran vinculadas ¹⁷² con determinados gastos, lo que significó una disminución en la eficiencia de los municipios en la asignación de los recursos.

Con la sustitución de la matriz económica, fundamentada en la agricultura de exportación y concentrada en los estados del Centro-Sur, y con el

¹⁷² VARSANO, Ricardo. Op. cit., p. 6.



Nordeste que no tenía condiciones de competir con esta agricultura, surge la matriz económica de la industrialización que generó un proceso de concentración centrífuga del espacio federativo.

Como consecuencia del proceso de industrialización y concentración espacial de la actividad económica surge una centralización fiscal ¹⁷³en el federalismo fiscal brasileño y con la misma una relación de subordinación y dependencia de los Estados miembros, debilitados económicamente, del gobierno central. Se registra una migración de la mano de obra del nordeste brasileño hacia el eje Sur-Sudeste.

Como forma de combatir las desigualdades regionales se creó el fondo constitucional para las regiones Norte y Nordeste y la Superintendencia de Desarrollo del Nordeste –SUDENE– cuyo objetivo era promover una mejor integración de la región Nordeste con el resto del país a través de incentivos fiscales y transferencias de ingresos.

Para terminar con las grandes diferencias, en términos porcentuales de ingresos entre las esferas de gobierno, principalmente con respecto a los municipios, se hizo una transferencia, en 1961, del 10% de los ingresos del

¹⁷³ OLIVEIRA, Francisco de. Op. cit., p. 83.



impuesto sobre consumo y el incremento del 10% al 15% del monto a transferir del Impuesto de Renta de competencia del gobierno central a los municipios. El ITBI –impuesto sobre la transmisión de propiedades inter vivos– y el ITR –impuesto sobre la propiedad territorial rural– pasaron de la competencia de los Estados miembros a la de los municipios.

Con el golpe militar de 1964 cambió la competencia del ITR que pasó al gobierno central pero toda su recaudación era transferida a los municipios. Vale destacar que no había fiscalización ni legislación que aplicara puniciones en aquella época, por lo cual algunos Estados miembros no transferían el 30% de exceso de los ingresos a lo que tenían derecho los municipios. Con la descentralización en favor de una mayor autonomía de los municipios, principalmente de los ingresos del porcentaje del Impuesto de Renta, un gran volumen de nuevos municipios no tendría fuente de recaudación propia, lo que provocaba que muchos de ellos dependieran excesivamente de las transferencias de ingresos de otros entes federativos.

Entre 1960 y 1963 la estructura del federalismo brasileño estipulado por la Constitución de 1946 enfrentó un aumento de los gastos sin el correspondiente aumento de los ingresos, lo que dificultó el modelo fiscal vigente.



Surgieron entonces las primeras críticas a la alta carga tributaria sobre el sector productivo con los nuevos aumentos del Impuesto a las Ganancias de Persona Jurídica –IRPJ–. Comenzó a haber presiones para la realización urgente de una reforma tributaria que implicara una nueva distribución de ingresos entre los entes federativos. El objetivo era garantizar una mejor armonización e integración del sistema tributario por medio de la unificación, sustitución y eliminación de algunos impuestos con el fin de reducir la carga tributaria.

Cuando se discutían los cambios tributarios a implementar para disminuir la presión fiscal entre los entes federativos, nuevos acontecimientos políticos hicieron estremecer la estabilidad federativa brasileña, se produjo entonces el Golpe Militar de 1964 poniéndole fin a la recién iniciada reforma tributaria descentralizadora que reduciría las desigualdades regionales. Con el proceso de la dictadura militar, el ciclo del federalismo fiscal brasileño deja de existir y pasa a ser el ciclo de mayor centralización de poder en la esfera federal.

- CONSTITUCIÓN DE 1967

Con el Golpe militar de 1964 se realizó una reforma tributaria cuyas novedades eran: el Impuesto sobre Productos Industrializados –IPI– en sustitución del antiguo impuesto de consumo que permitió el fin de los impuestos acumulativos y sus efectos en cascada; revisiones y simplificaciones del Impuesto de Renta –IR– que generó un aumento en la recaudación; centralización en la esfera federal de todos los impuestos como del comercio exterior y operaciones financieras, con



excepción del Impuesto sobre la Circulación de Mercaderías –ICM– de competencia de los Estados miembros, y del Impuesto Sobre Servicios –ISS– de competencia de los municipios.

El objetivo de la reforma fiscal era generar crecimiento económico mediante un sistema tributario simple y racional, en el que parte de los ingresos de algunos impuestos sobre la renta y sobre Productos Industrializados se transfieran a los entes federativos a través de los Fondos de Participación de los Estados (FPE) y de los Municipios (FPM) y la creación del Fondo Especial (FE) que obtenía el 2% de la recaudación del IR y del IPI, cuya distribución quedaba a cargo unilateralmente del gobierno central.

Otra novedad interesante fue que el gobierno federal obligó a vincular los ingresos propios, como también los de los Fondos de Participación, a los gastos de los Estados miembros y municipios. Aun con buenas intenciones de los gobiernos militares, la toma de decisión se centralizaba en la esfera federal. Las inversiones solamente se realizaban mediante incentivos fiscales, a pesar de la confianza en la iniciativa privada y en las leyes de la economía de mercado.

Así fue como SUDENE se transformó en una entidad autárquica federal, liberando inversiones a través de incentivos fiscales para el Nordeste. Estas liberaciones de incentivos fiscales eran, la mayoría de las veces, concedidas sin la



rendición de cuentas y fiscalización de su efectiva realización, lo que derivó en diversos escándalos de desvíos de recursos y desvirtuando, de esta manera, la finalidad de SUDENE de reducir las desigualdades regionales.

Una nueva modalidad de disputa tributaria surgió con los Estados miembros más carenciados, concediendo beneficios fiscales en el intento de atraer inversiones privadas en su territorio, con la finalidad de crear puestos de empleo y mejorar su economía. Esto fue llamado "guerra fiscal", donde había muchos conflictos entre los mismos Estados miembros. Tales beneficios fiscales estimularon el desplazamiento de diversas industrias que cerraban sus puertas en un estado miembro y se mudaban a otro que tuviera alguna ventaja fiscal, como la exención de impuestos.

Con el Acto Institucional nº 5, en 1968, hubo un proceso de centralización aún mayor en la esfera federal. Esto dificultó la relación con la iniciativa privada en lo que se refiere al uso sin control de los incentivos fiscales desvirtuando su verdadera función. Con el objetivo de aumentar la recaudación, el gobierno federal creó la contribución para el Programa de Integración Social (PIS) cuyo método acumulativo resultaba muy perjudicial para la cadena tributaria.

Con estas modificaciones se produjo un aumento de ingresos concentrado en la esfera federal, entre 1960 y 1970. Durante el período llamado



“Milagro Económico” existía insatisfacción por parte de los Estados miembros y municipios porque tenían un bajo cuadro de ingresos que empeoró con el término de dicho ciclo económico. Ante tal panorama que implicaba el incremento de la insatisfacción general, durante el mayor ciclo de centralización fiscal de Brasil, el gobierno central redujo esta centralización mediante el aumento de los ingresos de las transferencias de los Fondos de Participaciones de los Estados y Municipios. Otra medida para disminuir las desigualdades regionales y distender la concentración tributaria fue la creación del Fondo de Inversiones del Nordeste – Finor–.

Con el fin del período militar y a pesar de las buenas intenciones de reducción de la estructura fiscal estimulando el crecimiento económico, el gobierno federal no obtuvo buenos resultados frente a la crisis económica en toda Latinoamérica, lo que dificultó todavía más el cuadro de desigualdades regionales de Brasil.

Con la presión por el aumento de las transferencias y de la competencia tributaria, los Estados miembros y municipios lograron ampliar su capacidad de recaudación y, por consiguiente, se produjo una pérdida de recaudación por parte de la Unión. Como consecuencia de la baja recaudación de ingresos, en la década de 1980, surgieron en el sistema tributario brasileño las Contribuciones Sociales creadas por el gobierno federal con la intención de



aumentar su recaudación. Dejó de existir la obligación constitucional de repartir estos ingresos con los otros entes federativos, ya que el nuevo instrumento recaudador era denominado "Contribución" y no "Impuesto". El Fondo de Financiación Social –Finsocial– cuyo método era acumulativo y su destino no vinculante.

- CONSTITUCIÓN DE 1988

Con la conformación de la Asamblea Constituyente en 1987 se verificaron cambios en el sistema tributario con sesgo más político que técnico, a pesar de ser democrática, y sin tener ninguna referencia a seguir. Como se inició sin tener referencias sufrió varias influencias que la mayoría de las veces no se correspondía con la realidad de la crisis fiscal experimentada en aquella década. Ante este marco, el nuevo sistema tributario de la Constitución Federal de 1988 presenta las mismas deficiencias e incongruencias de los modelos anteriores.

A pesar de que la característica principal de la Constitución de 1988 era la descentralización, no hubo, en su elaboración, la necesaria atención al real tamaño del Estado ni responsabilidad en la división de competencias entre los entes federativos. Dentro de esta situación fue creado un federalismo fiscal utópico, fuera de la realidad ya que existían muchos derechos para pocos ingresos.



Como características tributarias de la constitución descentralizada de 1988 podemos citar los Estados miembros y municipios con mayor competencia y autonomía, aunque también con mayores obligaciones transmitidas por el gobierno central. Fue creado el nuevo Impuesto sobre la Circulación de Mercaderías y prestación de Servicios de transporte interestatal e intermunicipal, y el de comunicación (ICMS) de competencia estatal, prohibidas las exenciones y restricciones/condiciones en las transferencias de recursos por parte del gobierno central a los Estados miembros y municipios.

Para el combate de las desigualdades regionales, el texto constitucional de 1988 creó los fondos constitucionales de financiación con el porcentaje del 3% sobre el Impuesto a las Ganancias (IR) y del 3% sobre el Impuesto sobre Productos Industrializados (IPI), en los cuales del total recaudado el 60% se transferiría a la región Nordeste, el 20% a la región Norte y el 20% a la región Centro-Oeste.

Con relación a las transferencias del gobierno central a los Estados miembros (Fondo de Participación de Estados –FPE–) y a los municipios (Fondo de Participación de los Municipios –FPM–) tuvieron un incremento, como también las transferencias de los Estados miembros a los municipios a través de las nuevas reglas de cuotas del nuevo ICMS.



La gran cuestión planteada sobre la nueva estructura del federalismo fiscal presentada por la Constitución brasileña de 1988 se refiere a la forma en que se trataron las transferencias de las cargas realizada por el gobierno central a los Estados miembros y municipios. La Asamblea Constituyente, al realizar el esbozo del texto constitucional, no prestó atención a la relación ingresos y gastos de las nuevas cargas asumidas por los Estados miembros y municipios.

Los constituyentes brasileños de 1987 se olvidaron de vincular estas nuevas cargas a las transferencias de ingresos, por un período provisorio, que permitiera que los entes federativos se adecuaran a esta nueva realidad. Tales recursos llegaron a ser idealizados por medio de un fondo social pero la idea se dejó de lado debido a que dichos recursos fueran reenviados al sistema de seguridad social a través de la Contribución para la Financiación de la Seguridad Social – COFINS–, que tiene como punto negativo el sistema de acumulación, es decir, la contribución que incide para toda la cadena productiva.

Después de la promulgación de la Constitución descentralizada de 1988 el gobierno central enfrentó un período con índices de ingresos muy bajos ocasionado por la situación fiscal que atravesaba, ya que hubo una gran transferencia de competencias tributarias y sus respectivos ingresos hacia los Estados miembros y municipios y un vaciamiento de ingresos de competencia del gobierno federal. Para corregir tales distorsiones, el gobierno federal creó la



Contribución Social, no teniendo la obligación de repartir los ingresos recaudados con los Estados miembros y municipios.

5.2 FEDERALISMO FISCAL ARGENTINO Y SUS DESIGUALDADES REGIONALES

5.2.1 RESEÑA

El federalismo argentino tiene una estructura más antigua que la federación brasileña y adoptó un modelo de federación por asociación con la unión de las provincias independientes formando una federación. A comienzos de 1536, con la colonización realizada por los españoles en la región del Río de la Plata surge el Real de Nuestra Señora Santa María del Buen Ayre como hito histórico que dio origen a la ciudad de Buenos Aires.

En 1806, la ciudad de Buenos Aires fue invadida por los ingleses y la expulsión de su territorio se convirtió un de los hitos que dio inicio a su independencia, y que se concretó, a través del Congreso de Tucumán, el 9 de julio de 1816. Con la derrota de los españoles y el fin de la colonización surgió un conflicto sobre qué tipo de Estado sería adoptado por Argentina, si el Unitario o el Federal.



Con el impasse sobre el tipo de Estado, en 1819 apareció una Constitución que debido a la división política de la época no fue acatada por las provincias¹⁷⁴. En 1826, con característica centralista y con el fortalecimiento de Buenos Aires, se adoptó una Constitución que posibilitó la estructura de Argentina como federación pero al mismo tiempo provocó muchas críticas de las otras provincias que no la aceptaron y continuaron permaneciendo en el impasse político.

Otro documento importante fue la celebración del Pacto Federal de 1831 que establecía el esbozo de la confederación argentina, en el que las provincias aceptaban mantener un ambiente de unión y paz como forma de contraponer la fuerza de Buenos Aires, que por su posición geográfica con relación al Río de la Plata, mantenía una hegemonía en el control del puerto y de las exportaciones de los productos de las provincias.

De esta forma, las provincias¹⁷⁵ vivieron un período de 40 años de autonomía y conflictos hasta que surgió el Acuerdo de San Nicolás que mediante la Convención, en noviembre de 1852, fue elaborada y celebrada la primera Constitución de Argentina por los convencionales de Santa Fe¹⁷⁶ en 1853. En base

¹⁷⁴ DONGHI, Tulio Halperin. *História da América Latina*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 81.

¹⁷⁵ BECÚ, Ricardo Zorraquín. *El Federalismo Argentino*. Buenos Aires: La Torre de Babel Editorial Perrot, 1958, p. 124.

¹⁷⁶ DONGHI, Tulio Halperin. *História da América Latina*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 144.; SPOTA, Alberto Antonio. *Confederación y Estado Federal - Conceptos y esenciales similitudes*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976. p. 21.



a esos fundamentos históricos Argentina tenía un régimen con dos esferas de soberanía y de poder compuesto por el estado federal y las provincias¹⁷⁷. Durante el siglo XIX la idea de soberanía por parte de las provincias se disipó y en su lugar sobrevino la autonomía¹⁷⁸.

Como hemos visto, la estructura federalista de Argentina no fue una decisión uniforme por parte de las provincias y su establecimiento se dio por la promesa de disminución de las desigualdades regionales existentes desde la época de la colonización y con ello las provincias¹⁷⁹ se tranquilizaron. Había dos polos políticos antagónicos: por un lado estaban los federalistas que querían establecer un Estado confederado o federado con autonomía para las provincias, y por el otro lado se encontraban los que querían establecer un Estado Nacional con características unitarias y centralizado, teniendo a Buenos Aires como centro político¹⁸⁰.

En realidad tal apaciguamiento no se produjo de inmediato, el federalismo tenía más fuerza en determinadas regiones en detrimento de otras. Esta falta de uniformidad foi explicada por Buenos Aires que no aceptó formar parte de

¹⁷⁷ BONAUDO, Marta. Federalismo: El Caso Argentino en los siglos XIX y XX. In: HEINZ, M. Flávio & HERRLEIN JR. Ronaldo (orgs). Histórias regionais do Cone Sul. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. p. 45-57.

¹⁷⁸ PADOIN, Maria Medianeira. Federalismo gaúcho: fronteira platina, direito e revolução. São Paulo: Companhia Editora Nacional. (Coleção brasileira novos estudos; v. 3), 2001. p. 36.

¹⁷⁹ BECÚ, Ricardo Zorraquín. El Federalismo Argentino. Buenos Aires: La Torre de Babel Editorial Perrot, 1958. p. 127.

¹⁸⁰ GOLDMAN, Noemí. Las Orígenes del federalismo rioplatense (1820-1831). In: _____. (Dir). Revolución, república, confederación: 1806-1852. 2 ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2005. p. 21-66.



la federación a través de la Constitución de 1853 y se mantuvo autónoma hasta 1859.

En 1860, después de varias discusiones y batallas, se estableció un nuevo Congreso nacional, incorporándose diversos dispositivos en la Constitución de 1853 que hicieron que Buenos Aires aceptara formar parte de la estructura federativa de Argentina después de la Batalla de Cepeda (1859) en que la Confederación derrotó a Buenos Aires. Más tarde (1862) Buenos Aires fue vencedora en la Batalla de Pavón, ratificando su hegemonía ante las otras provincias.

Hemos constatado muchas similitudes en la creación del federalismo argentino con el modelo americano, principalmente en el texto constitucional de la Carta de 1853¹⁸¹, que concedía autonomía e independencia a las provincia y se llamaba "*Constitución de la Confederación Argentina*", con el texto constitucional reformado de 1860 se denominó "*Constitución de la República Argentina*"¹⁸² demostrando expresamente su carácter federativo.

¹⁸¹ DEMICHELI, Alberto. Origen federal Argentino - Sus bases iniciales definitivas, Buenos Aires, Depalma, 1962. p. 75.

¹⁸² CAVALCANTI, Amaro. Regimen Federativo e a República Brasileira. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900. p. 27.



Tal como el federalismo de Estados Unidos, el federalismo argentino se inició por la asociación de las provincias que aceptaron estar regidas por un gobierno federal, pero para que esto ocurriera se impusieron varias cláusulas condicionantes para la concreción del federalismo en Argentina, a saber: mantener las características políticas locales, garantías para el desarrollo de las industrias locales y la navegación libre en sus ríos¹⁸³.

En un proceso lento el gobierno federal fue adquiriendo más poder en detrimento de la garantía de autonomía y riquezas de las provincias, lo que llevó a un crecimiento desordenado de las distintas regiones. El temor de las provincias alejadas del centro político y de la capital de perder, en el transcurso del tiempo, la autonomía a la que se asociaban por medio de una federación terminó concretándose con el fortalecimiento y el uso de privilegios para las provincias cercanas a la capital.

Entonces, para que la federación argentina realmente se concretara fue necesario que las provincias más distantes del centro político y de la capital cedieran una parte importante de su autonomía para que Buenos Aires aceptara formar parte integrante de la federación. Existía una grande rivalidad entre las

¹⁸³ BECÚ, Ricardo Zorraquín. El Federalismo Argentino. Buenos Aires: La Torre de Babel Editorial Perrot, 1958, p. 202.



provincias del interior y las de la región de la capital, principalmente en Buenos Aires por su ubicación al lado del Río de la Plata¹⁸⁴.

En el proceso de madurez federativa, durante una gran parte del siglo XIX, el pueblo argentino no tenía una ideología nacionalista uniforme y fuerte en su territorio. Conservadora, no presentaba clases sociales dispuestas en castas¹⁸⁵, el pueblo era de origen rural compuesto por agricultores y ganaderos. Con excepción de Buenos Aires que tenía una población superior a la rural.

Con la palabra “argentino” se designa al ciudadano bonaerense y a su vecino rural. Es interesante diferenciar aquí los términos porteño y bonaerense: quien nace en el preciso espacio de la *Ciudad Autónoma de Buenos Aires* es porteño, que significa “*la persona del puerto*”, quien nace fuera de la misma, pero aún dentro de la región metropolitana y en la provincia de Buenos Aires, es bonaerense. Con el crecimiento y el desarrollo de Buenos Aires, el término “argentino” se utilizó para todo el territorio de la federación.¹⁸⁶

¹⁸⁴ SAGUIR, Julio. Entre el conflicto y la organización institucional. Una comparación entre los procesos constituyentes de Argentina (1810 - 1860) y de Estados Unidos (1776 - 1787). Revista *Ágora*, Buenos Aires, n. 8, verano. 1998. p. 123 - 144.

¹⁸⁵ LEVENE, Ricardo(org.), *História das Américas - Independência e Organização Constitucional*, Vol. V, 5ª Ed., Rio de Janeiro/São Paulo/Porto Alegre, W. M. Jackson, Inc., 1964. p. 4-6.

¹⁸⁶ CHIARAMONTE, Jose Carlos. Legalidad Constitucional o Caudillismo: el problema del orden social en el surgimiento de los estados autónomos del litoral argentino en la primera mitad del siglo XIX. In: *Desarrollo Económico* Vol XXVI, nº 102, 1986. Disponible em: <http://www.educar.ar>



La implementación del federalismo en Argentina, como constatamos, no fue una tarea fácil ya que los aristócratas, procedentes de las provincias que defendían al estado federal, perdieron fuerza política por parte de las provincias que pertenecían a las regiones más pobladas y que detentaban el prestigio y la fuerza política. Con la centralización del poder en Buenos Aires se percibe el cambio de un estado federal al centralismo de un estado unitario, violando así lo dispuesto por la Constitución de 1853¹⁸⁷.

Durante los últimos años del siglo XIX Argentina presentó grandes cambios en el cuadro político. Con la política del *orden conservador* se mantuvo un equilibrio entre las provincias y el gobierno federal dando mucha prosperidad al país, con una enorme producción agrícola y el ganado vacuno que lo hicieron destacarse en el escenario exportador proporcionando estabilidad política y económica. En esa época hubo una gran invasión de inmigrantes europeos que hizo aumentar la población del país.

La federación de Argentina enfrentó una serie de intervenciones militares durante el siglo XX, lo que hizo aumentar la centralización de los poderes en el gobierno federal. Entre 1930 y 1946 el país pasó por una etapa democrática sólo teóricamente, toda vez que las elecciones eran constantemente manipuladas. En este período se instauró la coparticipación en la cual todos los tributos que no tenían una asignación específica debían ser coparticipados entre el gobierno federal

¹⁸⁷ SÁNCHEZ, Alberto M. Derecho Administrativo y Federalismo. In: Cuaderno de Federalismo XIV. Córdoba, 2001, p. 173.



y las provincias, excepto "*los ingresos provenientes de la aduana*". Con la *coparticipación* las subunidades federales, presionadas, tuvieron que flexibilizar derechos exclusivos para incluirlos en el prorrateo de las divisas recaudadas.

En 1994 la *Constitución Nacional*, con base en en el Artículo 30° que prevé la posibilidad de reforma, sufrió una reforma a pesar de ser muy rígida y de que no estaba permitido elaborar enmiendas. Entre las diversas modificaciones, y con relación al federalismo, la ciudad de Buenos Aires se convierte en una ciudad autónoma modificando así el sistema antiguo.

Se constata en el federalismo argentino, garantizada por el texto constitucional, una relación de subordinación en que el ordenamiento de las provincias no puede violar el ordenamiento nacional, proporcionando seguridad jurídica y equilibrio entre las provincias y el gobierno federal. También se garantiza a las provincias el derecho de participar en las tomas de decisión del gobierno federal por medio del Senado. Con respecto a las relaciones intergubernamentales existe una coordinación que garantiza la división de las competencias entre sus entes federativos.¹⁸⁸

¹⁸⁸ CAMPOS, German J. Bidart. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2001. p. 650.



Con relación a los municipios, el art. 5° de la Constitución Nacional se introdujo en el texto constitucional ya que antes, entre 1810 y 1853, los poderes municipales fueron reducidos. Muchos consideran que los Cabildos, corporaciones municipales creadas por los españoles durante el período colonial, fueron el inicio de la estructura municipal o provincial que se encargaba de la administración general de las ciudades coloniales¹⁸⁹.

Con la Reforma de 1994 los municipios aseguraron su autonomía expresamente, ya que anteriormente, a pesar de estar incluidos en el texto constitucional como autónomos, eran totalmente dependientes y subordinados a la voluntad y dirección provincial. Evidentemente, hubo un gran avance con la Reforma Constitucional de 1994 pero no torna plenamente autónomos a los municipios pues el texto constitucional no trata sobre las competencias municipales, manteniéndolos aún dependientes de las delegaciones de las provincias.

Las provincias, por medio de sus constituciones, definen la estructura y organización que consideran más adecuada o conveniente para sus municipios. Por consiguiente, en el federalismo argentino existe desigualdad entre

¹⁸⁹ BIELSA, Rafael. Principios de Regimen Municipal. 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p.41;
DROMI, José Roberto. Federalismo y Dialogo Institucional. Tucuman: Ediciones UNSTA, 1981. p.138.



los municipios porque algunos tienen mucha autonomía política, administrativa y financiera y otros tienen una escasa autonomía¹⁹⁰.

5.2.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS

Dentro de una revisión histórica en el federalismo fiscal argentino hubo una distribución de competencias entre el gobierno federal y las provincias en 1860. El gobierno federal era responsable de los tributos de comercio exterior y las provincias de los tributos relacionados con la producción y bienes de consumo.

Entre 1886 y 1890 la nación argentina enfrentó una crisis financiera originada por los gobernantes de las provincias que se endeudaron por el aumento de emisión, por parte de sus bancos, de la moneda en circulación y por los préstamos contraídos en el exterior. Con la creación de la "*Caja de Conversión*", en 1890 se estableció una moneda única que entró en vigencia en todo el país¹⁹¹.

En cuanto a las relaciones intergubernamentales, se creó en 1853 una distribución de ingresos llamada *Coparticipación*, en la cual todos los tributos, excepto "*los ingresos de aduana*", que no tienen una asignación específica, se deben

¹⁹⁰ HERNÁNDEZ, Antonio María. Derecho Municipal. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 260.

¹⁹¹ CETRÁNGOLO, Oscar; JIMÉNEZ, Juan Pablo. Las relaciones entre niveles de gobierno en Argentina. Revista de la CEPAL, Santiago, n. 84, diciembre. 2004. p. 117-134.



recaudar y distribuir mediante transferencias entre el gobierno federal y las provincias.

El cuadro de distribución de ingresos mediante las transferencias o *Coparticipación* durante 1853 a 1994 sufrió cambios según el gobierno que estuviera en ejercicio, con el aumento o disminución en la participación de la torta de ingresos por parte de las provincias¹⁹². Así, en 1994, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires tuvieron sus autonomías garantizadas con la Reforma Constitucional que institucionalizó el sistema de coparticipación federal con la transferencia de ingresos de carácter social a las provincias estableciendo de esta forma uno de los principios del federalismo cooperativo.

Es importante destacar que de la distribución de los ingresos procedentes de la *Coparticipación* se retira un porcentaje destinado a las provincias que poseen un bajo desarrollo con el objetivo de promover una reducción de las desigualdades entre las provincias y regiones. Todavía existe un dispositivo constitucional (art. 75°, inc. 9 Constitución Nacional de 1994) que libera al Congreso Nacional la distribución de subsidios del Tesoro Nacional para aquellas provincias que presentan déficit presupuestario.

¹⁹² REGIS, André. *O Novo Federalismo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2009. p. 107.



Otra característica muy interesante del federalismo argentino se estableció en la Reforma Constitucional de 1994, relativa a la obligación del gobierno federal de incluir los ingresos, provenientes de que cualquier nuevo impuesto, en la formación de la torta de ingresos de la *Coparticipación* para ser dividida, así como también se prohíbe al gobierno federal transferir cualquier responsabilidad sin la debida transferencia de ingresos para cubrir los gastos de dicha responsabilidad¹⁹³.

Según Mariano Tommasi¹⁹⁴ el federalismo fiscal de Argentina presenta un gran desequilibrio fiscal debido a que el gobierno federal se hace cargo de casi 2/3 (dos tercios) de los gastos de las provincias y municipios. Como estos recaudan menos impuestos de lo que gastan provocan un desequilibrio fiscal llegando en algunos casos a que haya provincias en las que de sus ingresos totales 4/5 (cuatro quintos) pertenecen a los ingresos provenientes de las transferencias fiscales.

De esta manera, resulta muy claro que el federalismo fiscal de Argentina es deficitario con relación al *accountability*, ya que las provincias gastan más de lo que recaudan, sin lograr la correspondencia fiscal, aumentando así el

¹⁹³ REZENDE, Fernando. Descentralização e transferências intergovernamentais de recursos na América Latina: Argentina, Brasil e Colômbia. Documentos Aportes Administração Pública Gestão Estatal, Buenos Aires, n. 9, ene/dic. 2008. p. 55-102.

¹⁹⁴ TOMMASI, Mariano. Un País Sin Rumbo. Política, Políticas Públicas y Desarrollo en la Argentina: (con una breve comparación con el caso chileno). *Desarrollo Económico* 50, en el. 199, 2010. p. 391-421.



endeudamiento de estas provincias y, consecuentemente, del país. Con el gobierno federal cubriendo el rumbo fiscal a través del aporte financiero, actualmente las provincias y municipios dependen enormemente de los ingresos provenientes de las transferencias gubernamentales¹⁹⁵.

Tal como ocurre en otras federaciones, la competencia tributaria del federalismo fiscal argentino es concurrente entre el gobierno federal y las provincias con relación a los tributos directos e indirectos. Surge así una disputa tributaria por el gobierno federal que busca una centralización y las provincias con tendencias descentralizadoras.

El art. 75 de la Constitución Nacional de 1994 establece los lineamientos del sistema tributario de Argentina y sus competencias. Los principios de la seguridad jurídica, principio de la legalidad (art. 19 CN94), principio de la reserva legal (art. 4º, 17º, 75º, I y II) transmiten la base y garantía constitucional al sistema tributario argentino. También el principio de la igualdad (art. 4º, 16º de forma implícita y 75º, II CN/94) que en el Derecho Tributario es considerado el principio de la capacidad contributiva, resulta un importante instrumento regulador de la política de desarrollo uniforme regional y provincial.

¹⁹⁵ FRIAS, Pedro. El Proceso Federal Argentino. Cuadernos de federalismo. Córdoba, n. I, 1987 p. 11-16.



Por el principio de la igualdad, de acuerdo con el art. 75, XIX, § 2º CN/94, es del Congreso Argentino el compromiso de materializar el crecimiento uniforme de la federación con derecho a políticas públicas dirigidas a mantener el equilibrio regional y provincial. Mediante una división de ingresos ecuánime que proporcione y garantice un desarrollo uniforme de las regiones y provincias con la oferta de servicios públicos de calidad y satisfactorios para la sociedad, según el art. 75, II de la CN/94¹⁹⁶.

Existe en el federalismo fiscal argentino, de acuerdo con el art. 75, inc. II de la CN/94, una división de competencias tributarias concurrentes entre el gobierno federal y las provincias. El gobierno federal, además de tener prerrogativas de los tributos que son propios, como el aduanero, también posee competencia concurrente con las provincias y las competencias delegadas por estas¹⁹⁷.

Con el fin de armonizar y regular esta competencia tributaria concurrente se celebró el Convenio Multilateral, por el que las provincias delegan competencia tributaria al gobierno federal obteniendo la garantía de su retorno

¹⁹⁶ SPIZZO, Rodolfo. Derecho Constitucional Tributario. 3º Ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2007. p. 329-330.

¹⁹⁷ VILLEGAS, Héctor B., Curso de Finanzas. Derecho Financiero y Tributario, 9ª Ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007. p. 288.



fiscal a través de las transferencias de ingresos tributarios por parte del gobierno federal.

El Convenio Multilateral es un instrumento de garantía del fisco, y principalmente de los contribuyentes contra la doble tributación, porque implica una distribución de la misma base imponible del Impuesto sobre Ingresos Brutos en el caso de que el contribuyente ejerza sus actividades en más de una jurisdicción territorial. Así, los ingresos recaudados derivados del Convenio Multilateral forma un Fondo de Desarrollo Regional responsable de mantener un desarrollo armónico y uniforme entre las regiones y las provincias con la distribución de ingresos¹⁹⁸.

Con relación a los municipios, con la Reforma Constitucional de 1994, mediante su artículo 123, queda garantizado que en las constituciones de las provincias consta la autonomía municipal tanto en la esfera institucional como en la política, administrativa y, principalmente, la financiera. Parte de la doctrina, según el art. 123 de la CN/94, considera al municipio como un ente federativo autónomo¹⁹⁹, otros piensan que los municipios, por necesitar aún ser regulados por las constituciones provinciales y no directamente por la CN/94, no pueden estar

¹⁹⁸ ALTHABE, Mario Enrique e SANELLI, Alejandra P., El Convenio Multilateral - Análisis Teórico y Aplicación práctica, 2ª Ed., Buenos Aires, La Ley, 2007. p. 1-3.

¹⁹⁹ GENTILE, Jorge Horacio, El Debate después de la Reforma Constitucional. Avances y retrocesos de nuestro Federalismo. El Derecho: jurisprudencia general. Tomo 161, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1995. p. 945.



encuadrados en la categoría de ente federativo, además de que en la práctica, en su mayoría, no presentan autonomía financiera capaz de atender sus necesidades²⁰⁰.

En cuanto a las relaciones intergubernamentales, en la división de los ingresos tributarios existe una clasificación basada en las esferas de gobiernos, dividida en: sistema de separación de las fuentes en base a la competencia originaria de cada ente, actualmente es el sistema adoptado por la Constitución de 1853; sistema de interconexión de las transferencias verticales y del sistema mixto con ingresos originarios procedentes de las transferencias de otros entes federativos²⁰¹.

Existe otra clasificación que divide a la repartición de ingresos en: sistema de concurrencias en que cada ente federativo posee autonomía total y sin coordinación, pudiendo existir la doble tributación; por su parte, el sistema de cuotas adicionales permite al ente más amplio de gobierno establecer tributos y al menos amplio establecer las cuotas adicionales sobre estos tributos; también existe el sistema de subvenciones que establece la reunión de todos o de la mayoría de los tributos bajo la responsabilidad del ente más amplio y éste divide el producto recaudado con los menos amplios.

²⁰⁰ JARACH, Dino, Finanzas Públicas y Derecho Tributario, 1ª Ed., 2ª impresión, Buenos Aires, Editorial Cangallo, 1993. p.163.

²⁰¹ BARRAZA Javier Indaelcio e SCHAFFRIK, Fabiana Haydée, La Reforma Constitucional de 1994 y La Coparticipación Federal de Impuestos. Análisis Comparativo de los Distintos Sistemas de Distribución de Facultades Tributarias, El Derecho: Jurisprudencia General. Tomo 165. Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1996. p. 1179.



Percibimos que por el modelo y estructura de repartición de ingresos el federalismo argentino presenta características del federalismo cooperativo. A pesar de que una parte de la doctrina considere que este cooperativismo existe solamente en el texto constitucional porque en la práctica se producen muchos conflictos provinciales internos con sus municipios y también entre las provincias, además de la histórica y tradicional disputa con la Ciudad de Buenos Aires. La centralización de poderes en la esfera del gobierno federal en detrimento de los poderes locales y regionales resultan barreras para la realización plena del federalismo cooperativo²⁰²

5.3 MODELO FISCAL URUGUAYO Y SUS DESIGUALDADES

5.3.1 RESEÑA

Cuando nos introducimos en la historia de la formación del Estado del Uruguay encontramos una semejanza con la formación de la federación de Argentina. Uruguay pasó por conflictos y batallas en la definición de la estructura de Estado. Existían dos polos de ideologías políticas, unos optaban por un Estado centralizador, otros por una mayor descentralización y autonomía estatal.

²⁰² HERNÁNDEZ, Antonio María. Derecho Municipal. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 524-525.



Sin embargo, al analizar los acontecimientos producidos en el proceso de debilitamiento del reinado español y con el mismo el fin del colonialismo ibérico, notamos que fueron determinantes e influyeron inmensamente en la independencia de las ex colonias españolas en la región rioplatense. Con la invasión napoleónica a España en 1806, se produjo una ruptura en el colonialismo español en la región rioplatense, lo cual provocó revueltas populares y la creación de provincias independientes²⁰³.

A diferencia de Buenos Aires, que inicialmente luchaba por la independencia, en la región de Montevideo el Cabildo trató de mantener los lazos con el reinado español. Aun así, tal posición no era predominante ya que surgieron opositores llamados "los innovadores", rápidamente reprimidos, que pretendían un acercamiento con Buenos Aires pero temían quedar subordinados a ésta por el histórico negativo de las relaciones comerciales con Montevideo. En esta ocasión, Montevideo fue opositor de los movimientos revolucionarios en la región rioplatense.

No aceptando la subordinación, el gobernador Elio de Montevideo inició una guerra contra Buenos Aires y conservó la provincia Banda Oriental como perteneciente al virreinato bajo el control de España. El revolucionario José

²⁰³ CHIARAMONTE, Jose Carlos. Legalidad Constitucional o Caudillismo: el problema del orden social en el surgimiento de los estados autónomos del litoral argentino en la primera mitad del siglo XIX. In: Desarrollo Económico Vol XXVI, nº 102, 1986. Disponible em: <http://www.eduear.ar>



Gervasio Artigas luchó contra Montevideo y el 18 de mayo de 1811 tomó al país, con excepción de Montevideo que rápidamente solicitó el apoyo de Brasil (Corte portuguesa) que, autorizado por el gobierno de Río de Janeiro, invadió el territorio oriental con un ejército de cinco mil hombres, con destino a Montevideo, permaneciendo en solo Uruguay hasta 1812. La Junta Revolucionaria de Buenos Aires sufrió la derrota y reconoció a la provincia de la Banda Oriental bajo el dominio y autoridad de España.

La figura del revolucionario Artigas es sumamente importante para el origen de Uruguay. Para él, los pueblos de la región rioplatense tenían el derecho de ser libres con soberanía e integración debido a la facilidad que sus ríos y sus vías proporcionaban para la interconexión y comunicación con los pueblos de la región.

Artigas conocía muy bien la región rioplatense a través de la comercialización de ganado y del cuero. Para él las provincias se deberían unir como forma de protegerse de ataques externos permaneciendo con su soberanía, ejército, comercio y navegación libre, jurisdicción y Constitución propia, lo que contrariaba el interés de Buenos Aires que no aceptaba la libre navegación ya que detentaba el monopolio en la salida de productos exportados por la posición estratégica de su puerto²⁰⁴.

²⁰⁴FREGA, Ana. La Integración de Los "Pueblos Libres". A Propósito del Federalismo Artiguista. In: HINZ, M. Flávio e HERRLEIN Jr., Ronaldo (orgs). Histórias regionais do Cone Sul. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003. p. 19-43.



Así Artigas, con esta unión entre las provincias, proponía la idea de una confederación para combatir los ideales de un Estado centralizador de Buenos Aires. Él no aceptaba el dominio español en Uruguay, como tampoco aceptaba subordinarse a las orientaciones centralizadoras de Buenos Aires y su deseo de anexar las tierras orientales. Artigas quería que con la creación del nuevo Estado formado por la unión de las provincias del Virreinato del Río de la Plata se adoptara el modelo federativo, en el que cada provincia mantuviera su autonomía²⁰⁵.

El deseo de Artigas era preservar la soberanía de los pueblos ya que él consideraba que el poder debía retornar al pueblo cuando el trono estuviera vacío, pero sus ideas se oponían a los intereses comerciales y políticos de la elite porteña. Entonces Artigas se fue a Paraguay después de ser derrotado en 1820, donde falleció en 1850. Entre 1825 y 1828 Uruguay se convirtió en una República independiente. Con respecto a la división política durante el período postindependencia de Uruguay, se encontraba por un lado el grupo político de los Blancos que se alió a los federalistas argentinos, y por el otro lado estaban los Colorados que contaban con el apoyo de los centralistas de Buenos Aires.

²⁰⁵ Reyes Abadie Washington y otros "Las raíces de la integración federal" en Cuadernos de Marcha En el 4 agosto, 1967. p. 12-13.



Durante la Gran Guerra Uruguay tenía dos gobiernos paralelos: Cerrito, comandado por los Blancos, y el de la Capital, regido por los Colorados. Las dos grandes fuerzas políticas de Uruguay, los Blancos y los Colorados, tenían diversas tendencias internas. Con el fin de la Guerra Grande Uruguay pasó por un período muy malo económicamente ya que su principal renta, la ganadería, se redujo notablemente. En 1857 se elaboró un intento de pacto político entre Blancos y Colorados como forma de amenizar los problemas y mantener una política de neutralidad con Argentina, permaneciendo Uruguay lejos de los conflictos externos.

Con la inmigración europea hubo una mejora en la economía entre 1860 y 1868, y Uruguay presenció un período de gran crecimiento en las exportaciones de ganado, como también por la posición geográfica de su puerto natural que se transformó en un centro comercial de las mercaderías de Brasil, Paraguay y Argentina. En el siglo XX Uruguay pasó por algunas transformaciones políticas, sociales y económicas y, principalmente, por la intervención del Estado en la economía, estatizando y nacionalizando servicios públicos esenciales, como la nacionalización del Banco de la República Oriental del Uruguay.

Durante gran parte del siglo XX Uruguay sufrió varios golpes militares que dificultaron la estabilidad política y económica del país. El país se adhirió al Mercosur en 1991 y estableció grandes cambios políticos como la liberalización y privatización de la economía.



5.3.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS

La República del Uruguay tiene un modelo de Estado unitario gobernado por el presidente de la República elegido por el pueblo, cuyo territorio se divide en Departamentos. Estos son gobernados por un Intendente y una Junta Departamental, de acuerdo con el texto de la Constitución de la República Oriental del Uruguay²⁰⁶:

“Artículo 262. El Gobierno y la Administración de los Departamentos, con excepción de los servicios de seguridad pública, serán ejercidos por una Junta Departamental y un Intendente. Tendrán sus sedes en la capital de cada departamento e iniciarán sus funciones sesenta días después de su elección”.

Por muchos años Uruguay ha sido considerado un paraíso fiscal con grandes ventajas tributarias, pero el propio gobierno uruguayo no aceptaba esta situación y realizó modificaciones en su legislación tributaria. Con relación a su sistema tributario tiene especies de tributos clásicos como: impuestos, tasas y contribuciones de mejora. Posee el Impuesto al Valor Agregado –IVA–,

²⁰⁶ URUGUAY. Constitución de la República Oriental del Uruguay. Promulgada em 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.



como ejemplo de impuestos indirectos, principal fuente de recaudación. Además de los tributos directos como el impuesto sobre la renta y sobre el patrimonio²⁰⁷.

Otra característica del sistema tributario uruguayo es la presencia del tributo indirecto, selectivo y monofásico, muy importante, llamado "Impuesto Específico Interno", cobrado en los casos de primera enajenación de determinados bienes enumerados en la ley, de naturaleza suntuosa o por razones de interés general²⁰⁸.

Anteriormente Uruguay tenía un régimen tributario privilegiado que atraía a varias empresas por el secreto bancario y el secreto profesional con fines tributarios con actividades en Uruguay. Pero con la reforma tributaria de 2007 y bajo una fuerte influencia nacional e internacional, eliminó el secreto bancario de su sistema tributario que entró en vigencia a partir del 31 de diciembre de 2010.

El texto constitucional de Uruguay expresa que le compete a la Asamblea General de Uruguay, con mayoría absoluta, establecer los impuestos para que puedan suplir las necesidades presupuestarias del país²⁰⁹. A diferencia de Argentina, Uruguay contiene en su Constitución una sección que trata sobre la

²⁰⁷ VALDES, Nelly. El Impuesto al Valor Agregado en el Uruguay. In. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (Org). Reforma Tributária e MERCOSUL. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 98.

²⁰⁸ OLIVEIRA, Luciana Gualda e; Estudo Comparado de Sistemas Tributários. Revista de Mestrado em Direito da UCB, 2007. p. 128.

²⁰⁹ GODOY, Arnaldo Sampaio M. Direito Tributário Comparado e Tratados Internacionais. Porto Alegre: Editora Fabris, 2005. p. 80.



Hacienda Pública y posee un Código Tributario que define el Derecho Tributario Uruguayo.

El modelo fiscal uruguayo, a través del su código tributario, se basa en el principio de la legalidad, es decir que únicamente por medio de la ley puede crear, modificar o suprimir tributos, crear base de cálculo, alícuotas, exenciones totales o parciales, infracciones, sanciones, procedimientos jurisdiccionales y administrativos en materia fiscal.

En el sistema tributario uruguayo los tributos nacionales son recaudados por la Direcciones General Impositiva (DGI) y los tributos municipales por los gobiernos de cada departamento. El modelo del IVA de Uruguay tiene alcance en todo su territorio pero, a diferencia de Brasil y de Argentina, los gobiernos departamentales no tienen competencia sobre el mismo, por consiguiente, no existen conflictos como "guerra fiscal" ni diferencias de alícuotas que tan comúnmente se encuentran en Brasil y Argentina²¹⁰.

5.4 MODELO FISCAL PARAGUAYO Y SUS DESIGUALDADES

Paraguay es un Estado Unitario con descentralización regido por la Constitución de la República del Paraguay que expresa en el artículo 156²¹¹ su

²¹⁰ VALDES, Nelly. El Impuesto al Valor Agregado en el Uruguay. In. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (Org). Reforma Tributaria e MERCOSUL. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 124.

²¹¹ PARAGUAY. Constitución de la República de Paraguay. Promulgada em 20 de junho de 1992. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>.



modelo político y administrativo, el cual se divide en Departamentos, Municipios y Distritos que poseen autonomía política, administrativa, normativa y financiera, necesarias para desarrollar su función pública.

5.4.1 RESEÑA

El Proceso de independencia de Paraguay tiene un historial muy intenso y con muchos cambios. La región rioplatense era colonia del reino español y formaba parte del Virreinato del Río de la Plata, cuya capital era Buenos Aires. Con la crisis en el reino español por la guerra con Napoleón Bonaparte, se inicia el movimiento separatista a través de la Junta de Buenos Aires, en 1810, que expulsa al virrey del gobierno. Con la toma de poder, Buenos Aires impone medidas contra el reino español e intenta someter a todo el Virreinato del Río de la Plata bajo su mando, incluso enviando un ejército para controlar la región de Paraguay.

Paraguay, a diferencia de Argentina, Brasil y Uruguay, que se hicieron independientes cuando rompieron lazos con antiguos colonizadores europeos, tuvo que luchar contra Buenos Aires para conseguir su independencia. No habiendo aceptado su sumisión a Buenos Aires²¹² ni al reinado español, un grupo de propietarios de tierras de Paraguay vencieron la batalla y se impusieron en Paraguairí y Tacuarí.

²¹² CAMPOS, Luis. Apuntes de Historia Económica del Paraguay: Desarrollo, auge y decadencia de una economía de enclaves, segunda edición. Asunción: Intercontinental Editora, 2013. p. 64.



El 17 de mayo de 1811 es declarada la independencia de Paraguay por un período corto ya que enseguida, en octubre de 1811, latifundistas y pequeños propietarios, los "chacareros", en Asunción, crearon otra junta que se volvió a acercar a Buenos Aires a cambio de exención de impuestos. Como Paraguay no tenía salida al mar, esta exención de impuestos era muy importante para la circulación de sus productos a través del Río de la Plata y por el puerto de Buenos Aires.

Con la caída de la exención de impuestos se elige un nuevo congreso con la mayoría de "chacareros" y, el 21 de octubre de 1813, es declarada una nueva independencia de Paraguay. Con el nuevo gobierno, que era contrario a Buenos Aires, hubo un bloqueo económico por parte de los porteños y para empeorar la situación, el gobierno paraguayo mantuvo la exportación como monopolio del Estado aumentando los impuestos, lo que provocó la rebelión de la elite de los grandes propietarios de tierras y de los comerciantes.

Al mando del abogado José Gaspar Rodríguez de Francia, primer gobernador de la nación, Paraguay perseguía un ideal igualitario y luchaba por un Estado laico sacándole el poder a la Iglesia que en aquella época era bastante fuerte debido al trabajo de los jesuitas. Con una economía propia, basada en la ganadería y en productos agrícolas, Paraguay se presentaba como un estado nacional



independiente²¹³, esta nacionalidad se originaba por el gobierno fuerte de José Gaspar Rodríguez Francia y el apoyo de una sociedad de agricultores libres²¹⁴.

La revuelta aumentó como consecuencia de la reducción de las actividades de la iglesia y cuando Paraguay se convirtió en un Estado laico con el fin de la Inquisición y estatización de las tierras de la Iglesia con el objetivo de una reforma agraria. Bajo el mando de Francia, que se declaró Dictador Perpetuo, eliminó la elite oligárquica y de la Iglesia, contando también con el apoyo de los pequeños propietarios, lo que provocó una política de aislamiento con el resto de América. Finalizó la Guerra de Paraguay y permaneció en el gobierno entre 1814 y 1840, cuando falleció.

Después de la muerte de Francia, en 1840, Paraguay fue gobernado por la familia López que impuso una constitución burguesa y una política capitalista al desarrollo pero con tendencias centralizadoras en las manos del Estado. Esta nueva forma de gobernar produjo un desarrollo particular e independiente al modelo inglés, que era impuesto a Brasil, Argentina y Uruguay. Estos países participaron, financiados por Inglaterra, en la Gran Guerra o Guerra de la Triple Alianza contra Paraguay²¹⁵.

²¹³ ARECES, Nidia. De la Independencia a la Guerra de la Triple Alianza (1811-1870). In: TELESCA, I. (Ed.) Historia del Paraguay. Asunción: Taurus Editora, 2011. p. 190.

²¹⁴ ARCE, O. D. O Paraguai Contemporâneo (1925 -1975). In CASANOVA, P. G. (org). América Latina: história de meio século. Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988. p. 221-222.

²¹⁵ SILVA, Ronaldo Alexandre do Amaral e. Brasil - Paraguai: marcos da política pragmática na re-aproximação bilateral, 1954–1973, um estudo de caso sobre o papel de Stroessner e a importância



La Gran Guerra o Guerra de la Triple Alianza, con la victoria de Brasil, Argentina y Uruguay sobre Paraguay, fue una guerra originada por disputas comerciales debido a que en aquella época Paraguay se estaba destacando comercialmente, con un crecimiento económico muy fuerte que no agradaba mucho a Brasil y que entorpecía sus planos político-económicos. Argentina quería conquistar parte de los territorios de Paraguay y de Uruguay para restablecer el Virreinato del Río de la Plata. Del lado opuesto, Paraguay temía que Brasil avanzara sobre su región productora de yerba mate, que era su mayor exportación.

Así, después de la derrota de la Gran Guerra o de la Guerra de la Triple Alianza, con la carga de la rendición, Paraguay quedó muy debilitada²¹⁶ y dependiente de la voluntad de Brasil y Argentina, llegando al punto de que estos influyeron en la disposición política del país, cuestión que se reflejó en los gobiernos establecidos en Paraguay a comienzos del siglo XX y en la dictadura de Stroessner²¹⁷.

de Itaipu. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Brasília. UnB, 2006. Disponível on line em: http://bdtd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1425.

²¹⁶ BREZZO, Liliana. Reconstrucción, Poder Político y Revoluciones (1870-1920). In: TELESKA, I. (Ed.) Historia del Paraguay. Asunción: Taurus Editora, 2011. p. 200.

²¹⁷ FERNANDES, Eurico da Silva. A “invenção” do Paraguai: história, projetos e intelectuais na construção da nação paraguaia (1870 –1935). Dissertação (Mestrado em História). Maringá: UEM, 2006.



Ante una evidente debilidad política, en 1954 el General Alfredo Stroessner, con el apoyo de las Fuerzas Armadas, da un Golpe Militar²¹⁸ excluyendo del gobierno a Federico Chávez, y ese mismo año convoca a elecciones, como candidato único, y gobierna Paraguay bajo una fuerte dictadura por más de tres décadas.

Con el gobierno represor de Stroessner²¹⁹ que torturaba, además de los participantes de las revueltas y motines, sus familiares también estaban incluidos, haciendo que, por miedo, la población no adhiriera a los movimientos contrarios al gobierno del dictador. Aun con un gobierno dictador y opresor, Paraguay todavía contaba con el aval de Estados Unidos y de Brasil, tanto es así que los dos países contribuían con ayuda financiera y militar²²⁰.

El General Stroessner promovió en la economía paraguaya un sistema de crecimiento “hacia afuera” a través de la gran oferta de tierras fiscales. Con captación de crédito internacional, expandió y modernizó el área agrícola con la integración de Brasil, haciendo surgir una nueva clase política y económica aliada al régimen. Otro punto importante de este nuevo modelo económico fue la construcción de Itaipú, usina hidroeléctrica binacional, considerada en esa época la

²¹⁸ SOLER, Lorena. PARAGUAY. La Larga Invención del Golpe. El tronismo y el orden político paraguayo. Buenos Aires: Imago Mundi, 2012. p. 62.

²¹⁹ MENEZES, Alfredo da Mota. A herança de Stroessner: Brasil-Paraguai 1955-1980. Campinas, SP. Papyrus, 1987. p. 62.

²²⁰ CÓLMAN, Evaristo e MORAES, Ceres. (2010) A guerrilha FULNA: considerações preliminares. Disponível em: http://www.cedema.org/uploads/moraes_colman.pdf.



mayor del mundo. La adhesión al Tratado de Asunción –MERCOSUR– Mercado Común del Sur, se produjo en 1991.

Según Fernando Masi²²¹, al adherir al bloque económico del Mercosur, Paraguay, al inicio, no modificó casi nada su economía en virtud de la característica de la misma ser más importadora que exportadora, principalmente por la política económica adoptada en el siglo XX, al contrario de los otros componentes del Mercosur que tienen una economía con parque industrial propio enfocado en la exportación.

Con la presión internacional que no aceptaba más gobiernos opresores y violadores de los Derechos Humanos, en 1989 se inició el proceso de transición democrática, con el paso de gobiernos militares a gobiernos civiles, en los casos de Brasil, Argentina y Uruguay. En el caso Paraguay, aun con la caída de Stroessner²²² se percibe que el restablecimiento de la democracia no cambió casi nada ya que, en el período de 1989 a 2003, en todas las elecciones hubo fraudes y los gobiernos eran corruptos²²³.

²²¹ MASI, Fernando. Los desafíos de una nueva inserción externa del Paraguay. In: ABENTE, D. & BORDA, D. (Eds.). El Reto del Futuro: Asumiendo el legado del bicentenario. Asunción: Ministerio de Hacienda de la República del Paraguay, 2011. p. 121.

²²² CHIAVENATO, Julio José. Stroessner: Retrato de una ditadura. São Paulo: Brasiliense, 1980. p. 121.

²²³ CANESE, Rodrigo. Paraguai: mudança histórica e enormes desafios; Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves, 2008. Disponível em <http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-antiores/internacional-paraguai-mudanca-historica-e->; p. 02.



Actualmente, como reflejo de su política de aislamiento y de sus conflictos, Paraguay se muestra como un país con muchos problemas sociales y con bajo Índice de Desarrollo Humano –IDH–. Sufrió muchos golpes militares e inestabilidad política, principalmente durante la dictadura de Stroessner. Limita con Brasil y Argentina y forma parte del Mercosur desde del inicio del bloque económico. En Paraguay se destaca una amplia presencia de la etnia indígena de los guaraníes que forma parte de la historia y orgullo del país, tal es así que el guaraní es considerado como uno de los sus idiomas oficiales²²⁴.

5.4.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS

El modelo fiscal paraguayo tiene una reducida capacidad recaudadora y existe una gran evasión fiscal provocada por la informalidad de la mano de obra y de las empresas que no están legalmente constituidas. Sus ingresos se centran en los tributos indirectos pero esto se ha ido modificando con la salida de los gobiernos militares y con el aumento de la carga tributaria que creció del 8% al 11,5 % del PBI. Con la relación a la principal fuente de ingresos todavía depende mucho de los tributos indirectos.

²²⁴ SILVA, Ronaldo Alexandre do Amaral e. Brasil –Paraguai: marcos da política pragmática na re-aproximação bilateral, 1954–1973, um estudo de caso sobre o papel de Stroessner e a importância de Itaipu. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Brasília. UnB, 2006. Disponível online em: http://bdt.d.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1425



Esta informalidad de la mano de obra y de las empresas dificulta la recaudación de ingresos para cubrir la necesidad básica del Estado de cumplir sus funciones públicas ya que, por la falta de recaudación, su capacidad de inversión está muy comprometida, generando insatisfacciones sociales por la falta de asistencia básica en la prestación de servicios de educación, salud, vivienda, saneamiento y seguridad. Según estudios de Diego Abente²²⁵, Paraguay utilizó casi dos tercios de su presupuesto solamente para costear la nómina salarial de los servidores públicos y la previsión social relativa a los mismos en 2010.

Igual que Argentina, que no tiene Código Tributario, Paraguay cuenta con un sistema tributario fundado en los principios constitucionales de su Constitución Federal y en la Ley 125/92 que trata sobre la reforma tributaria. Con respecto a la competencia tributaria, Paraguay, por ser un Estado unitario, no presenta divisiones en la competencia tributaria como ocurre en Argentina y Brasil.

En 1991 el modelo tributario adoptado en Paraguay sufrió una gran transformación mediante la reforma tributaria. Anteriormente su sistema tributario poseía una lista muy extensa con innumerables tributos y una de sus mayores fuentes recaudadoras era el impuesto al Papel Sellado y Estampillas, junto con el impuesto sobre la renta de persona jurídica y los relativos al comercio exterior. Con la reforma, el número de impuestos cayó drásticamente.

²²⁵ ABENTE, Diego. Estatividad y Calidad de La Democracia em Paraguai. América Latina Hoy, vol. 60, 2012. p. 56.



La más importante modificación se produjo por el Impuesto al Valor Agregado –IVA paraguayo²²⁶ que se incorporó al sistema tributario nacional, tipificando el impuesto como de etapas múltiples y no acumulativo, como el adoptado en Argentina, donde en cada etapa del proceso de producción y comercialización únicamente es gravado el valor agregado al bien o servicio.

El IVA paraguayo se creó por medio de la Ley n° 125, sancionada el 28 de diciembre de 1991 y promulgada el 9 de enero de 1992, y tiene como base el monto de la operación. En un estudio comparado realizado por Walter Zárate²²⁷ se muestra al IVA paraguayo con alícuotas muy inferiores a las de algunos países de Sudamérica. En el modelo fiscal de Paraguay también existe el "impuesto selectivo al consumo" que es recaudado sobre productos considerados como selectivos, tales como tabaco, bebidas alcohólicas, jugos de frutas, combustibles derivados de petróleo y otros²²⁸.

Con la Reforma Tributaria en 1992, el IVA se convirtió en la principal fuente de recaudación, junto con el tributo sobre transacciones externas y sobre la renta de persona jurídica. El comercio exterior, debido a sus impuestos,

²²⁶ BLANCO, Sindulfo. El impuesto al valor agregado en el Paraguai. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. (Org.) Reforma Tributária & MERCOSUL. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 125-144.

²²⁷ ZARATE, Walter. Análisis Del Sistema Tributário Paraguayo. Asunción: CADEP-Observatorio, 2011. p.23.

²²⁸ OLIVEIRA, Luciana Gualda e; Estudo Comparado de Sistemas Tributários. Revista de Mestrado em Direito da UCB, 2007. p. 127.



resulta una fuente de ingresos muy importante para Paraguay. A diferencia de otros países del Mercosur, principalmente Brasil y Argentina, los ingresos provenientes de contribuciones sociales no están presentes en el sistema tributario paraguayo. Actualmente, Paraguay presenta una estructura totalmente enfocada en la exportación de productos agropecuarios.

Por medio de otra reforma tributaria promovida por las Leyes 2421/04, 4673/12, 5061/13, para revertir el déficit fiscal, Paraguay perfeccionó su estructura recaudadora corrigiendo algunas brechas de su legislación tributaria adoptadas por la reforma de 1991 y que hicieron aumentar la recaudación de sus ingresos. Como novedades se encuentra la inclusión del impuesto sobre la renta personal –IRP–, modificación de la previsión social de los servidores públicos, y la creación del nuevo Código Aduanero, entre otras.

Actualmente Paraguay tiene una estructura totalmente enfocada en la exportación de productos agropecuarios, por lo que la elite de la agroindustria actúa perpetuando un gran lobby en el modelo tributario de Paraguay, desequilibrando el criterio de justicia tributaria a través de beneficios fiscales como el Impuesto de Renta de las Actividades Agropecuarias –IRAGRO– con alícuotas menores, derecho de acreditación del IVA incidente en la adquisición de activo fijo, además del IVA no incidente en productos como la soja en estado bruto. En la



actualidad, por la Ley 5061/13, el IVA incide en productos agrícolas en estado bruto.

5.5 MODELO FISCAL VENEZOLANO Y SUS DESIGUALDADES

5.5.1 RESEÑA

El proceso de formación del Estado de Venezuela también, como en el caso de Argentina, Uruguay y Paraguay, se inició por el conflicto que atravesaba el reinado español con Napoleón Bonaparte, destronando al rey Fernando VII de España. Surgieron entonces las primeras revueltas contra el dominio español formado por los Patriotas, grupo político a favor de la separación, que tenía como oposición a los Realistas que defendían el mantenimiento del gobierno español.

Al frente de la revuelta contra el gobierno español estaba Simón Bolívar que se unió a los patriotas formando una junta de gobierno que destituyó al nuevo gobernador enviado por España, Simón Emparan. La nueva junta de gobierno, con la aprobación del pueblo, se mantuvo bajo la dirección de Fernando VII pero apartó a todos los españoles que ejercían alguna función de gobierno en Venezuela. Ante tal actitud, España bloqueó los puertos de Venezuela, lo que reavivó aún más la rebelión y el movimiento separatista contra España²²⁹.

²²⁹ ROMERO, Jose Luis. *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Prólogo José Luis Romero, Compilación, notas y cronología: José Luis Romero y Luis Alberto Romero, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, 1988. p. XXIV.



Con la declaración de guerra a España y la Declaración de Independencia, en 1811, los ideales de una federación que tenían como referencia al federalismo norteamericano²³⁰ no prosperaron en la Constitución de 1811, cuya estructura federativa estaba formada con la autonomía de algunas provincias que ayudaron en la elaboración del texto constitucional.

Entre los líderes de los Patriotas que participaron en la construcción de la Constitución de 1811 estaba Francisco Miranda y Simón Bolívar. Este no aceptaba la idea federativa prevista para Venezuela en el texto constitucional sobre la autonomía para las provincias locales. Simón Bolívar soñaba con un país regido por un gobierno fuerte y centralizador. Con disputas armadas con España se instauró un gobierno militar centralizado a través de la Constitución de Angostura de 1819 con la República sin divisiones.

En 1822 Simón Bolívar imaginaba una América Latina fuerte y promovió la unión de Bolivia, Nueva Granada, Perú y Venezuela, por medio de la Confederación de los Andes y bajo su liderazgo, formando así la Gran Colombia, que se disolvió en 1830 debido a las dificultades económicas producidas por los gastos con la guerra. Con la muerte de Bolívar, Venezuela atraviesa un largo período de gobierno centralizado, bajo la dirección legal de la Constitución de

²³⁰ ROMERO, Jose Luis. *Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)*, Prólogo José Luis Romero, Compilación, notas y cronología: José Luis Romero y Luis Alberto Romero, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, 1988. p. XXIX.



Valencia, de 1858, que estableció un modelo federalista centralizado con poca autonomía de los Estados miembros.

El modelo de federación adoptado por la Constitución de Valencia provocó, a pesar de contener algunos trazos del federalismo, un desgaste entre los Estados miembros que querían un modelo de federación con autonomía²³¹ y el gobierno central. El producto de este desgaste fue la Guerra Federal que es considerada como una de las más devastadoras guerras y que se extendió desde 1858 a 1863.

Con la victoria del federalismo favorable a la autonomía se elaboró la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1864, que concedía autonomía a los Estados miembros. Sin embargo, surgieron varios caudillos liderando tropas armadas que dificultaban la total unión del pacto federativo y la paz entre los entes federativos²³². Para atender las reivindicaciones y disminuir los conflictos se celebraron acuerdos entre el gobierno central y los poderes locales.

Solamente en los primeros años del siglo XX el federalismo venezolano consiguió obtener una verdadera integración y unión entre los entes

²³¹ VELÁSQUEZ, Ramón J. Venezuela, el federalismo y la descentralización. In: MASCAREÑO, Carlos (Coord.). Descentralización, gobierno y democracia. Caracas: Cendes; GLocal, 1998. p. 10.

²³² QUINTERO, Inés. El sistema político guzmancista. Tensiones entre el caudillismo y el poder central. In: QUINTERO, Inés (Coord.). Antonio Guzmán Blanco y su época, Monte Ávila Editores, 1994. p. 57-80.



federativos. Con el convencimiento de los caudillos y la entrega de sus armas, la formación del ejército nacional y el surgimiento de la hacienda pública nacional tornaron realidad la federación de Venezuela.

Entre 1908 y 1935 la federación venezolana nuevamente atraviesa un fuerte período de centralización del poder en el gobierno central a través de reformas constitucionales que les sacan a los Estados miembros algunas competencias y les prohíben implementar cualquier tipo de tributo. Con el advenimiento de las Constituciones de 1925, de 1947 y de 1961, el mismo panorama de federación centralizadora se mantuvo como pretexto para preservar la unión y el federalismo venezolano²³³.

Con la prohibición de los Estados miembros de legislar en materia tributaria fue instituido el llamado "Situado Constitucional" que era un sistema de prorrato de recursos entre las provincias promovido por el gobierno central y considerado como la principal fuente de ingresos de los Estados miembros.

Según Juan Rey²³⁴, Venezuela vivió desde 1958, con la caída de la dictadura, hasta 1988, un período democrático con la participación de los partidos,

²³³ CARMAGNANI, Marcelo. Conclusión: el federalismo, historia de una forma de gobierno. In: CARMAGNANI, Marcelo (Coord.). Federalismos latinoamericanos. México; Brasil; Argentina: México: Fondo de Cultura Económica, 1993. p. 397-416.

²³⁴ REY, Juan C. El futuro de la democracia en Venezuela. Ediciones UCV, 1998. p. 284



empresarios, Fuerzas Armadas, trabajadores y la iglesia, que hizo crecer la economía como consecuencia del aumento de las exportaciones.

Con la Constitución de 1947, de carácter democrático, la federación venezolana presentó al federalismo del bienestar con la creación de la Previsión Social, el aumento de los derechos laborales y la garantía de acceso a la educación. Sin embargo, se mantuvo la centralización de poder en el gobierno central de un modo general, toda vez que la creación de regiones administrativas y las corporaciones de desarrollo regional no fueron consideradas como descentralización.

Como forma de atenuar las desigualdades regionales se estableció un sistema de desarrollo a través de las corporaciones regionales que estaban totalmente subordinadas al gobierno central, durante el período de 1969 y 1983. En 1989 hubo un proceso de descentralización concreto con los estados y los municipios con autonomía política, administrativa y financiera, con derecho a la elección de sus gobernantes.

5.5.2 DISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS TRIBUTARIAS

Con la Constitución de 1961 se identificó el inicio de un federalismo descentralizado, al establecer a los Estados miembros el derecho de elegir a sus



gobernantes y la libertad del Congreso de transferir algunas competencias del gobierno central hacia los Estados miembros y municipios. Con el descontento del pueblo²³⁵, la crisis económica de los años 80 y la caída del precio del petróleo, principal producto exportador y fuente de ingresos, hubo grandes dificultades para mantener la prestación de servicios por parte de los gobernantes, lo que provocó una convulsión social.

Con la dificultad económica se fortaleció el pensamiento del federalismo descentralizado como solución para el problema de la gobernabilidad y la mejora en la prestación de servicios públicos esenciales para la sociedad²³⁶. Ante esta situación, se introdujeron principios federativos descentralizados, a saber: mejora de las relaciones intergubernamentales de los entes federativos; retorno de la democracia con elecciones directas de los gobernadores e intendentes y, principalmente, autonomía financiera de los entes federativos.

Como ya se ha dicho, los Estados miembros y los municipios obtuvieron autonomía financiera con los ingresos provenientes del Impuesto sobre la Circulación de Mercaderías y Servicios (ICMS), además del aporte de ingresos por parte del FIDES –Fondo Intergubernamental para la Descentralización–. Los

²³⁵ SALAMANCA, Luis. Crisis de la modernización y crisis de la democracia en Venezuela una propuesta de análisis. In: ÁLVAREZ, Ángel (Coord.). El sistema político venezolano: crisis y transformaciones. Venezuela: UCV, 1996. p. 247-248.

²³⁶ BARRIOS, Sonia. Realidades y mitos de la descentralización gubernamental. Cuadernos del Cendes, n. 4, sept./dic. 1984. p. 167-176.



Estados miembros productores de hidrocarburos también adquirieron el derecho de recibir recursos por la Ley de Asignaciones Especiales.

Con la descentralización del poder central hacia los demás entes federativos se introdujeron, mediante la Ley Orgánica de Descentralización de 1989, las competencias concurrentes y las competencias exclusivas de los Estados miembros. Con relación al "Situado Constitucional" de los Estados miembros, se elevó el porcentaje al 16% en 1990, con previsión de un aumento anual del 1% hasta llegar al límite del 20%. También quedó garantizado por la Ley Orgánica de la Descentralización, una transferencia de ingresos de los Estados miembros a los municipios denominado "Situado municipal".

Otra fuente de ingresos muy importante para los Estados miembros y municipios llegó a través del FIDES, como se mencionó anteriormente, el Fondo Intergubernamental para la Descentralización tiene como fuente de ingresos una parte de la recaudación del ICMS, que como el IVA de Argentina, es un impuesto que se cobra sobre el consumo, de amplitud nacional, de competencia del gobierno central. El FIDES comenzó en 1993 con el 4% y en el 2000 estaba en el 30% de participación de los ingresos provenientes del ICMS para los Estados miembros y municipios.



Con la descentralización de poderes y competencias del gobierno central hacia los Estados miembros y municipios, también se transfirió la responsabilidad de la ejecución de la prestación de servicios. Todavía existe, como novedad en las relaciones intergubernamentales, un mecanismo de transferencias de ingresos a los Estados miembros, en casos especiales, para ejecutar actividades específicas sujetas al análisis y aprobación de la comisión técnica.

Fue necesaria la Convención de Gobernadores para establecer el federalismo descentralizado en Venezuela. Para el desarrollo de las relaciones intergubernamentales entre las esferas de gobierno con las transferencias de competencias, autonomía e ingresos, se necesitaba un grupo coordinador para dirigir las demandas de carácter administrativo, normativo, político y financiero en la forma vertical²³⁷. Se estableció el Consejo Nacional de Intendentes y el Ministerio del Estado para colaborar en el trabajo de coordinación del proceso de Descentralización en 1993.

Con relación a las relaciones intergubernamentales, principalmente en el plano horizontal, se creó el Comité de Planificación y Coordinación, formado por los gobernadores, intendentes y el gobernante de los territorios nacionales para coordinar y elaborar proyectos, legislación para promover las relaciones entre las

²³⁷ DEL ROSARIO, Helia; MASCAREÑO, Carlos. Las relaciones intergubernamentales en el marco de la descentralización venezolana. In: OSPINA, Sonia; PENFOLD, Michael (Ed.). Gerenciando las relaciones intergubernamentales. Experiencias en América Latina. Nueva Sociedad, 2002. p. 22-23.



distintas esferas del mismo nivel o con otros niveles, sin la presencia del gobierno central.

Una importante lección que se puede aprender de la experiencia del proceso de descentralización del federalismo venezolano es la del salto de calidad en la prestación de los servicios públicos, con una mejora en la gestión y ejecución de esta función. Hubo una mejor aceptación por parte de la población con los servicios públicos prestados ya que existe una relación más próxima y directa con lo cobrado para su realización.

Con la elección de Hugo Chávez en 1998 cambió el cuadro político de Venezuela, con la victoria de la izquierda y con ésta los militares. La implementación del federalismo descentralizado y la noción de Estado se modificaron con la entrada de Hugo Chávez como Presidente de Venezuela, a pesar de que el texto constitucional de 1999²³⁸ exprese lo siguiente:

Artículo 4º - La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados por esta Constitución, y es regida por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad". (Venezuela, 1999b, Artículo 4o).

Ya no existía consenso en el grupo de Chávez sobre el federalismo descentralizado. Muchos congresistas de la Constituyente estaban únicamente a

²³⁸ VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta oficial, n. 36.860, 30 dic. 1999.



favor de la autonomía de los municipios y no de la de los estados, además del cambio de la democracia representativa por la democracia participativa, por el pueblo²³⁹. Los chavistas querían establecer un nuevo Estado, llamado Estado Comunitario, que tenía como referencia las comunidades o comunas que recibirían autonomía.

Con la nueva ideología de Hugo Chávez, los Estados miembros perdieron fuerza política y los militares, nuevamente, garantizaron la participación en la política, dirigiendo y controlando los programas territoriales, modificando el equilibrio federativo realizado por la descentralización de los poderes en Venezuela. En cuanto a las relaciones intergubernamentales, se creó el Consejo Federal de Gobierno –CFG– para planificar y coordinar la descentralización y transferencia de competencias del gobierno central a los demás entes federativos.

Para resolver el problema de desigualdades regionales se creó el Fondo de Compensación Interterritorial vinculado con el Consejo Federal de Gobierno –CFG–, con recursos para mejorar los servicios públicos en regiones con bajo desarrollo. Con la nueva elección de Chávez en 2004, su poder aumentó extremadamente, con una aplastante victoria en casi el 100% de los Estados miembros. Con este poder en sus manos, los Estados miembros y los municipios

²³⁹ ÁLVAREZ Ángelet al. ¿Qué es la democracia para los líderes venezolanos? Un estudio de los consensos y disensos entre los venezolanos influyentes en torno a la democracia. *Revista politeia*, Venezuela, n. 25, , 2000. p. 174.



quedaron sin autonomía política y con pocos recursos financieros, siendo evidente el cambio que hubo del Estado federal descentralizado al Estado de la revolución bolivariana o Estado Comunitario²⁴⁰.

²⁴⁰ BREWER, Allan Carías. Sobre el poder popular y el Estado comunal en Venezuela (El de cómo se impone a los venezolanos un Estado Socialista, violando la Constitución, y en fraude a la voluntad popular). 2010. p. 22. Mimeografiado



6. ARMONIZACIÓN FISCAL EN EL MERCOSUR Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL Y GLOBAL

6.1 LA GLOBALIZACIÓN Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Para tratar el tema de la armonización fiscal resulta necesario entrar en el campo de la globalización como el fenómeno mundial que aceleró y transformó las relaciones internacionales de los países. La globalización, con todos sus aspectos económicos, políticos, socioculturales, tecnológicos y comunicacionales, ha transformado las relaciones de integración²⁴¹ extinguiendo virtualmente las fronteras y conectando, de modo general,²⁴² los países, instituciones y las sociedades.

Entonces, todo lo que ocurre en el mundo, principalmente en el área política y económica, puede interferir de algún modo en la actividad económica de cualquier país. La apertura comercial de las fronteras de los Estados es un tema muy debatido en un mundo geopolítico globalizado, especialmente a fines de siglo XX y siglo XXI. Este fenómeno mundial tuvo un gran impulso con la informática y con el desarrollo de herramientas tecnológicas, potencializando la comunicación y la interacción entre pueblos en las más diversas localizaciones²⁴³.

²⁴¹ SALDANHA, Eduardo. *Harmonização legislativa tributaria*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 18.

²⁴² GRANILLO OCAMPO, Raúl. *Derecho Internacional Público de la Integración*. Tradução de S. Duarte; revisão técnica de José Carlos Hora y Silva; prólogo de Julio María Sanguinetti. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 7.

²⁴³ GONÇALVES, Reinaldo. *Globalização e Desnacionalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 29.



El gran propulsor del movimiento de la globalización es el poder del capitalismo y el mercado financiero que abren fronteras y puertas que antes eran totalmente infranqueables, de países que buscan inversiones extranjeras que dinamicen sus economías internas descapitalizadas. Es así como la apertura de mercado y la necesidad de mejoras en la calidad de la competitividad y la eficiencia son el objetivo de la política exterior adoptada por la mayoría de los países como forma de acompañar las transformaciones impuestas por la globalización.

La eficiencia y competitividad para mejorar los modelos de producción tienen que incluir una reducción de costos, flexibilidad, inversiones en informática y tecnología, todo ello en un ambiente en que prevalezca un sistema financiero con inversiones basadas en una escala global y con economías desreguladas. Para esto son necesarios algunos conceptos básicos, como por ejemplo: la apertura del mercado nacional con desregulación de la economía; precios competitivos y alineados a los estándares externos; política agresiva dirigida a la exportación con incentivos fiscales y exenciones, y la obtención de superávit en la relación exportación/importación²⁴⁴.

²⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. _____ (org.). A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Cortez Editora, 2002. p. 29-30.



Sobre el tema globalización muchos doctrinadores divergen respecto del origen y los resultados de este fenómeno mundial. Dependiendo de la profundización conceptual el hombre, al inicio de la historia, ya vivía en un mundo globalizado²⁴⁵. Nos detendremos en el concepto más reciente de la época del fin de la Guerra Fría en 1990, en que existió una hegemonía económica, política y cultural del Occidente en el mundo.²⁴⁶ Hubo un sobresalto del poder de la tecnología e informática en que pocos países ricos con "know-how" se diferenciaban del resto de los países pobres.

Los resultados del efecto globalización presentan señales negativas, según Joseph Stiglitz, ganador del Premio Nobel en Ciencias Económicas:

"la globalización, que podría ser una fuerza propulsora de desarrollo y de la reducción de las desigualdades internacionales, está siendo corrompida por un comportamiento hipócrita que no contribuye para la construcción de un orden económico más justo y para un mundo con menos conflictos"²⁴⁷.

Para otros, la globalización no tuvo los resultados esperados en determinados Estados por motivos de orden político de estos gobernantes, al promover las reformas intrínsecas que la globalización requiere, como por ejemplo,

²⁴⁵ Adriano Benayon. Globalização versus desenvolvimento. Brasília: LGE,1998, p. 218

²⁴⁶ SEITENFUS, R. Relações Internacionais. São Paulo: Manole, 2004. p. 175.

²⁴⁷ PRADO, Luiz Carlos Delorme. A política econômica deles, e a nossa...uma resenha de A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais. Rio de Janeiro: Revista de Economia Contemporânea, vol. 11 n° 3, Sept./Dec.2007.



la reforma tributaria, el desarrollo básico de la tecnología e informática y la apertura comercial plena y no sólo retórica. Para los defensores, hubo una mayor generación de empleo en países con mano de obra con menor costo y líneas de producción en diversos países como forma de aumentar la competitividad en diversos mercados regionales²⁴⁸.

Para Boaventura²⁴⁹ la globalización no trajo las maravillas que pregonaban de libertad, conocimientos tecnológicos, descubrimientos de nuevos productos, riquezas para la sociedad de modo general. Para él, el fenómeno globalización implica maldición, miseria, marginalización y exclusión social de los pueblos, con excepción de una minoría dueña del proceso de producción. Otras cuestiones negativas serían la reducción de los derechos sociales y la desvalorización del ser humano para responder a la necesidad de reducción de costos y al aumento de competitividad. Otro efecto dañino es la falta de regulación del capital especulativo que promueve la exclusión social en las economías.

Ante estas dos teorías opuestas sobre la globalización debemos hacer una reflexión sin llegar a los extremos. Tenemos que extraer los puntos positivos y tratar de descartar los negativos que el proceso de la globalización trae consigo. Es

²⁴⁸ CARDOSO, Miriam Limoeiro. Ideologia da globalização e (des) caminhos da ciência social In: Globalização Excludente GENTILI, Pablo (org.) Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Vozes, 1999, p. 96.

²⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. _____ (org.). A globalização e as ciências sociais. São Paulo: Cortez Editora, 2002. p. 53.



un hecho que las innovaciones tecnológicas, en su mayoría, llegaron para quedarse y convivir con ellas para siempre. Lo que no se debe es aceptar a la globalización como un paquete ya hecho e impuesto por las reglas dictadas por las grandes potencias dueñas de las reglas y del capital que hacen mover esta revolución mundial.

Por consiguiente, es necesaria una mirada crítica para observar qué es lo mejor y descartar el lado oscuro en este proceso de integración y conexión en las relaciones internacionales. Las reglas bien claras en un país firme con planificación y proyectos de desarrollo son necesarias para captar las oportunidades positivas encontradas en la "aldea mundial", respetando así los intereses nacionales²⁵⁰.

De esta forma, una de las especies de globalización es la integración de países o regiones formando bloques económicos con la extinción de fronteras y trabas económicas entre los componentes con el objetivo de potencializar sus economías y mercados²⁵¹. El origen de esta integración puede ser el aumento de mercado, como ocurrió con el BENELUX, acuerdo entre Bélgica, Holanda y Luxemburgo, o el agrupamiento económico en función de guerras o litigios entre países, ejemplificado por la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Ceca).

²⁵⁰ YONEKURA, Sandra Yuri. Contrato de consumo internacional. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n.267, 31 de mar. 2004. p. 03.

²⁵¹ MACHADO, J. B. M. Mercosul: Processo de Integração, origem, evolução e crise. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 19.



Otro ejemplo importante de integración económica es la Unión Europea mediante el Tratado de Maastricht²⁵².

El proceso de integración como forma de mejorar las relaciones entre los países es lo que preceptúa Juan Mario Vacchino:²⁵³ “agrupamiento voluntario de varios países soberanos situados, habitualmente, en una misma región del continente”. Dentro de los procesos de integración regional se encuentran en la doctrina distintas denominaciones según su finalidad: concertación, cooperación, coordinación, integración económica, integración política, integración social, integración de hecho, interdependencia, integración total, etc.

Los términos cooperación, indicando la finalidad de disminuir la discriminación entre países, y el de integración económica, indicando la finalidad de suprimir la discriminación entre países, presentan una diferencia, es decir, en la integración económica se eliminan las barreras aduaneras entre los países, y en la cooperación económica existe una eliminación parcial de las barreras aduaneras.

²⁵² LIPOVETZKY, Jaime César, LIPOVETZKY, Daniel Andrés. Mercosul: Estrategia para a Integração: Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunção = MERCOSUL: Estrategia para la Integración: ¿Mercado Común o Zona de Libre Comercio? Análisis y Perspectivas del Tratado de Asunción. São Paulo: LTr, 1994. p. 39-57

²⁵³ VACCHINO, Juan Mario. Integración económica regional. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1981. p. 9.



La formación de bloques regionales demuestra ser un recurso de los países contra los aspectos negativos de la globalización mediante ordenamientos comunes que tienen en cuenta la diversidad cultural, económica y social y el fortalecimiento del bloque contra la competencia exterior. Debido a ello surgieron algunos bloques comerciales como la Unión Europea, el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), el Mercado Común del Sur (Mercosur), la Zona de Libre Comercio del Sudeste Asiático (ASEAN) y el Foro de Cooperación Económica de Asia-Pacífico (APEC).

La formación de bloques económicos es una característica muy presente en este mundo globalizado, con la posibilidad de unión de algunos bloques regionales facilitando la comercialización entre los mismos. Recientemente, en 2015, EE.UU. y Japón, Australia, Brunei, Canadá, Chile, Singapur, Malasia, México, Nueva Zelandia, Perú y Vietnam acordaron la realización del mayor acuerdo comercial regional de la historia, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica –TTP–.

Otro modelo de integración es el Tratado Transatlántico de Comercio e Inversión (TTIP), se trata del más reciente proyecto de integración regional planificado desde el fin de la Guerra Fría con debates en los años 1990. El TTIP fue presentado en el año 2013, por el Presidente de los Estados Unidos Barack Obama y la Unión Europea –UE–. Se proyectó con normas comerciales de mercado



de las democracias del Occidente para enfrentar el crecimiento económico de China. Con la participación de la Unión Europea y de EE.UU. equivale a un poderío económico con el 45% del PBI del planeta y la participación de 800 millones de habitantes que integran la mayor zona de libre comercio del mundo.

La búsqueda del mantenimiento de las relaciones recíprocas, armónicas, interdependientes y el fin virtual de las fronteras que limitan los países son los objetivos de la integración regional. En el aspecto jurídico existe una necesidad de uniformidad en los ordenamientos de cada participante para hacer viable y concreta la integración regional. Por consiguiente, es necesaria la elaboración de una legislación propia del bloque económico a los fines de dirimir cualquier situación jurídica.

Específicamente, el Tratado de Asunción –Mercosur– previó la integración de la legislación relacionada con las áreas básicas de la tributación para viabilizar el mercado común entre Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay y Venezuela a través de la armonización. Es necesaria la armonización de los tributos sobre consumo y sus alícuotas para la libre circulación de bienes y personas, como también de los impuestos sobre las importaciones de los productos nacionales dirigidos a otro país del bloque.



En la creación de un bloque regional se necesita una lista de reglas que delimiten el posicionamiento de los participantes. Armonización y definición de reglas, a través de reglamentos con aceptabilidad internacional facilitan la circulación de bienes y servicios. La armonización de las reglas sanitarias en el comercio de productos alimenticios por medio del Acuerdo sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (AMSF) es una realidad en las transacciones comerciales en el mundo global. La falta de armonización de normas entre los países participantes crea obstáculos en la producción, consumo y circulación de personas, bienes y capitales. De allí la importancia de la armonización legislativa en la aldea global.

La etapa para alcanzar la uniformidad o armonización de las normas jurídicas varía de acuerdo con los objetivos culturales, económicos, políticos y sociales propuestos por los integrantes del bloque de integración con el fin de lograr el crecimiento de las relaciones y la circulación de bienes, servicios y el intercambio de personas interbloque²⁵⁴.

²⁵⁴ CANO, Hugo Gonzáles.. A Harmonização Tributária em processos de integração econômica, Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária; tradução de Ana Cecília Estellita Lins e revisão de Oswaldo da Costa e Silva, Brasília: ESAF, 1986, p. 11.



Los tratados internacionales son los instrumentos legales característicos de la formalización de esta integración que pueden constar de las siguientes etapas de profundización integrativa²⁵⁵:

- La Zona de Preferencia Arancelaria –ZPA– es el modelo de integración entre dos o más países con derecho aduanero diferenciado de los demás países.

- La Zona de Libre Comercio –ZLC– es el modelo de integración intermedio o provisorio entre la Zona de Preferencia Arancelaria y la Unión Aduanera que implica el fin o reducción de las barreras aduaneras entre los integrantes del bloque económico, aunque los países miembros mantienen sus gravámenes sobre los países no participantes del bloque.

- La Unión Aduanera –UA–²⁵⁶ cuenta con un nivel superior de integración que permite la libre circulación de bienes interbloque y la comercialización y relaciones con otros países fuera del bloque económico, imputando un Arancel Externo Común para los productos procedentes de países no incluidos en la integración regional.

- El Mercado Común –MC– es el modelo de integración que implica la libre circulación de personas, servicios, capitales y mercaderías. Difiere de la Unión Aduanera porque en esta última solamente existe la libre circulación de bienes mientras que en el Mercado Común existe libre circulación de bienes y factores de producción.

²⁵⁵ DASSO, Ariel Gustavo. Mercosur: Problemática Jurídica: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires: La Ley, Tomo 1991-Y, 1991, p. 1247.

²⁵⁶ BÖHLKE, Marcelo. *Integração regional & autonomia do seu ordenamento jurídico*. 1. ed. 7ª reimpr. Juruá: Curitiba, 2010. p. 39.



- La Unión Económica²⁵⁷ es el nivel más alto y considerada por muchos como la integración perfecta porque permite la libre comercialización dentro del bloque, con la posibilidad de relacionarse con otros países fuera del bloque. Además, su integración es más sólida, estableciendo políticas comunes y de seguimiento de las reglas de políticas económicas y armonización tributaria entre los participantes de la integración regional.

En el estudio de la armonización existen dos modelos a considerar: La armonización de la estructura formal y funcional del sistema tributario que responde por la uniformidad técnica-formal de las normas, a saber: la tributación en el destino o en el origen, acumulativa o no acumulativa, alícuotas y bases de cálculo, concediendo el derecho de los países integrantes de fijar los niveles de tributación considerando la compatibilidad de las reglas y objetivos del bloque económico²⁵⁸.

Otro modelo de armonización es el de la parametrización de los niveles de tributación, con rigidez tributaria, que prohíbe la libertad en la aplicación de los tipos impositivos que sean contrarios a las reglas establecidas por el tratado propuesto por la integración regional. Este modelo de armonización tributaria

²⁵⁷ OCAMPO, Raúl Granillo. *Derecho Público de la integración*. 1. ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007. p. 61.

²⁵⁸ PITA, A Harmonização Tributária. Ministério da Fazenda. Escola de Administração Fazendária. Tradução de Hilda Baldenes da Costa e Oswaldo da Costa Silva, Brasília: ESAF, 1989. p. 21; Uma abordagem conceitual da harmonização tributária no Mercosul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *O Direito Tributário no Mercosul*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 120.



requiere un profundo estudio de estrategia económica por parte de los participantes para viabilizar este elevado grado de integración.

La armonización tributaria es aplicada con diferente intensidad según su forma. Cuando se realiza bajo la forma de Coordinación se crean políticas públicas tributarias con metas comunes que evolucionen a través de negocios intergubernamentales. Cuando se realiza bajo la forma de Armonización o Conformación se crea un modelo general de tributación con el fin de extinguir o reducir las divergencias tributarias con normas generales, aunque manteniendo la autonomía de los países miembros de legislar sobre asuntos internos.

Cuando se realiza bajo la forma de Uniformización se excluyen totalmente las divergencias tributarias eligiendo un código propio y sin autonomía de los países integrantes de legislar sobre la materia, lo que significa una renuncia de soberanía en la esfera tributaria²⁵⁹. Esta intensidad de armonización se produce en procesos de integración económica con nivel muy elevado.

La legislación tributaria es un instrumento muy importante que influye en las relaciones comerciales en la aldea global. Basada en el reglamento tributario de un país se realizan muchas inversiones privadas y los problemas

²⁵⁹ ALMEIDA, J.J. Marques de. *Coordenação da Tributação Directa: evolução e perspectivas futuras*. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO FISCAL, 1., 2000, Porto. Anais. Porto: UFP, 2000. p. 28.



burocráticos en el área tributaria son obstáculos para la obtención de estas inversiones. El proceso de globalización requiere buenas condiciones para la circulación de bienes, servicios y capitales entre los países que desean ser competitivos en la comercialización internacional.

La necesidad de reglas tributarias que sean compatibles con lo aplicado tributariamente en el mundo es fundamental, no solamente en los llamados tributos aduaneros sobre la importación y la exportación sino también en los impuestos recaudados internamente sobre el consumo y la renta con bases de incidencia con gran movilidad.

Sobre la ideología de la globalización y la armonización tributaria, los países participantes de la formación de bloques regionales económicos o de la integración regional deben renunciar a su soberanía tributaria, con la reducción de su autonomía de legislar tributariamente. Tal ideología va contra los principios del federalismo fiscal descentralizado ya que otorga competencias a los entes descentralizados y autonomía para fijar normas tributarias que pueden obstaculizar la formación de bloques regionales económicos. Es importante señalar lo que ha dicho Balthazar respecto de que la armonía fiscal no es lo mismo que unificación



fiscal, es decir, aun con armonización tributaria pueden existir barreras fiscales entre los componentes de la integración regional o del bloque económico²⁶⁰.

El modelo de federalismo fiscal descentralizado prevé una autonomía tributaria para los entes federativos capaz de garantizar ingresos suficientes para cubrir los gastos relativos a la ejecución de su función pública al promover la prestación de servicios para la sociedad. Este contacto más próximo entre el gobernante, ejecutor de la función pública, y el pueblo permite una relación de mayor exigencia y responsabilidad en la evaluación de la calidad del servicio prestado y la cantidad de impuestos pagados.

Un factor positivo para la autonomía tributaria de los entes federativos es la valoración de la democracia que se realiza con esta relación más próxima del ciudadano y el gobernante. Esta autonomía eleva la responsabilidad de buscar mayor eficiencia tributaria para lidiar con la movilidad de las bases tributarias impuestas por el proceso de globalización. Existe una competencia entre los entes para modernizar la máquina recaudadora con el objetivo de desburocratizar y reducir la carga tributaria para atraer estas bases tributarias, tanto interna como externamente.

²⁶⁰ BALTHAZAR, Ubaldo César. Análise dos conceitos de base preliminares à idéia de um mercado do Cone Sul. Seqüência, Florianópolis, n. 29, dez. 1995. p. 21.



Ante tal competencia a nivel internacional es necesario que el gobierno central, o la unión, actúe como coordinador de este proceso para planificar estrategias y modificaciones normativas que se adecuen a las exigencias de las reglas del mercado internacional. Una de las modificaciones tributarias requerida es la concentración de la competencia tributaria en la esfera federal a los fines de la armonía tributaria, principalmente, los tributos sobre la renta y el consumo que tienen bases de incidencia con mayor movilidad.

Así, los modelos federativos descentralizados en que los entes federativos cuentan con una capacidad recaudadora propia, sin depender de las transferencias de ingresos del gobierno federal, son más fortalecidos políticamente. Sin embargo, lo que actualmente se puede presenciar son federaciones con desigualdades y sus entes federativos con una deficitaria capacidad fiscal respecto de sus gastos públicos.

Para ejemplificar la problemática antes mencionada se encuentra el caso de Brasil en que la mayoría –si no todos– de los Estados miembros de la Región Norte y Nordeste, aun con competencias y autonomía iguales a los otros Estados miembros, dependen intensamente de las transferencias de ingresos del gobierno central para desarrollar las funciones públicas básicas para la sociedad.



Lo que explica esta desigualdad entre los Estados miembros de la federación brasileña es la falta de estructuras básicas, como educación, salud, caminos, aeropuertos, puertos, transportes, logística, que son decisivas en el momento de aplicación y accesibilidad de las inversiones privadas internas o extranjeras, aun cuando estos Estados miembros, con problemas estructurales, tengan beneficios fiscales, como exenciones o reducción de la carga tributaria. Por lo tanto, el problema de las desigualdades regionales encontradas en algunas federaciones no se reduce a tener o no tener competencia tributaria.

Es una realidad que el proceso de globalización y el origen de diversos bloques de integración económica estableció reglas e innovaciones tributarias que influyeron en la movilidad de los sistemas tributarios clásicos de algunas federaciones. Principalmente en la división de las competencias entre estos entes federativos. La formulación de una política tributaria por parte del gobierno federal, en el papel de coordinador, debe enfocarse en los factores internos y externos debido a la gran presión para lograr la armonización tributaria interna y externamente²⁶¹.

En el federalismo fiscal brasileño descentralizado el impuesto al consumo es de competencia de 27 legislaciones diferentes que tratan sobre el Impuesto sobre Operaciones Relativas a la Circulación de Mercaderías y sobre

²⁶¹ REZENDE, Fernando. Descentralização Fiscal. In _____ (coord.) Desafios do Federalismo Fiscal, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 12.



Prestaciones de Servicios de Transporte Interestatal, Intermunicipal y de Comunicación –ICMS–. La falta de armonización tributaria dificulta la realización de las obligaciones tributarias, además de producir tratamientos diferenciados de los contribuyentes en una misma federación.

Con la centralización tributaria existe un tratamiento igualitario de los contribuyentes, además de reducir el peso de la máquina recaudadora y sus costos, valiendo tanto para el sujeto activo de la obligación tributaria, el Estado, como para el sujeto pasivo, empresas y contribuyentes personas físicas que ejercen sus funciones en diversos Estados miembros. Para el fisco, la consolidación del impuesto sobre el consumo en la esfera federal facilitaría la operatividad y el monitoreo de los contribuyentes evitando la evasión del impuesto.

Como vimos precedentemente, el papel de coordinación por parte del gobierno central en cuanto a poder gestionar los tributos sobre la renta y el consumo es fundamental. Un buen ejemplo es el de Alemania, que cuenta con la competencia de legislar sobre los tributos sobre la renta (IR) y el consumo (IVA) en el gobierno central pero no es una competencia exclusiva sino concurrente. Así pueden los Estados miembros elaborar normas tributarias siempre que no exista una ley federal sobre el mismo asunto.



Debemos tener en cuenta que no es suficiente unificar los tributos sobre la renta y el consumo en la competencia de la esfera federal como solución de los problemas federativos. Es necesario un conjunto de medidas tendiente a condicionar a los demás entes federativos a una estructura básica de servicios públicos de calidad y a una autonomía financiera que permita costear sus gastos.

La seguridad jurídica constitucional es uno de los instrumentos capaces de lograr esta autonomía financiera. La inclusión en el texto constitucional de instrumentos, como por ejemplo, la coparticipación tributaria de los demás entes federativos en los ingresos provenientes de los impuestos bajo el dominio del gobierno central y la previsión de transferencias intergubernamentales de ingresos, permiten a los entes federativos elaborar y realizar su políticas públicas de acuerdo con la necesidad de las comunidades y respetando las nociones básicas de una federación.

La autonomía financiera de los Estados miembros en una federación con centralización tributaria puede ser viabilizada a través de las transferencias constitucionales, legales, condicionales, incondicionales, y otros mecanismos. Particularmente las transferencias incondicionales, que no se vinculan a gastos específicos, están más identificadas con la estructura del federalismo ya que facilita que los entes federativos utilicen la mejor manera posible, teniendo en cuenta las



particularidades de la región y conservando la autonomía de los entes descentralizados.

Para la ejecución de servicios públicos como educación, el gobierno federal trató de garantizar y fiscalizar la ejecución de este servicio esencial por medio de las transferencias condicionales porque se trata de política pública de carácter nacional. Por otro lado, para mantener una política fiscal con ecualización entre los entes federativos y combatir las desigualdades regionales, resulta necesario que estas transferencias sean constantemente actualizadas para adecuarse a la nueva realidad de la sociedad, principalmente en la oferta de bienes y servicios básicos.

Volviendo al ejemplo del modelo federativo de Alemania, el mismo permite que el gobierno central y los demás entes federativos descentralizados puedan planificar, conjuntamente, metas que atiendan las particularidades locales acatando, también, las exigencias impuestas por la globalización. Por eso no creemos que la centralización tributaria, en la esfera federal, sobre la renta y el consumo excluya la autonomía de los demás entes federativos ni ofusque los lineamientos del Estado federal. Por el contrario, permite una mayor eficiencia y recaudación con reducción de costo de la máquina administrativa y disminución de la evasión fiscal.



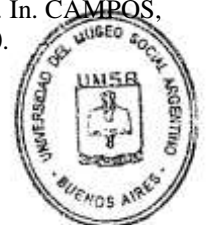
No podemos negar que los entes federativos descentralizados se perjudican con la disminución de su autonomía cuando existe centralización tributaria de los principales tributos recaudados, como los impuestos sobre la renta y el consumo, en la esfera del gobierno federal. Pero por otro lado, sin esta centralización se podría producir la famosa "Guerra Fiscal", como ocurre en Brasil.

El poder del proceso de globalización es una realidad que no podemos negar, con la imposición de sus reglas de mercado en la aldea global. Lo que no puede ocurrir es que los Estados federados centren su atención en estos mercados, con sus reglas de eficiencia económica, y se olviden de las realidades locales de la federación. Los gobernantes tienen la obligación de observar a los entes federativos sin autonomía financiera y a sus comunidades supliendo la deficiencia en la prestación de servicios básicos. De acuerdo con el principio federativo, todos deben ser tratados de forma ecuánime y con dignidad porque tienen los mismos derechos.

6.2 LA ARMONIZACIÓN TRIBUTARIA Y LA INTEGRACIÓN REGIONAL DEL MERCOSUR

Dentro del proceso de integración regional, estimulado por la globalización,²⁶² no podemos dejar de tratar el tema del MERCOSUR, que es el

²⁶² AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. O preço de transferência no Mercosul. In. CAMPOS, Dejalma (Coord). O sistema tributário e o Mercosul. São Paulo: LTr, 1998, p. 19-20.



principal bloque económico de Latinoamérica. Después de diversos ensayos de integración regional, en 1991, se creó en Paraguay el Tratado de Asunción formalizando así el Mercado Común del Sur –Mercosur–, constituido por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y, más recientemente, Venezuela como países miembros.

Otros países como Ecuador, Bolivia, Chile, Colombia, Perú, son miembros asociados sin poder de voto. Ecuador solicitó hace poco tiempo su intención de participar como país miembro del bloque. México tiene presencia como miembro observador.

Con los objetivos de mejorar la competitividad, productividad, estimular la libre circulación de bienes y servicios en un mundo globalizado e integrado, y aprovechando ejemplos exitosos de integración regional, como el de la Unión Europea, el Mercosur trata de entrar en el mercado externo con políticas de desarrollo económico respetando las particularidades de cada miembro del bloque económico. No sólo buscando el interés económico sino promoviendo una integración cultural, científica y tecnológica²⁶³.

²⁶³ FIGUEIRAS, Marcos Simão. Mercosul no Contexto Latino-americano. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 25-42.



El Mercosur establece en su primer artículo los compromisos que deberán cumplir los países miembros, tal como lo demuestra Ricardo Meirelles²⁶⁴:

a) Circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países mediante, entre otros, la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida de efecto equivalente.

b) Arancel externo común, la adopción de una política comercial común en relación a terceros Estados o agrupamiento de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales.

c) La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetario, cambiario y de capitales, de servicios, aduanera, de transporte y comunicaciones, y otras que sean acordadas a los fines de garantizar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados partes.

d) El compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones, en las áreas correspondientes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

²⁶⁴ MEIRELLES, José Ricardo. *Impostos indiretos no Mercosul e Integração*. São Paulo: LTr, 2000. p.30.



Para lograr una plena integración es necesario que los países miembros cumplan los compromisos de armonización de las normas tributarias internas de cada miembro con el instrumento jurídico a crear, como un código tributario del Mercosur, para concretar la integración del bloque como Mercado Común²⁶⁵.

La armonización del sistema tributario se encuentra prevista en el Tratado de Asunción, por medio del fin de los aranceles aduaneros y la elaboración de un arancel externo común (AEC), que tiene como objetivo facilitar la circulación internacional de bienes y productos con las mismas bases tributarias incidentes dentro de los países integrantes²⁶⁶.

Esta armonización tributaria contenida en el artículo 7º del Tratado de Asunción está lejos de concretarse. En la actualidad se está intentando obtener un mínimo de uniformidad en materia tributaria mediante la coordinación política, es decir, sin la existencia de un Tribunal o un ordenamiento jurídico que regulen los derechos y deberes para lograr una verdadera armonía tributaria entre los componentes del bloque económico.

²⁶⁵ OBREGÓN, Marcelo F. Quiroga. A necessidade de aplicação do Direito Comunitário no Mercosul. São Paulo: Lúmen Júris, 2004. p. 41.

²⁶⁶ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Mercosul: Direitos Humanos, Globalização e Soberania. Belo Horizonte: Inédita, 1997. p. 39-48.



Dentro del organigrama estipulado por el el Tratado de Asunción el Mercosur posee dos organismos responsables de coordinación de la integración del bloque: el Consejo Mercado Común –CMC–, que trata la política y fiscalización de las decisiones del bloque, y está compuesto por los ministros de Relaciones Exteriores y de Economía de los países miembros, y con la presencia de los jefes de los Estados en reuniones. El Grupo Mercado Común –GMC– es el responsable de la realización de las decisiones tomadas por el CMC, proponiendo medidas concretas para el fortalecimiento de la integración del bloque y está coordinado por el Ministerio de Relaciones Exteriores²⁶⁷.

El Tratado de Asunción estableció la armonización de las normas tributarias básicas para viabilizar el mercado común entre los países miembros. La realización de la integración de las normas tributarias en un ordenamiento único es en extremo importante, principalmente con relación a los tributos sobre el consumo y aduana, que con la armonía de las alícuotas permite la libre circulación de bienes y personas.

Con un mínimo de normalización tributaria se evita que se produzcan desigualdades entre los países miembros en las relaciones comerciales. La falta de esta normalización viabiliza el surgimiento de conflictos arancelarios

²⁶⁷ PIRES, Alice C. de Souza, FONSECA, Amanda Gonçalves, CROSHERE, lindira Lima. Soluções de Controvérsias no Mercosul. São Paulo: LTr, 1998. p. 21-30.



que traban el proceso integrativo. Estos obstáculos tributarios desaceleran el proceso natural propuesto por el bloque.

El Mercosur, por la falta de normas tributarias armónicas, reiteradamente presenta conflictos arancelarios y no arancelarios que provocan la paralización de las liberaciones de importaciones de productos fabricados en cada país miembro. Estas trabas fiscales se reflejan directamente en la obtención del nivel integrativo regional del Mercado Común²⁶⁸.

Esta falta de normalización tributaria en un bloque de integración económica como el Mercosur, con países miembros con diferentes legislaciones fiscales, se debe corregir por medio de la estandarización de las normas tributarias: Coordinación²⁶⁹, Armonización y Uniformización²⁷⁰, citados anteriormente.

En el Mercosur, el Tratado de Asunción trata la normalización a nivel de coordinación y armonización, sin incluir el nivel de uniformización, que es un nivel muy avanzado en términos de integración económica. Así, la realización de una armonización de la legislación vigente, especialmente en materia tributaria, es de suma importancia toda vez que sólo tendremos un mercado común cuando

²⁶⁸ SALDANHA, Eduardo. *Harmonização legislativa tributária*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 122.

²⁶⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima. . *O preço de transferência (transfer- pricing): da coordenação à harmonização tributária no MERCOSUL*. In: IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur – los procesos de integración en el nuevo milenio. La Paz: UCB, 2000, p. 230.

²⁷⁰ PITA, Claudino. *Uma abordagem conceitual da harmonização tributária no MERCOSUL*. In: SALAZAR, Antônio; PEREIRA, Lia Valls (orgs.). *MERCOSUL: perspectivas da integração*. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p. 132.



haya libre circulación de bienes, servicios, factores productivos y capitales interbloque.

Actualmente el Mercosur se identifica, a nivel integración, como una unión aduanera imperfecta²⁷¹ ya que los aranceles externos comunes –AEC– no se aplican a todos los productos. Ello es así a pesar de que el artículo primero del Tratado de Asunción exprese el fin de las tarifas aduaneras y no aduaneras, como mercado común con la garantía de la “libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países”.

Sobre el conflicto de las normas internas y externas que los países miembros enfrentan en el proceso de formación del bloque integrativo en el Mercosur, Argentina tiene una Constitución que acoge a los Tratados y Acuerdos Internacionales con status superior a las normas internas, por lo tanto, no existen conflictos de normas. En Brasil, los Tratados y Acuerdos Internacionales tienen vigencia solamente después de ser aprobados por el Congreso Nacional y sancionados por el Presidente de la República.

En el ordenamiento jurídico brasileño hay un trámite diferenciado para la aceptación de Tratados. El Presidente de la República celebra el Tratado y

²⁷¹ OCAMPO, Raúl Granillo. *Derecho Público de la integración*. 1. ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007. p. 61.



el Congreso Nacional lo examina y ratifica. El legislador constituyente brasileño de 1988 adoptó la teoría dualista, reservando carácter de Enmienda Constitucional solamente a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos²⁷².

Sobre los tributos incidentes en el consumo de los países miembros que constituyen el Mercosur, el IVA existe en Argentina, Uruguay, Paraguay y Venezuela. Solamente Brasil tiene dificultades para la realización de la armonización de la legislación tributaria a nivel del Mercosur. La incidencia de los tributos sobre el consumo o la circulación de los productos –IPI; ICMS e ISS– tienen competencias diferentes en Brasil.

El gobierno federal tiene competencia tributaria sólo sobre el IPI. El ICMS pertenece a la esfera estatal y el ISS a la municipal. Por consiguiente, poseen reglas diferenciadas que dificultan la armonización tributaria en el Mercosur. Esto implica que en la celebración de Tratados internacionales en la esfera tributaria el gobierno federal no puede legislar tributos de competencia estatal o municipal.

Como resultado de todas estas trabas fiscales, el Mercosur permanece en una unión aduanera incompleta, con proteccionismo, asimetrías

²⁷² GONZAGA, Livia Leite Baron. *A interpretação das convenções contra dupla tributação internacional à luz da teoria da argumentação jurídica*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 253. Disponible en: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-19112010-084307/>>. Acceso el: 24/08/2016.



jurídicas y una lista de excepción de arancel externo común –AEC– que excluye algunos productos procedentes de países fuera del bloque. Para que el Mercosur tenga futuro –cuestión tan importante para el crecimiento de Latinoamérica– es esencial la regulación de los impuestos indirectos que inciden sobre el consumo.

El Mercosur tiene una enorme deficiencia en materia de formación de bloques de integración económica cuando se lo compara con el ejemplo de la Unión Europea. Su estructura organizacional no cuenta con instrumentos, como una institución jurídica supranacional, de fiscalización, control y de coerción que obligue a los países miembros a respetar los términos acordados y enumerados en el Tratado de Asunción para la plena realización del bloque de integración económica.

Otra gran dificultad que enfrenta el bloque de integración del Mercosur es a la fuerte presencia de discrepancias económicas, sociales y políticas en distintas regiones de los países miembros. En la actualidad estas desigualdades regionales son barreras impeditivas para lograr el mercado común y el crecimiento igualitario y sustentable de los países miembros.

La iniciativa para lograr el mercado común en la integración del bloque debe partir de Brasil, por medio de una reestructuración del pacto federativo brasileño y autonomías financieras de los municipios, Estados miembros, e incluso



de las regiones, tendiente a la consolidación interna del Estado Federal²⁷³. En Brasil existe un fuerte rechazo por parte de algunos Estados miembros y municipios, que tienen autonomía financiera, en la realización, profunda y esencial de una reforma tributaria que minimice la compleja estructura fiscal y que utilice al IVA como instrumento de armonización legislativa para la integración del bloque económico del Mercosur.

A diferencia del modelo de integración de la Unión Europea, en que los países miembros tuvieron voluntad política y cooperación para la concreción del bloque económico, en el bloque económico del Cono Sur es evidente la falta de cooperación y voluntad política para establecer modificaciones en la legislación tributaria de los países miembros que lleven a la plena concreción de la integración regional.

²⁷³ PADOIN, Maria Medianeira. Federalismo gaúcho: fronteira platina, direito e revolução. São Paulo: Companhia Editora Nacional. (Coleção brasileira novos estudos; v. 3), 2001.



7. REFORMULACIÓN DEL PACTO FEDERATIVO FISCAL PARA QUE PROPORCIONE EFICIENCIA Y EQUILIBRIO REGIONAL

En el estudio del federalismo fiscal verificamos, en la actualidad, un contraste y una falta de uniformidad en las economías de la gran mayoría de las federaciones en el mundo globalizado²⁷⁴. Riqueza contrastando con mucha pobreza²⁷⁵, tanto en federaciones como también en regiones de una misma federación. Si estas desigualdades duran mucho tiempo pueden llevar a conflictos y estallidos sociales, y a políticas que resulten inviables para la estructura federativa de la nación.

Nuestra intención en este humilde estudio es demostrar estas desigualdades y enumerar algunas iniciativas en la estructura federativa de estos Estados con el objetivo de modificar el *statu quo* de tales disparidades localizadas en estos Estados federados²⁷⁶. La realidad de las desigualdades regionales en los países que componen el Mercosur impide la consolidación de la integración regional económica.

²⁷⁴ ABRUCIO, Luiz Fernando; Costa, Valeriano Mendes Ferreira. Modelos federativos e o caso brasileiro. In: Abrucio, Luiz F. Costa, Valeriano M. F. Reforma do estado e o contexto federativo brasileiro. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer (pesquisas n° 12), 1998. p. 24.

²⁷⁵ LAVINAS, Lena. Pobreza e exclusão: traduções regionais de duas categorias da prática. Econômica, v. 4, n. 1, p. 25-59, jun., 2002. p. 29.

²⁷⁶ MARIANO, Karina L.P. O neoliberal institucionalismo: um modelo teórico para a integração regional. Cadernos Cedec, n. 50, p. 1-30, 1995. p. 22.



Constatamos que con el correr del tiempo, y más específicamente en el caso de los países miembros del bloque económico del Mercosur, estas desigualdades se resisten aun adoptando iniciativas como beneficios fiscales, exenciones, créditos subsidiados, etc., para el desarrollo regional y la disminución de las desigualdades. Uno de los factores de dichas diferencias regionales, mencionado en el capítulo anterior, es el desnivel interno de infraestructura y calidad de servicios públicos entre los Estados miembros/provincias/departamentos o regiones de los países del Mercosur.

La falta de inversión privada junto a la baja capacidad fiscal de los Estados miembros/provincias sin autonomía financiera, son factores que impiden el cambio en la infraestructura deficiente y precaria de estos países. Tal falta de autonomía financiera, influenciada por el proceso de globalización²⁷⁷, de los Estados miembros/provincias más pobres mantiene una relación de dependencia, muy antigua, debido a las transferencias de ingresos provenientes del gobierno central.

Otro factor que impide la disminución de las desigualdades regionales es la política pública enfocada en los servicios públicos, considerados esenciales, como educación, salud, vivienda y seguridad, que se encuentra muy debilitada, lo que origina barreras sociales que no atraen la inversión privada

²⁷⁷ AFFONSO, Rui de Britto Álvares (1999). A Federação na Encruzilhada. In: Quem és tu, Federação? São Paulo: Rumos –Os Caminhos do Brasil em Debate, Ano 1, n° 2, mar/abr. p.29-38.



nacional ni internacional para el establecimiento de nuevas empresas y emprendimientos.

Es sumamente necesaria una política pública con oferta de servicios de educación y salud de buena calidad, con una mano de obra especializada²⁷⁸ y adaptada a los nuevos requerimientos tecnológicos impuestos por el mercado globalizado. El gobierno federal debe amparar a estos Estados miembros/provincias o regiones de la federación con menor desarrollo mediante un tratamiento diferenciado y con mayor equidad en las transferencias de recursos entre los demás entes federativos, con la firme intención de lograr el equilibrio del desarrollo federativo.

Como forma de terminar con las desigualdades regionales en los países del Mercosur, los gobernantes deben reestructurar el modelo de distribución de recursos hasta entonces vigente. Redimensionando estas transferencias para aquellos entes federativos o regiones con Índices de Desarrollo Humano –IDH–²⁷⁹ más bajos y priorizando en los mismos las políticas públicas esenciales como salud, educación e infraestructura.

²⁷⁸ LAVINAS, Lena. Pobreza e exclusão: traduções regionais de duas categorias da prática. *Econômica*, v. 4, n. 1, p. 25-59, jun., 2002. p. 45

²⁷⁹ Definição de IDH em 1990. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - UNDP. *Human Development Report 2013. The Rise of the South: Human Progress in a Diverse World*. New York: UN, 2013. p. 10.



Actualmente, debido a la crisis fiscal mundial, los modelos federativos deben adecuarse a una nueva realidad de la sociedad moderna y globalizada²⁸⁰. Dentro del proceso de globalización existen modelos y reglas de economías implacables que ejercen mucha presión sobre los países para que se alineen a su proceso productivo, bajo pena de ser expulsados del proceso y fomentar más desigualdades económicas y sociales.

El estudio de la formación de bloques de integración económica nos demuestra lo importante que la misma es para que sus participantes tengan beneficios reales. Según Karina Mariano²⁸¹: “Es necesario ofrecer a los grupos integrantes compensaciones por su participación y para equilibrar los posibles efectos deletéreos que la misma pueda ocasionar. La perspectiva futura de recibir algo a cambio del sacrificio estimula el apoyo a la integración”

Para tratar de minimizar los sacrificios y los efectos negativos de esta exclusión, que muchos entes federativos sufren, debe haber instrumentos compensatorios para que a través de los mismos los gobiernos presenten en su planificación estratégica interna la inclusión socioeconómica de estas regiones/ lugares como prioritarias en el proceso de desarrollo regional, con transferencias de ingresos para proyectos que eliminen dichas asimetrías.

²⁸⁰ ELAZAR, Daniel J. *International and Comparative Federalism*. PS: Political Science & Politics, vol. XXVI, nº 2, 1993. p. 19-195.

²⁸¹ MARIANO, Karina L.P. *O neoliberal institucionalismo: um modelo teórico para a integração regional*. Cadernos Cedec, n. 50, p. 1-30, 1995. p. 10.



Para reducir las desigualdades es necesario promover modificaciones al sistema tributario de estos países miembros del Mercosur. Brasil, particularmente, debe establecer el principio del destino en las transacciones interestatales, además de eliminar los beneficios fiscales y fondos de desarrollo regionales y el monto de sus recursos prorrateados para los entes federativos con menores Índices de Desarrollo Humano –IDH–.

Es importante destacar que el problema no se resuelve solamente con el aumento de las transferencias a los entes federativos. Es una función del gobierno federal acompañar y condicionar, por medio de metas a alcanzar, mejoras en la salud, educación e infraestructura, con el objetivo de reducir las diferencias de desarrollo entre los entes federativos.

Únicamente con la participación de la inversión pública es posible minimizar los problemas derivados de las desigualdades regionales en el desarrollo de un país. La calidad de vida de su pueblo con una buena prestación de servicios facilita el mantenimiento de la integridad nacional y la estructura federativa. Imaginar que el capitalismo con la nueva ideología de globalización ejercerá esta función pública no tiene una razón de ser ya que las reglas de mercado requieren competitividad de los Estados o regiones, lo cual tensiona aún más las disparidades económicas entre los entes federativos.



En el caso brasileño, con un modelo cooperativo expresado en la Constitución de 1988²⁸², la federación está informalmente dividida en dos regiones económicas. La primera, con un Índice de Desarrollo Humano –IDH– muy elevado, compuesta por el Sur y Sudeste. La segunda, con grandes desigualdades, está compuesta por las regiones Norte y Nordeste. Con el fin de recortar estas diferencias de desarrollos regionales, el gobierno federal creó diversos programas para los entes federativos más pobres, como por ejemplo: el Fondo Constitucional de Financiación del Norte (FNO), del Nordeste (FNE) y del Centro-Oeste (FCO), e incentivos fiscales de la Zona Franca de Manaus, Amazonia Occidental y Áreas de Libre Comercio; entre otros.

Esta planificación de desarrollo regional no obtuvo buenos resultados ni modificó, en la mayoría de los casos, las desigualdades regionales en la federación debido a la mala gestión de estos recursos, como por ejemplo: asignación incorrecta, influencia política, corrupción y, principalmente, falta de transparencia y de fiscalización rígida por parte del gobierno federal.

Construcciones de caminos pavimentados que no tienen sentido, construcciones de aeropuertos en los que hasta hoy no aterrizó ningún avión,

²⁸² CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: Hofmeister, Wilhelm; Carneiro, José M B (orgs). Federalismo na Alemanha e no Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer (Centro de Estudos), 2001, p. 71-87.



edificaciones inconclusas y abandonadas de hospitales, etc. Son ejemplos de la ineficiencia y negligencia del uso del dinero público que de por sí es insuficiente y escaso en este momento de crisis económica. Estas distorsiones deben ser analizadas mediante una planificación estratégica para reformar el pacto federativo fiscal brasileño.

El gobierno federal también dispone de transferencias garantizadas por la constitución: en las destinadas a los Estados miembros se encuentra el Fondo de Participación de los Estados –FPE–, y en las destinadas a los municipios, el Fondo de Participación de los Municipios. Estas transferencias se identifican con el modelo de federalismo cooperativo, manteniendo las relaciones intergubernamentales necesarias en la unidad del pacto federativo.

Para lograr una mayor equidad en la distribución de los ingresos tributarios entre los entes federativos, y obtener un equilibrio socioeconómico en cada localidad de la federación brasileña, se debe adoptar el modelo tributario basado en el principio del destino en las transacciones interestatales, principalmente con relación al impuesto sobre el consumo –ICMS–, que es nuestro IVA brasileño. En la actualidad hemos adoptado el principio del origen parcial o mixto, lo que resulta más ventajoso para los Estados miembros más desarrollados en detrimento de los más pobres. Otra medida es eliminar los incentivos fiscales y fondos de



desarrollo regionales y reasignar estos recursos para reparar las deficiencias de servicios públicos esenciales existentes en los entes federativos más carenciados.

La gran preocupación tributaria con la aplicación del principio origen-destino adoptado en Brasil es el surgimiento de la "Guerra Fiscal" entre los Estados miembros que ocasionan efectos nocivos para los estados que más exportan. Otro grave error creado por el principio mixto es condicionar al ICMS como un impuesto sobre la producción y no sobre el consumo, tal como es en la mayor parte del mundo. Así, al realizar una compra, el consumidor transfiere un porcentaje del impuesto pagado al estado miembro donde se originó su producción, beneficiando a estados productores con una recaudación mayor.

Una de las principales medidas de las modificaciones tributarias que se deben realizar para solucionar este caótico cuadro del federalismo brasileño como la "Guerra Fiscal"²⁸³ es la aplicación del principio del destino en el impuesto del ICMS, más justo, con sus ingresos dirigidos al estado miembro en que el producto sea consumido, dejando de transferir a los Estados miembros que realicen la producción, tanto para la exportación o para otros entes federativos.

Es necesaria mucha voluntad política y una relación intergubernamental de cooperación y coordinación entre los entes federativos para

²⁸³ VARSANO, Ricardo. A Guerra Fiscal do ICMS: Quem Ganha e Quem Perde. Planejamento e Políticas Públicas.. nº 15 - jun de 1997. p. 7.



crear este nuevo pacto federativo. Para modificar el principio mixto o parcial del origen al destino²⁸⁴, algunos Estados miembros crearán obstáculos, principalmente partiendo de las regiones Sur-Sudeste donde se ubican los más ricos. Frente a la nueva propuesta de estructura tributaria, la mayoría de los Estados miembros consumidores y considerados los más pobres se beneficiarán con estos cambios, lo que provocará mayores ingresos y, consecuentemente, mayor desarrollo de las regiones Norte, Nordeste y Centro-Oeste.

Otra importante modificación del sistema tributario brasileño a los fines de un reajuste federativo es eliminar los programas actualmente llevados a cabo por el gobierno federal para el desarrollo regional, en virtud de los bajos índices de resultados en la obtención de la reducción de las desigualdades entre las regiones. Los incentivos fiscales transferidos a los inversores para aplicar en lugares menos desarrollados provocan distorsiones al substituir las mejores opciones de lugares por un retorno artificial en lugares incentivados. Además, imponer y aplicar reglas de tributación para la ubicación de inversiones privadas no es el mejor mecanismo para lograrlo.

Este programa de desarrollo regional tiene otros efectos nocivos debido a que una gran parte de estos recursos concedidos no queda en estas regiones menos desarrolladas. A pesar de la promesa de empleos y crecimiento económico,

²⁸⁴ VARSANO, Ricardo. A Guerra Fiscal do ICMS: Quem Ganha e Quem Perde. Planejamento e Políticas Públicas. nº 15 - jun de 1997. p. 16-18.



la exención de tributos concedidos en estas inversiones para la instalación de empresas implica pérdidas porque, con relación al Impuesto de Renta de Persona Jurídica –IRPJ–, hace que generalmente los inversores puedan transferir sus ganancias a otros lugares más desarrollados. Por consiguiente, los recursos mediante la exención tributaria o incentivo fiscal, originalmente para regiones más pobres, no es garantía de desarrollo de estas localidades.

El interés voraz de las inversiones del capitalismo globalizado, además de los incentivos fiscales, requiere la explotación de la mano de obra de la región con pagos de salarios muy por debajo de los que existen en países desarrollados. El ciclo de pobreza en estas regiones más carenciadas no se altera con la descalificación de esta fuerza laboral porque ello implica falta de mejoras en el sistema educacional, poco valor agregado en los ingresos del trabajador y, consecuentemente, en la economía.

Para que Brasil reduzca el problema de las desigualdades regionales debe reformular su sistema tributario y el federalismo fiscal impuesto por la Constitución de 1988. No se trata solamente del hecho de ajustar las transferencias fiscales realizadas, también es necesario rever el federalismo fiscal.

El modelo federal ideal para un Estado se basa en la existencia de la división equilibrada de las competencias tributarias, de la recaudación entre los entes federativos y de una ecualización fiscal que garantice las transferencias



intergubernamentales que llegan a las regiones con baja capacidad fiscal, a través de un régimen de cooperación intergubernamental y una planificación estratégica de desarrollo regional equilibrado.

Aceptamos la idea de que únicamente con una política de cooperación, modelo de relación intergubernamental ideal para los países miembros del Mercosur, es posible disminuir las disparidades regionales existentes en el Bloque Económico del Cono Sur. Específicamente, el modelo actual de federalismo fiscal adoptado en Brasil es muy rígido, con reglas uniformes para todos los Estados miembros y municipios, es decir, es un modelo que trata a los desiguales de la misma manera. Así, en una federación muy extensa y con grandes diversidades y desigualdades regionales, como la de Brasil, resulta difícil cambiar esta situación de tratamiento tributario injusto.

La injusticia es absolutamente evidente toda vez que establece las mismas reglas y tratamientos para los Estados miembros y municipios que tienen capacidad y autonomía financiera, como para los otros que sólo sobreviven con las transferencias de ingresos del gobierno federal. De allí la necesidad y urgencia, de una reformulación del pacto federativo a los fines de introducir novedades relativas a la recaudación y gestión en la distribución de ingresos entre los entes federativos.



El sistema tributario brasileño pasó por diversos intentos de cambios mediante proyectos de una reforma tributaria, desde la época de promulgación de la Constitución de 1988, aunque esto sólo quedó en la retórica. La dinámica de los cambios realizados en este momento por la globalización requiere una mayor atención por parte de la clase política brasileña en la perspectiva de reajustar nuestro modelo federativo fiscal para que podamos acompañar tales transformaciones en la vida política y social del mundo globalizado manteniendo nuestra integridad federativa.

No sirve de nada, después de varios años, realizar una reforma tributaria solamente con cambios paliativos que no resolverán la problemática del federalismo fiscal brasileño. Debe llevarse a cabo una reforma del pacto federativo con profundas modificaciones de nuestro sistema tributario, con nuevas relaciones intergubernamentales de cooperación y solidaridad, divisiones de competencias y la redefinición de las responsabilidades de los entes federativos.

Actualmente, una de las grandes barreras a superar del federalismo fiscal son los contrastes en los presupuestos de los Estados miembros y de los municipios. Son distorsiones grotescas con diferencias que se justifican por la sistemática adoptada en la división de los ingresos del Impuesto Sobre Circulación de Mercaderías y Servicios (ICMS). En la división del total recaudado del ICMS por el estado miembro, el 25% del ICMS se transfiere a los municipios de su circunscripción, y parte de dicho 25% (dos tercios) se transfiere en proporción al



valor adicionado del producto. Como ejemplo podemos citar un municipio con importantes industrias que recibirá una porción más grande de la de aquel menos desarrollado.

Por el ejemplo anterior nos damos cuenta de lo injusto que es la repartición de ingresos del ICMS. Los Estados miembros ricos no quieren hablar de cambios y esto dificulta impulsar alguna modificación en la sistemática tributaria existente. Los roces, desacuerdos y conflictos entre los entes federativos son una constante en el escenario político brasileño. Para realizar esta reforma del federalismo fiscal tenemos que crear un ambiente de cooperación entre los entes y acabar con las malas relaciones que dañan el pacto federativo brasileño.

En el caso de Brasil, uno de los motivos para tal descontrol y aumento de las desigualdades regionales fue el choque de fuerzas políticas en el proceso de elaboración del texto constitucional de 1988. Por un lado, los Estados miembros y los municipios queriendo una mayor capacidad fiscal y autonomía financiero, y por el otro lado, las distintas clases sociales pleiteando por un aumento de los derechos sociales.

Para cumplir con estas nuevas demandas de una "Constitución Ciudadana" y ante la diversas crisis económicas, los Estados miembros y los municipios no lograron la tan soñada autonomía financiera. Con el aumento de los



gastos para hacerse cargo de los servicios sociales, el gobierno federal elevó la carga tributaria con el aumento de las contribuciones sociales y sus efectos nocivos.

Este desequilibrio fiscal experimentado por los Estados miembros y municipios, y la centralización de ingresos en la esfera del gobierno federal, está ocasionando una gran discusión sobre la falta de eficiencia de los gastos públicos en los pequeños pueblos de la federación ya que, actualmente, la mayoría de los Estados miembros y municipios no poseen autonomía financiera. Este cuadro tributario y político ha causado muchas insatisfacciones debido a la elevada carga tributaria y a los abusos en la ejecución de la función pública con baja eficiencia.

Para lograr un nuevo federalismo con la disminución de las desigualdades regionales en el Mercosur se deben rever y reestructurar las competencias tributarias con el fin de conseguir un tratamiento más cooperativo y más justo fiscalmente. Uno de los instrumentos para lograr estos objetivos es la ecualización fiscal, y el gobierno central tiene la responsabilidad de desempeñar esta importante función al promover la distribución de ingresos para combatir las desigualdades en la capacidad fiscal de los entes federativos y en la ejecución de los servicios públicos en el área social.

Solamente a través de relaciones de cooperación, coordinación, solidaridad y un nuevo pacto federativo será posible que los países del Mercosur puedan enfrentar estas crisis fiscales provocadas por las transformaciones en que la



sociedad, de un modo general, ha sufrido en este proceso de globalización. La optimización de ingresos y una gestión eficiente de estos recursos en la aplicación de un servicio público de calidad es un deber de cada gobernante en un momento de crisis financiera mundial.

Esta nueva propuesta de un federalismo más actual y moderno, que acompañe la evolución de las transformaciones, es entendida mediante el empleo de nuevas estructuras federalistas que favorezcan una aproximación de la población y sus gobernantes, en la medida en que lleven en este acercamiento a una política de cooperación, coordinación y solidaridad.

Nuevas disposiciones institucionales, como el nuevo regionalismo o regionalismo integrado, agrupado a los entes federativos Unión, Estados miembros y municipios, podrán presentar un modelo innovador de una administración pública con cooperación y eficiencia en las relaciones intergubernamentales en los niveles vertical y horizontal, además de poder justificar jurídicamente áreas con gestión compartida entre más de un estado miembro de la federación.

El federalismo siempre buscó la unidad preservando la diversidad en un gobierno central que represente a las demás esferas de gobiernos, cuyas peculiaridades y autonomías se mantengan. Entre los distintos modelos de Federalismo ya nos referimos anteriormente al modelo cooperativo con sus diversas



competencias: exclusivas, privativas, comunes, concurrentes, suplementares, supletorias y de integración. Modelo éste que se ha mostrado como el más adecuado para garantizar el equilibrio federativo y una participación más compartida de los entes federativos.

Dentro de la dinámica evolutiva de los modelos federativos surge el Regionalismo, con una nueva relación entre espacio y poder para atender cuestiones regionales. Sin status de ente federativo y sin autonomía política y financiera, posee una propuesta de autonomía administrativa. Existen diversas formas de realizarse: una forma mixta, entre el Estado Unitario y el Federal; un bloque de Estados con intereses económicos y sociales comunes; un bloque de Estados miembros o municipios con intereses territoriales bajo un nuevo carácter regional y una administración compartida entre diferentes entes.

De esta manera, el Regionalismo permite dar un nuevo significado para el concepto de Federalismo, el de una región metropolitana. Derivados de entes federativos estatales (subnacionales) o municipales (interestatales) y centrados en intereses económicos, socioculturales en común, fueron surgiendo algunos territorios con grandes áreas urbanas compuestas por ciudades y pueblos, desarrollándose juntas y formando un conjunto.



La experiencia de conocer las verdaderas necesidades de una comunidad favorece al regionalismo para la implementación de un nuevo Federalismo por medio de relaciones de coordinación horizontal y vertical. Los Instrumentos interfederativos de cooperación, como convenios "comunes" o "especiales" pueden ser utilizados entre los entes federativos y/o entre las regiones metropolitanas²⁸⁵.

Estos contactos más cercanos y la voluntad de solucionar los problemas que traspasan los límites de la ciudad, municipios o Estados miembros interconectados, demuestran la necesidad de gestionar la prestación de servicios públicos con mayor eficacia y economicidad en estos tiempos de crisis fiscal mundial. Con una planificación y gestión compartida de servicios públicos en el regionalismo federal, los gastos serán prorrateados, promoviendo una economía en el ajustado presupuesto fiscal de estos países integrantes del bloque regional.

En Brasil, uno de los primeros grandes adeptos a un nuevo federalismo a través de las Regiones es Paulo Bonavides que, ya en 1970, defendió esta idea en una conferencia sobre el tema "La Planificación y los Organismos Regionales como Preparación para un Federalismo de las Regiones (La experiencia brasileña)" en Barcelona. Para Bonavides, ante la enorme extensión territorial

²⁸⁵ FARAH, Marta Ferreira Santos. Gestão pública local, novos arranjos institucionais e articulação urbano-regional. In: GONÇALVES, M. F., BRANDÃO, C. A., GALVÃO, A. C. (Org.) Regiões e cidades, cidades nas regiões: o desafio urbano-regional. São Paulo: Editora UNESP: ANPUR, 2003, p. 81-94.



brasileña y sus desigualdades socioeconómicas, el federalismo de las regiones sería la solución para disminuir la tan debilitada estructura federal de Brasil. En sus palabras²⁸⁶:

"para el desenlace eventual de la presente estructura federativa de Brasil, en plena crisis..., fuera de dicha alternativa, caeremos en la solución unitaria y centralizadora, ya inminente, y que hará retroceder al país a fórmulas de organización política practicadas en el pasado, a la época de la monarquía y, como es de imaginar, irreversibles, en virtud del advenimiento de la Federación..., como solución transitoria un federalismo tetradimensional con Unión, Estado, Municipio y Regiones... confiriendo a la Región el papel de verdadero instrumento renovador y estimulante de reacomodación política y económica del sistema, en términos más realistas"

Como podemos notar, Paulo Bonavides²⁸⁷ elige a la Región como un cuarto ente federativo. Para él, la Región como ente federativo y en virtud de cuestiones tributarias, financieras, políticas y económicas, puede ser una realidad como el único camino de renovación de la federación brasileña. En su estudio la Región debe poseer una autonomía diferenciada (superior) de los demás entes (Estados miembros y municipios). Continuando con su criterio, en la actualidad, quien obtiene fuerzas para conseguir algo es la Región ya que los Estados miembros dejaron de luchar y reclamar por sus intereses.

²⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. Reflexões: Política e Direito, p. 110-111, e Revista de Informação Legislativa, n. 31, jul./set. 1971. p. 53-78.

²⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. O caminho para um federalismo das regiões. Revista de informação legislativa, Brasília, v.17, nº 65, jan./mar. de 1980. p. 115-126.



En Brasil hubo algunas experiencias de esta forma de administración en regiones, como por ejemplo en San Pablo, con la Superintendencia del Desarrollo del Litoral Paulista –SUDELPA– y las Regiones Administrativas creadas por la Ley Federal Complementaria n° 14 en 1973. Además de estos ejemplos internos se implementaron experiencias internacionales en Inglaterra y en la India²⁸⁸. El federalismo brasileño requiere una nueva estructura y se deben aprovechar las potencialidades regionales a pesar de que las experiencias con instituciones de desarrollo regional como SUDENE, SUDECO y SUDAM no hayan resuelto todos los problemas por falta de condiciones y de autonomía negada por el gobierno federal²⁸⁹.

Para Dalmo Dallari²⁹⁰, la forma tridimensional del federalismo brasileño con Unión, Estados y Municipios debería modificarse tornándose un sistema pentadimensional con la participación de la Unión, Regiones Económicas, Estados, Regiones Metropolitanas y los Municipios, con la creación de un Estado Regional con características propias y adecuadas a nuestra realidad.

Desde nuestro punto de vista, podríamos aprovechar una parte de la idea de Paulo Bonavides en el sentido de dar a las Regiones una función de articulación entre el gobierno federal y los Estados miembros y municipios, no

²⁸⁸ Souza, Moacyr Benedicto. Revista de informação legislativa, v. 22, n. 85, Brasília, jan./mar. 1985. p. 125-138.

²⁸⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Novos pólos administrativos afetando a Federação brasileira. In: As Tendências Atuais do Direito Público (Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco). Rio, Forense, 1976. p. 78.

²⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Obra cit. p. 87



con el status de ente federativo formando un cuarto poder sino invocando una autonomía administrativa con poderes para establecer reglas de cooperación/solidaridad con eficiencia en el trato de la prestación de servicio público. Es importante recordar que el principio de la subsidiariedad nunca se debe disociar del federalismo, como nos muestra Otfried Hoffe²⁹¹ respecto del principio de la subsidiariedad: “en el momento de subdividir al Estado, que las unidades menores no sean únicamente unidades administrativas (como departamentos o provincias) sino unidades políticas relativamente autónomas”.

Tal pensamiento no se limita al modelo federativo brasileño, este nuevo modelo de gobernar deben aplicarlo todos los participantes del bloque económico del Mercosur con el objetivo de aproximar e innovar la estructura gubernamental con otro enfoque de gestión de ingresos y gastos a compartir en la oferta de servicios esenciales en áreas con más de un ente federativo participando.

²⁹¹ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 162.



CONCLUSIÓN

Hemos visto que con el paso de los años se crearon nuevos modelos de federalismo o se adaptaron a la realidad de los países más modernos, con las instituciones políticas acompañando las transformaciones de la sociedad impuestas por el movimiento de globalización.

Constatamos que, a pesar de tener una estructura formal de Estado Federal establecida por la constitución brasileña de 1988, nuestro modelo de federalismo se encuentra deteriorado por la concentración exacerbada de poderes de la Unión que lleva a un federalismo irreal. Los modelos federativos de Argentina y Venezuela han presentado los mismos problemas, con exceso de poderes en la esfera central. A pesar de no ser Estados federados, Uruguay y Paraguay también atraviesan problemas de desigualdades entre sus regiones.

Actualmente, en este mundo globalizado, el desagrado con el modelo federal centralizado a nivel del gobierno central por parte de los Estados miembros, municipios, gobernantes y sociedad hace que se requiera una nueva propuesta de pacto federativo a los fines de dirimir el conflicto entre el modelo federativo intangible previsto en la norma abstracta en el texto constitucional y la realidad federativa desfigurada por la relación de poder desproporcional experimentada por los entes federativos: Unión, Estados miembros y municipios.



Se ha implementado un falso modelo de federalismo, es decir, sólo existe en el papel sin efectos prácticos ni concretos. Para que pueda tener un avance substancial en la disminución de las disparidades económicas existentes entre sus regiones, el modelo debe readecuarse, principalmente, por medio de un nuevo pacto federativo que contenga un sistema tributario distinto hasta los de ahora, con más equidad, justicia tributaria y con nuevas y concretas políticas de desarrollo regionales.

- NECESIDAD DE REDISTRIBUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS ENTRE LOS ENTES FEDERATIVOS

Es evidente la necesidad de una reforma del federalismo para acompañar las transformaciones de las relaciones sociales. A continuación indicaremos algunas teorías, justificando las resoluciones a implementar para la reformulación federativa que proporcionen un desarrollo regional equilibrado y equitativo y, consecuentemente, con la disminución de las desigualdades sociales entre los Estados miembros o entre regiones.

Una de las primeras barreras a eliminar es el establecimiento de nuevas reglas constitucionales de la división de competencias entre los entes federativos ya que en este tema se encuentra la fuente que origina y permite el surgimiento de poder centralizado de la Federación. Durante mucho tiempo hemos



estado atados al sistema de poderes enumerados de la Unión y de los poderes reservados a los Estados miembros previstos e imitados del constitucionalismo norteamericano.

Con este sistema se vislumbraba que los Estados miembros obtuvieran progresivamente nuevos poderes no enumerados en la lista de los poderes federales. Sin embargo, con el tiempo, y principalmente en Brasil, la realidad demostró que a través de los poderes implícitos de la Unión y los cambios constitucionales frecuentes, aumentaron cada vez más los poderes de la Unión que influyeron directamente en la disminución de los poderes reservados a los Estados miembros.

Ante esta situación resulta necesario crear alternativas, adoptar soluciones innovadoras y eliminar la estructura arcaica y rígida del tecnicismo del federalismo clásico. Al federalismo federativo se le debe dar una mayor flexibilidad operativa para enfrentar los constantes cambios y adaptarse a las nuevas realidades y necesidades impuestas por la sociedad, que garantice el poder soberano de la Unión en su competencia nacional y que brinde a los otros entes federativos, Estados miembros y municipios, la libertad de ejercer su creatividad y explotar sus potencialidades en la ejecución y prestación de servicios para la sociedad.

Algunos países innovaron y realizaron modificaciones en sus textos constitucionales. Podemos citar los ejemplos de Alemania, Austria e India, que



establecieron cambios en materia de división de competencias que tuvieron buenos resultados y que deben ser espejos, no para imitar, pues cada país tiene su realidad con sus peculiaridades, pero sí para que sirva de ejemplo para implementar innovaciones que permitan flexibilizar el funcionamiento de las instituciones del federalismo brasileño como también del resto de los países que componen el Mercosur.

En el ejemplo de Austria, cuyo texto constitucional es de 1920, pasó por una reforma en 1945 dividiendo y enumerando las materias de la competencia de la Unión y de los Estados miembros en tres niveles distintos: i) Legislación y ejecución de la Federación; ii) Legislación de la Federación y ejecución de los Estados miembros; iii) Legislación de principios de la Federación y legislación de aplicación y de ejecución de los Estados. Cuenta con otros dos dispositivos sobre el asunto: en los casos en que la materia no discriminada por la Constitución Federal a la legislación o a la ejecución federal pasa a pertenecer a la acción autónoma de los Estados miembros. El otro dispositivo determina que en los casos de materia exclusiva de la Federación, solamente la legislación de principio dentro del cuadro fijado por la ley federal le corresponderá a la legislación del estado miembro.

Por ley federal queda estipulado el plazo no inferior a seis meses ni superior a doce meses, determinando que el estado miembro cree la ley de aplicación. Si no se cumple con el plazo legal, la competencia para crear la ley de



aplicación vuelve a la Federación. En el federalismo austríaco el sistema tributario y la división de los ingresos tributarios entre la Unión y los Estados miembros no se encuentran directamente regidos en la Constitución Federal sino por medio de una Ley Constitucional de Finanzas (Finanz-Verfassungsgesetz).

En la experiencia del federalismo alemán, su Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 siguió el modelo austríaco y perfeccionó la distribución de las competencias. La división material de las competencias contiene normas enunciativas de principios, que son las estructuras básicas constitucionales sobre el tema: i) Los Estados miembros están autorizados a legislar en materias no conferidas a la Federación; ii) Las competencias de la Federación y las de los Estados miembros se encuentran enumeradas en el texto constitucional sobre la legislación exclusiva y la legislación concurrente; iii) En los casos de legislación exclusiva de la Federación, el estado miembro podrá legislar con autorización de la ley federal.

Antes de presentar la experiencia de la India debemos elogiar la enorme transformación que ha tenido el modelo federativo en términos económicos. Actualmente la India cuenta con excelentes resultados de desarrollo económico y ha reducido significativamente las grandes desigualdades regionales y sociales de su población, a pesar de que todavía existen. Entre los países que componen el G-



20, grupo formado por las veinte mayores economías del mundo, es el que tiene mayor índice porcentual de crecimiento del PBI.

El texto constitucional de 1950 de la India contiene un sistema de división de competencias en tres listas: i) Lista de la Unión exclusiva con 97 materias; ii) Lista exclusiva de los Estados miembros que enumera 66 atribuciones; iii) Lista Concurrente que determina 47 materias ejercidas en común por la Unión y los Estados miembros.

Estos cambios antes mencionados, promovidos por Alemania, Austria e India, demuestran ser el camino correcto por los resultados obtenidos en la economía y en la promoción de la reducción de las desigualdades sociales entre los Estados miembros de cada federación. Es suficiente la voluntad política para que Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela realicen los mismos cambios en la división de las competencias, con mayor flexibilidad de las reglas y adaptándose para enfrentar tales transformaciones sociales. Las transformaciones originadas por el proceso de industrialización y la creación y masificación de los grandes centros urbanos determinaron la necesidad de intervenir en el campo económico y social.

- INTRODUCCIÓN DEL FEDERALISMO COOPERATIVO MODERNO



Cualquier modelo federativo debe tener en cuenta las disparidades o asimetrías que existen entre sus entes, principalmente las relativas al orden socioeconómico, como la deficiencia de recursos para desempeñar sus competencias y funciones públicas. Las transferencias intergubernamentales de recursos resultan una forma eficiente de solucionar este desequilibrio financiero de los entes federativos.

Acabar para siempre con las asimetrías es una utopía, incluso porque va contra al espíritu de diversidad necesario en un régimen federativo. Pero proporcionar cierta uniformidad es esencial, principalmente en lo concerniente a la valorización y la dignidad del ser humano, poseedor de derechos y obligaciones en cualquier lugar de la federación. Uno de los métodos para tratar de lograr este tratamiento igualitario es el empleo del principio de la solidaridad y el cooperativismo.

La forma de realización de estas transferencias de recursos para lograr la ecualización horizontal debe considerar las correspondientes peculiaridades de cada federación, es decir, no existe un modelo correcto y perfecto ya listo. Las características históricas, culturales, sociales y económicas deben ser muy bien analizadas según el actual contexto social y servir de parámetro para definir al modelo federativo que se adoptará –si más o si menos descentralizado–.



El grado de descentralización de los países desarrollados no puede ser el mismo de los países en desarrollo por causa de sus peculiaridades, ya que en estos últimos generalmente existen grandes desigualdades con relación a los individuos y a las regiones. El enfrentamiento de dichas desigualdades no es fácil y muchas veces para tener éxito se requiere un gobierno central con más poder. En el caso de un gobierno con mucha descentralización las transferencias de recursos podrían enfrentar obstáculos por parte de Estados miembros ricos que no quieren ayudar a los Estados miembros más pobres.

Por otro lado, un Estado federado con fuerte autonomía podría llevar a una gran insatisfacción y a una guerra fiscal desenfrenada en que todos pierden con el otorgamiento de beneficios fiscales y medidas tributarias absurdas cuyo efecto a medio y largo plazo son perjudiciales. Podemos concluir entonces que la descentralización no está directamente relacionada con el nivel de desarrollo en una relación de causa/efecto.

Vale destacar que solamente los principios (eficiencia) de la teoría económica del federalismo fiscal no son suficientes para definir la construcción de un sistema tributario, también se deben tener en cuenta otros aspectos, tanto sociales como políticos, culturales y jurídicos. El sistema tributario brasileño de la CF/88 es bastante complejo, con normas incluidas en la Constitución, leyes



complementarias, leyes ordinarias, y con reglas tributarias muy rígidas que no permiten las reformas necesarias.

Otro instrumento que debemos adoptar para reducir las desigualdades sociales y económicas existentes entre las regiones y entre Estados miembros en los países que componen el Bloque Económico del Mercosur es el moderno federalismo cooperativo que se basa en el principio de la solidaridad. En este aspecto destacamos la experiencia del exitoso modelo federativo cooperativo de Alemania desde su Constitución de 1949. El tiempo constata que aun ante hechos históricos difíciles como Guerras, Caída del Muro de Berlín y la Reunificación de Alemania, se demuestra que el modelo federativo de cooperación elegido por la potencia económica de la República alemana es verdaderamente un ejemplo de éxito que merece ser exaltado.

La noción de cooperativismo contenida en la Constitución Alemana de 1949 establecía la descentralización administrativa y la división de ingresos para que el país se volviera a levantar después de la destrucción de la Guerra. Antes había conflictos entre los Estados miembros (Länder) que generaron una guerra fiscal para atraer inversiones externas, lo cual perjudicó a los Estados miembros económicamente más pobres. Sólo con la unión de fuerzas políticas y la intervención en la economía a fines de la década del 60 Alemania adoptó la



centralización de capacidad de recaudación tributaria que estableció un divisor de aguas en el federalismo fiscal alemán.

En 1969 se realizó la reforma del federalismo fiscal y se definió cómo serían las transferencias de ingresos y la ecualización fiscal entre los Estados miembros, concretándose así el federalismo cooperativo vertical y horizontal en la condición de reforma constitucional que garantiza al poder federal la creación de un sistema de transferencias con recursos de los estados económicamente más fuertes para destinarlos a aquellos con menor capacidad fiscal²⁹².

Tratándose de cooperación horizontal, con la reforma de 1969 la 'ley de compensación financiera interestatal' sufrió algunos ajustes, evaluando los criterios para la recepción de compensación financiera, y uno de ellos era el principio de la 'uniformidad de las condiciones de vida' y la relación entre capacidad fiscal y necesidad fiscal de cada estado miembro.

La 'ley de compensación financiera interestatal' contiene cuatro etapas de ecualización vertical y horizontal: 1) en la ecualización fiscal vertical primaria los ingresos de los impuestos se distribuyen entre los dos niveles de gobierno (Unión y Estados miembros), y los municipios reciben apoyo

²⁹² MORAES, Marcos Ribeiro de. As relações internacionais na República Federal da Alemanha. Uma análise econômico-institucional, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 174.



suplementario; 2) en la ecualización fiscal horizontal primaria, una parte de los ingresos fiscales referente a los Estados miembros es redistribuida entre los mismos; 3) en la ecualización horizontal secundaria, hay ecualización entre los Estados miembros económicamente más fuertes y aquellos económicamente más débiles; y 4) en la ecualización vertical secundaria los Estados miembros más pobres reciben fondos directamente de la Unión, como concesiones federales suplementarias.

Es evidente que no todo es perfecto, existen discusiones y conflictos en la división de los recursos, conflictos estos que aumentaron después del proceso de Reunificación. El lado positivo del cooperativismo de Alemania está en proporcionar a todos los Estados miembros oportunidades iguales con el objetivo de reducir las desigualdades regionales y solucionando sus propias necesidades en cuestiones de infraestructura y en la prestación de servicios básicos de calidad.

Como aspecto negativo, se trata de una estructura legislativa rígida por el complejo sistema de transferencias de cuatro etapas, antes mencionada, dificultando el surgimiento de nuevos instrumentos tributarios que permitan a los Estados miembros más fuertes retener recursos específicos, es decir, tener alguna oportunidad de crecer sin estar atado al sistema de repartición.



En Brasil, nuestro texto constitucional de 1988 incluye al federalismo cooperativo en los arts. 23 y 24 cuando trata sobre las competencias comunes y concurrentes entre los entes federativos. Pero para que haya una efectiva cooperación es necesario que todos los entes participen a través de las relaciones de coordinación, que tengan autonomías y que estén fortalecidos para un compromiso responsable en la acción gubernamental.

Según Paulo Bonavides²⁹³ existe el federalismo cooperativo autoritario con cooperación desigual y el cooperativo democrático con una cooperación consentida y no impuesta. En nuestra Constitución Federal de 1988, Brasil volvió a adoptar un federalismo cooperativo con sesgo democrático, a través del artículo 23 de la CF/88. A pesar de la previsión constitucional, percibimos que las políticas públicas adoptadas no cumplen todavía con el objetivo de modificar el actual cuadro federativo brasileño con relaciones no cooperativas, principalmente en el plano horizontal, con conflictos fiscales (guerra fiscal) entre los Estados miembros.

Ante el actual cuadro del federalismo brasileño, con grandes desigualdades regionales y diferencias económicas abismales entre los Estados miembros, queda demostrado el fracaso de las políticas públicas desarrolladas, que no han servido para evitar la gravedad de la situación ni los males que surgen de las

²⁹³ BONAVIDES, Paulo. A Constituição Aberta – Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 434.



disparidades económicas entre Estados miembros y entre las regiones de la federación brasileña. Según Anastasia²⁹⁴:

“El federalismo brasileño asimétrico se encuentra ante el desafío de enfrentar las enormes desigualdades de diferentes tipos que caracterizan al país y que, muchas veces, son agravadas por la competencia predatoria entre los Estados miembros. Las perversas condiciones socioeconómicas que son más evidentes en algunos estados y en algunas regiones que en otras, constituyen amenazas para el régimen democrático y afectan negativamente el ejercicio de la ciudadanía democrática.

Lo que aparece como más preocupante es que allí donde las condiciones son más precarias es exactamente donde se constata el menor desarrollo institucional”.

En cuanto al federalismo cooperativo brasileño actual y sus relaciones intergubernamentales entre sus entes, verificamos el cooperativismo únicamente en la implementación descentralizada de las políticas sociales por parte del gobierno central, con obligaciones transferidas a los Estados miembros y municipios, es decir, solamente la carga sin la carga, mientras que el cooperativismo no existe con relación a la cuestión de la repartición tributaria.

- MODELO TRIBUTARIO COMO INSTRUMENTO DE REDUCCIÓN DE LAS DESIGUALDADES REGIONALES

²⁹⁴ ANASTASIA, Fátima. Federalismo e relações intergovernamentais. In: AVELAR, Lúcia & CINTRA, Antônio Octávio (Org.). Sistema político brasileiro: uma introdução. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp Ed., 2007, p. 240.



De un modo general, no podemos escaparnos de la realidad y debemos enfrentar los problemas evidentes que existen en diversas regiones del Mercosur. Es necesario establecer una relación de cooperación entre los niveles de gobierno y generar cambios en la estructura gubernamental de estos países (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) con reformas en sus sistemas tributarios mediante la armonía fiscal y la implementación del mercado común como una integración regional duradera y exitosa.

El sistema de tributación de un país tiene una función muy importante para la disminución y combate de las desigualdades sociales y económicas. A través de un modelo tributario equilibrado que cumpla la función de los tributos como transformadores sociales y garantizadores de derechos, se disminuye la concentración de ingresos y al mismo tiempo se subsidia financieramente al Estado.

Principalmente en Brasil y en los demás países que componen el Mercosur, el problema de la concentración de ingresos es recurrente y sus consecuencias nocivas para la sociedad, con contrastes entre los muy pobres y los muy ricos. A pesar de que la Constitución brasileña de 1988 garantice como metas el logro de una sociedad igualitaria con reducción de las desigualdades regionales, con el desarrollo nacional, con la disminución de la pobreza y con oportunidades iguales para todos los brasileños, existe un modelo tributario que no ayuda casi nada



para esta disminución de las desigualdades. Compuesto por una carga tributaria con un mayor peso en los impuestos indirectos que inciden sobre el consumo en detrimento de los tributos directos y que, con menor peso, inciden sobre el patrimonio y los ingresos.

Por el carácter regresivo que posee la tributación indirecta, el resultado es que los pobres y ricos paguen el mismo impuesto en la adquisición de productos y servicios. Por su parte, la tributación directa es más progresiva y justa, proporcionando un tratamiento más igualitario con respecto a la capacidad contributiva. Con esta mayor proporción de la tributación indirecta surgen efectos nocivos, como el de violar los principios de la igualdad y de la capacidad contributiva, además de dificultar el crecimiento económico por la inhibición del consumo y de generar nuevos empleos. Otro punto negativo para la economía es el efecto cascada por su carácter acumulativo transferido en la cadena productiva del producto, como ejemplos de tributos acumulativos está el Programa de Integración Social –PIS– y la Contribución para Financiación de la Seguridad Social –COFINS–.

Por lo tanto, es evidente la necesidad de cambios en nuestro modelo tributario injusto ya que los ricos que cuentan con mayores ingresos pagan menos impuestos. Un estudio del Instituto de Investigación Económica Aplicada –IPEA–



²⁹⁵ demuestra que cuanto mayores son los ingresos menor es la carga tributaria, es decir, el rico gasta el 22,7% de sus ingresos en tributos, y el pobre gasta 32,8% de sus ingresos con el 29,1% de tributos indirectos y el 3,7% de tributos directos. La investigación apunta a que el modelo tributario brasileño realiza una inversión de valores al optar por la mayor carga tributaria sobre el consumo tributando en exceso los más pobres.

Se puede comprobar entonces una clara violación al principio de la equidad o de la capacidad contributiva, que proporciona un aumento de las desigualdades sociales en lugar de reducir dichas desigualdades regionales, en virtud del tratamiento injusto por la preferencia de los tributos indirectos por los que la mayoría de la población, los pobres, contribuyen en mayor proporción en la torta tributaria.

El modelo tributario de un país debe buscar la justicia y eficiencia para que sus contribuyentes paguen sus tributos de conformidad con su capacidad de pago, es decir, de acuerdo con sus posibilidades y riquezas, de allí la necesidad de la incidencia progresiva sobre los tributos sobre la renta y el patrimonio. En la mayoría de los países, como los de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico –OCDE–, la carga tributaria con tributos sobre el consumo

²⁹⁵ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Disponível em: <[HTTP://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08_05_15_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08_05_15_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf)>



es aproximadamente del 31,5 %. En Brasil, la carga tributaria sobre bienes y consumo es de alrededor del 48,4%.²⁹⁶

Por el principio de la capacidad contributiva o equidad existe un sentimiento de justicia e igualdad tributaria con la aplicación de alícuotas progresivas de acuerdo con el nivel de ingresos de las personas. Pero además de un modelo tributario justo es necesario que los gobernantes sepan aplicar los escasos recursos financieros de forma eficiente. Con relación a Brasil, que en su historia como federación presentó siempre grandes desigualdades regionales económicas y sociales, por su vasta extensión territorial ha tenido mejoras en la disminución de tales desigualdades sociales pero todavía está lejos de lograr la erradicación de la pobreza y disminuir las disparidades económicas existentes entre las regiones del país, según lo previsto en el artículo 3° de la Constitución Federal de 1988.

Para que Brasil pueda avanzar substancialmente en la reducción de las disparidades económicas existentes entre sus regiones, debe haber una readecuación de su modelo federativo por medio, principalmente, de un cambio del sistema tributario brasileño que traiga más equidad y justicia fiscal. También le corresponde al país proporcionar a sus habitantes justicia fiscal mediante un modelo tributario que contenga el principio de la capacidad contributiva con preferencia sobre los tributos sobre la renta y el patrimonio. Existe una responsabilidad por

²⁹⁶ Carga tributária no Brasil 2008. Disponível em:
<<http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2008.pdf>>



parte de los gobernantes en promover un correcto destino de estos recursos tributarios, teniendo en cuenta los servicios públicos que garanticen los derechos de los ciudadanos y que reduzcan las desigualdades sociales.

Por eso es realmente necesaria una gran reforma tributaria para solucionar los efectos negativos de las disparidades económicas entre los entes federativos provocadas por las desigualdades regionales en una nación. La enorme dificultad para realizar una reforma tributaria es obtener el consenso político necesario para eliminar las barreras impuestas por los entes federativos más ricos y con una amplia capacidad fiscal, perder o disminuir sus ingresos tributarios, como también perder la competencia y autonomía fiscal de sus tributos.

- NECESIDAD DE ELIMINAR LOS CONFLICTOS FISCALES

Para la existencia de un modelo federativo cooperativo en cualquier nación debe haber cooperación y solidaridad en las relaciones intergubernamentales entre los entes que componen la federación. Las grandes disparidades económicas entre las regiones incentivan la búsqueda y la disputa por mayores ingresos tributarios. La descentralización y autonomía fiscal brasileña, a través de la CF/88, de los Estados miembros y municipios generó una disputa competitiva, llamada "guerra fiscal", para captar mayores inversiones privadas en su territorios, con el objetivo de crear más ingresos y aumentar el nivel de empleo.



Las relaciones intergubernamentales de cooperación no fluyen cuando existe conflicto fiscal entre los entes federativos, lo cual propicia en las relaciones un cuadro de irritación y grandes tensiones políticas. Con el fin de captar recursos para reducir tales desigualdades regionales, los entes federativos utilizan cada vez más los beneficios fiscales con reducción de alícuotas o exenciones fiscales. En realidad, estos instrumentos dificultan todavía más los problemas económicos ya que, en muchos casos, estos beneficios fiscales tienen efectos nocivos para la sociedad, comprometiendo las finanzas públicas y los ingresos futuros ya que en cualquier momento estas inversiones buscarán otros lugares que puedan ofrecerles más ventajas fiscales con menores costos y salarios inferiores²⁹⁷.

Para eliminar los conflictos fiscales que inciden en naciones por medio de instrumentos legales, a pesar de que algunos países, entre ellos Brasil, ya existen normas aunque no han surtido efecto. De allí la necesidad de modificar la actual situación de conflicto fiscal en las relaciones intergubernamentales por relaciones pacíficas con cooperación y solidaridad entre sus entes federados. Creemos que esta actitud debe ser de responsabilidad del gobierno federal como regulador de las relaciones fiscales entre los entes, mediante una verdadera política

²⁹⁷ VARSANO, Ricardo. Reforma Tributária e Guerra Fiscal na Federação Brasileira. Relatório CAT, n. 5, set de 2001. Disponível em: <www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0001640.pdf>



de desarrollo regional, con metas y objetivos que atiendan las actuales necesidades del país.

La indiferencia y la inercia por parte del gobierno central con respecto a estos conflictos fiscales, como la concesión de beneficios fiscales para atraer inversiones privadas, es actualmente considerada como la mayor política de desarrollo de las regiones menos desarrolladas, a pesar de que el Supremo Tribunal Federal, mayor instancia jurídica de Brasil, haya dispuesto la concesión de beneficios sin la aprobación del Confaz (Consejo Nacional de Política Fiscal) como inconstitucional en 2011. Ese mismo año algunos Estados miembros volvieron a conceder beneficios fiscales sin autorización del Confaz²⁹⁸.

A pesar de ser empleada con más frecuencia por Estados miembros más pobres que se justifican por la falta de una política de desarrollo regional, los Estados miembros ricos también emplean dicha herramienta alegando la falta de una política industrial a nivel nacional. Por lo tanto, será difícil obtener consenso político para realizar la tan anhelada reforma tributaria. La casi unanimidad de consenso político para poder hacer una reforma tributaria es una barrera pues son diversas las necesidades sociales y económicas y diversas las regiones y localidades del país, lo que dificulta tal consenso político.

²⁹⁸ WATANABE, Marta. Quatro estados voltam a dar incentivos fiscais sem apoio do Confaz. Valor Econômico, 05/09/2011. Disponível em: <<http://tributario.net/www/quatro-estados-voltam-a-dar-incentivos-fiscais-sem-apoio-do-confaz/>>.



- ADOPCIÓN DE MODELO FEDERATIVO CON CENTRALIZACIÓN TRIBUTARIA Y DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Observando la experiencia del federalismo es posible ver que la descentralización puede existir aun cuando haya una fuerte integración en el conjunto de sus entes federados. En Alemania predomina la idea de uniformidad en la prestación de bienes y servicios públicos, propiciando condiciones similares de vida en toda la federación. Prevalece una idea colectiva y no segmentada para lograr el bienestar general.

En Alemania existe una centralización legislativa a nivel del gobierno central, tratándose de las competencias exclusivas y concurrentes, principalmente en el área tributaria en detrimento de la autonomía tributaria de los Estados miembros (Landers), debido a que una importante parte de la torta tributaria deriva de los tributos compartidos que son legislados por el gobierno central. Sin embargo, existe una gran descentralización administrativa en que los Estados miembros realizan la gestión y ejecución del sistema tributario de los tributos compartidos y los de su competencia, prevaleciendo la división de competencias con coordinación y cooperación.



El gran mantenedor del equilibrio de fuerzas en el federalismo alemán de cooperación, frente a la centralización normativa en el nivel del gobierno central, es el Consejo Federal que permite a los Estados miembros el poder de decidir para el equilibrio de su federalismo de cooperación y coordinación.

Con el fenómeno de la globalización y la facilidad en la movilidad de las bases tributarias, los modelos federativos están obligados a practicar una política de coordinación entre sus entes, principalmente en el área tributaria, con centralización normativa en la esfera del gobierno central. Muchos estudiosos defienden que dicha centralización normativa en el área tributaria viola la estructura básica del federalismo que es la autonomía de los entes federativos.

Pensamos que lo que realmente asegura la autonomía de un ente federativo es la obtención concreta de ingresos para cumplir con los gastos en la ejecución del bienestar social de su población, y no la garantía normativa de competencia tributaria. Este escenario es típico de federaciones con entes con autonomía tributaria pero dentro de un fuerte marco de disparidades y desigualdades económicas entre sus entes federativos.

A continuación se mencionan algunos puntos positivos de la centralización de la política tributaria en la esfera del gobierno central y que defendemos como necesarios y esenciales en la obtención de la disminución de las disparidades regionales de los países que componen el Bloque económico del



Mercosur: i) es acorde con los nuevos requisitos impuestos por el mundo globalizado; ii) sistema uniforme de normas tributarias, estructuras, procesos, procedimientos, tratamiento legal similar con reducción de costos en toda la federación; iii) base de datos con la información de cada especie de tributos y transacciones efectuadas por los contribuyentes facilitando el monitoreo de los contribuyentes y reduciendo la evasión fiscal; iv) elimina las consecuencias negativas de la “guerra fiscal” entre los entes federativos.

La eficiencia administrativa en la ejecución de bienes y servicios públicos, de manera localizada y descentralizada, debe considerar las peculiaridades de cada región para lograr la optimización de los recursos aplicados en la prestación de estas políticas públicas. Es necesario conciliar la eficiencia fiscal, equidad nacional, costo administrativo y la necesidad fiscal de cada ente federativo.

Solamente con la centralización tributaria en la esfera del gobierno central, no será posible reducir las desigualdades regionales. Debe garantizarse la autonomía financiera a los entes descentralizados. El mecanismo de las transferencias de recursos mediante la coparticipación hace que los entes descentralizados participen de la torta de la recaudación de tributos pertenecientes al gobierno central. Es extremadamente esencial la coparticipación para que este modelo de federalismo cooperativo sea exitoso y tenga buenos resultados.



Dentro del sistema de coparticipación las transferencias de ingresos incondicionados, por no estar relacionadas con los gastos específicos, son las más importantes para combatir las disparidades regionales y sociales porque dan condiciones para que aquel estado miembro o incluso las regiones, de acuerdo con sus peculiaridades, puedan utilizar la mejor forma de asignación de los recursos recibidos y al mismo tiempo preservar la autonomía de los entes descentralizados.

Para los servicios públicos esenciales como educación y salud, que necesitan una política que abarque a toda la federación y poseer cierta calidad, las transferencias condicionadas son los instrumentos ideales para alcanzar tales objetivos, eligiendo al gobierno central como coordinador y fiscalizador para la realización de las metas establecidas.

Es sumamente importante que los modelos federativos actualmente vigentes en algunos países tengan modelos de transferencias flexibles para adaptarse a las nuevas situaciones económicas y a los cambios en las relaciones impuestas por la sociedad. Para ello es necesario establecer una equalización fiscal tendiente a atenuar las desigualdades entre Estados miembros con grandes disparidades económicas y sociales, lo que muchas veces tal situación agrava la insatisfacción de la población haciendo surgir ideas de separación dentro de la federación.



- REMODELAR EL FEDERALISMO CON UN NUEVO PACTO FEDERATIVO

Frente a los cambios sociales y territoriales producidos en los últimos quince años, se ha exigido a los modelos federativos, principalmente de los países miembros del Mercosur, la promoción de instrumentos innovadores de administración pública para enfrentar esta crisis fiscal y económica. Administrar el servicio público del modo clásico, como se realiza actualmente, ya no resuelve la demanda que el crecimiento global provoca e impone en la sociedad como un todo, principalmente en las más necesitadas, excluidas del mercado.

Tener una estructura anticuada y rígida implica una ineficiencia ante el pluralismo y discrepancias dentro/entre las regiones/locales del Mercosur. Esta inercia ha provocado el aumento de tales diferencias entre territorios/región en todos los rincones de los países que componen el bloque económico del Cono Sur, con índices elevados de concentración de ingresos, con muchos pobres que se encuentran fuera de una política de inclusión social, agravado por la crisis económica mundial.

Uno de los mecanismos innovadores para la reestructuración gubernamental de estos países pasa por la aplicación de una política de desarrollo



regional, por medio del nuevo regionalismo y sus articulaciones inter e intrarregionales, con prestación de servicios de calidad y eficientes a los fines de combatir las desigualdades regionales con cantidad y calidad de la prestación de bienes y servicios públicos para la sociedad.

Para atenuar esta demanda globalizada existe la política regional con cooperación, eficiencia y eficacia como camino para acabar con estas desigualdades sociales con mayor éxito en la esfera regional. La cuestión es la estructura del pacto federativo de estos países miembros del Mercosur, que debe ser modernizada porque la actual estructura no ha tenido resultados satisfactorios, por no decir que han sido pésimos en el enfrentamiento de la problemática de las desigualdades regionales.

Con referencia específicamente a Brasil, nuestra Constitución Federal de 1988 ha sido elaborada dentro de un sentimiento de reconstrucción de una federación democrática que sufrió años de dictadura militar y centralización de poder y que necesitaba eliminar las arbitrariedades provenientes de tal régimen de gobierno. El gran deseo del pueblo y la voluntad política de implementar la democracia participativa con la participación de todos los partidos garantizada en las subcomisiones de los municipios y estados, hicieron olvidarse de la representación política a nivel regional.



Para atacar y enfrentar para siempre la problemática de las desigualdades regionales, concordamos con la idea del Federalismo de Regiones promovida por Paulo Bonavides²⁹⁹ que implica una reestructuración federativa brasileña eligiendo las regiones como cuarto nivel de ente federado, que estarían formadas por grupos de Estados miembros con objetivos en común y/o que tengan las mismas dificultades y/o problemas.

Según Paulo Bonavides, el Federalismo de Regiones tiene la intención de reducir las desigualdades sociales y regionales del país, prevista como uno de los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil, ya que para él sólo las regiones actualmente tendrían fuerza política, como entes federados con autonomía política, financiera y administrativa, para obtener resultados ante el gobierno central y atenuar los conflictos fiscales existentes entre los mismos. Coincido con la idea del Federalismo de Regiones porque en Brasil el gran problema es la falta de voluntad política, y la convergencia de fuerzas políticas originada de un grupo de Estados miembros (regiones) tendría más fuerza, peso y éxito frente al gobierno central.

Sabemos lo difícil que es implementar un cambio en la estructura federativa de un país, principalmente con la inclusión de otro ente federativo, como en este caso es el del Federalismo de Regiones. Ante dicha dificultad, existe la

²⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Derecho Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 159.



alternativa de por lo menos reformular la política de desarrollo regional, tema que trataremos a continuación.

- NECESIDAD DE REFORMULAR LAS POLÍTICAS DE DESARROLLO REGIONAL

Especialmente en Brasil la historia comprueba que la disputa política y las disparidades económicas son los motivos del origen de los conflictos regionales. Los viejos modelos de transferencias de recursos y políticas de desarrollo regional sin eficacia y solamente existentes en el papel son los únicos remedios adoptados para disimular el combate de las desigualdades y conflictos regionales. La insatisfacción es grande, tanto por parte de los Estados miembros pobres como también de los Estados miembros ricos, debido a que el gobierno central no logra resolver el problema de ninguno de los dos lados y la situación se desgasta cada vez más.

Durante una gran parte de esta historia Brasil tuvo buenos resultados en la reducción de las asimetrías y desigualdades con la creación de algunos institutos públicos como SUDENE/SUDECO/SUDAN, entre otros, y una política de desarrollo regional de enfrentamiento de las desigualdades sociales. Con la crisis económica en los años ochenta (1980), a pesar de una importante experiencia y



obtener buenos resultados, se dismanteló toda esta estructura dirigida a equilibrar el desarrollo regional en Brasil.

Con la falta de recursos nuestra política de integración y de desarrollo regional se fue deteriorando de a poco. Con la llegada del proceso de globalización y la apertura comercial y financiera, también apareció el proceso de privatización y una política de vaciamiento del poder del gobierno para intervenir en la economía, cambiando las relaciones intergubernamentales entre los entes federativos.

Priorizaron las relaciones internacionales con la idea de la formación e integración de bloques económicos regionales presionados por el mercado globalizado en detrimentos de las relaciones intergubernamentales que ya estaban vacías por la falta de recursos y de voluntad política. Con la Constitución ciudadana en 1988, con muchos derechos sociales, hubo un choque con la ideología neoliberal promovida por el capitalismo mundial y en un ambiente de crecimiento económico casi nulo, mostraba un país sin ninguna capacidad fiscal.

A pesar de lo previsto en el artículo 3° de la Constitución de 1988, como principio fundamental: “reducir las desigualdades sociales y regionales”, lo que realmente hubo fue una total falta de las políticas de desarrollo regional en estos últimos años. Sin políticas innovadoras de cooperación y solidaridad, percibimos al federalismo brasileño con trabas en las relaciones intergubernamentales entre los



entes federativos en la promoción de cambios estructurales en el pacto federativo. Constatamos poco o casi ningún interés político en modificar esta situación de desigualdad entre las distintas regiones/ lugares y de exclusión social.

Mucho se crítica al modelo de federalismo elaborado y adoptado por la Constitución de 1988 que descartó del proceso las cuestiones del desarrollo regional y las penurias vividas por causa de las disparidades económicas entre las regiones de Brasil con sus desigualdades sociales. No se prestó la debida atención a una política constitucional de crecimiento socioeconómico que eliminara o que por lo menos redujera las disparidades entre los Estados miembros.

Un ejemplo bastante concreto que demuestra que el gobierno central ha ignorado la situación de estos conflictos regionales fue la extinción de SUDENE y de SUDAM, organismos federales para el desarrollo del Nordeste y del Norte, en 2001, como forma de agradar a la región sudeste, principalmente a San Pablo. Con la recreación de estos mismos organismos en 2007, el gobierno central hace una señal políticamente favorable a los Estados miembros pertenecientes al Nordeste y al Norte. Pero en realidad esta recreación sólo quedó en el discurso político, lo que volvió a agradar a los Estados miembros del sur y Sudeste.

Otro ejemplo de la inercia del gobierno federal es que en Brasil ya existe una Política Nacional de Desarrollo Regional –PNDR– que fue creada en base al modelo de política regional adoptada por la Unión Europea. Se estableció



con la intención de localizar y atenuar los efectos del aislamiento de áreas necesitadas con bajos índices de IDH y que necesitan el apoyo federal para terminar con estas desigualdades sociales. Pero nuevamente dicha política de desarrollo no funciona en la práctica. Si hubiera voluntad política la PNDR sería un excelente instrumento para reducir las desigualdades regionales en Brasil.

Llegamos a la conclusión de que los instrumentos más adecuados para establecer políticas públicas eficientes, en especial las relacionadas con las áreas sociales, es la cooperación y solidaridad entre los entes federativos con descentralización de la ejecución de estas políticas públicas dirigidas y coordinadas por un gobierno central que tenga voluntad política para el enfrentamiento de las desigualdades sociales existentes en sus regiones. Países como Alemania, Canadá, Australia, Austria, India, entre otros, son ejemplos de que con un gobierno central que posea voluntad política es posible liderar, coordinar y reinventar modelos federativos a través de la cooperación entre los entes federados.



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABENTE, Diego. **Estatalidad y Calidad de La Democracia em Paraguai**. América Latina Hoy, vol. 60, 2012.

ABRUCIO, F. L. Descentralização e Coordenação Federativa no Brasil: Lições dos anos FHC. In: Fernando L. Abrucio; Maria Rita Garcia Loureiro. (Org.). **O Estado numa era de reformas: os anos FHC** - parte 2. Brasília: 2002.

ABRUCIO, Luiz Fernando; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. Modelos federativos e o caso brasileiro. In: Abrucio, Luiz F. Costa, Valeriano. M. F. **Reforma do estado e o contexto federativo brasileiro**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer (pesquisas nº 12), 1998.

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**: 9ª ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1998.

AFFONSO, Rui de Britto Álvares (1999). A Federação na Encruzilhada. In: Quem és tu, Federação? São Paulo: Rumos – **Os Caminhos do Brasil em Debate**, Ano 1, nº 2, mar/abr.

AFONSO, José Roberto Rodrigues. **Descentralização fiscal: revendo idéias**. ENSAIOS FEE, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 353-374, 1994.

AGUINIS, Ana Maria M. de. **Empresas e inversiones en el MERCOSUL**: sociedades y 'joint ventures'; establecimiento de sucursal y filial; inversiones extranjeras; impuestos. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

AGUIRRE, B. M. B. Federative aspects of the public health systems reform. In: 3. **ANNUAL MEETING OF THE INTERNATIONAL SOCIETY FOR NEW INSTITUCIONAL ECONOMICS**. Washington, 1999.

ALMEIDA, J.J. Marques de. Coordenação da Tributação Directa: evolução e perspectivas futuras. In: **CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO FISCAL**, 1., 2000, Porto. Anais. Porto: UFP, 2000.



ALVERGA, Carlos Frederico Rubino Polari de. A intervenção do Estado na economia por meio das políticas fiscais e monetária - Uma abordagem Keynesiana. Revista **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2714, 6 dez. 2010.

ALTHABE, Mario Enrique e SANELLI, Alejandra P., **El Convenio Multilateral** - Análisis Teórico y Aplicación práctica, 2ª Ed., Buenos Aires, La Ley, 2007.

ÁLVAREZ, Ángelet al. ¿Qué es la democracia para los líderes venezolanos? Un estudio de los consensos y disensos entre los venezolanos influyentes en torno a la democracia. **Revista politeia**, Venezuela, n. 25, 2000.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. O preço de transferência no Mercosul. In. CAMPOS, Dejalma (Coord). **O sistema tributário e o Mercosul**. São Paulo: LTr, 1998.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **O Ministério Público e sua investigação criminal**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ARCE, O. D. O Paraguai Contemporâneo (1925 -1975). In CASANOVA, P. G. (org). **América Latina: história de meio século**. Vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

ARECES, Nidia. De la Independencia a la Guerra de la Triple Alianza (1811-1870). In: TELESCA, I. (Ed.) **Historia del Paraguay**. Asunción: Taurus Editora, 2011.

ARRETCHE, Marta. **Relações federativas nas políticas sociais. Educação & Sociedade**, Campinas, v. 23, n. 80, set. 2002.

ARAÚJO, T. P e LIMA, R. A. As desigualdades regionais do mercado de trabalho. **Valor Econômico**, 18 abr. 2006.



Ato Constitucional do Canadá, 1982. Disponível em:
<http://Laws.justice.gc.ca./eng/Const/Const/_index.html>

BADIA, Juan Ferrando. **El estado unitário, el federal y el estado autonômico.**

BAHL, R. and WALLACE, S. **Fiscal Decentralization – the Provincial-Local Dimension.** In Public Finance and Developing and Transition Countries Conference. Georgia State University. Atlanta (2001).

BALTHAZAR, Ubaldo César. **Análise dos conceitos de base preliminares à idéia de um mercado do Cone Sul.** Seqüência, Florianópolis, n. 29, dez. 1995.

BARBOSA, Fernando de Holanda (Coord.). **Federalismo Fiscal, Eficiência e Equidade: Uma Proposta de Reforma Tributária.** Brasília: Editora FGV, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARRAZA Javier Indaelcio e SCHAFRIK, Fabiana Haydée, La Reforma Constitucional de 1994 y La Coparticipación Federal de Impuestos. Analisis Comparativo de los Distintos Sistemas de Distribución de Facultades Tributárias, **El Derecho: Jurisprudencia General.** Tomo 165. Buenos Aires, Universidade Católica Argentina, 1996.

BARRIOS, Sonia. Realidades y mitos de ladescentralizacióngubernamental. **CuadernosdelCendes**, n. 4, sept./dic. 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1994.

BBC Brasil: "A DECADÊNCIA IANQUE: EUA têm o pior índice de pobreza dos países ricos", 25/01/2016



BECÚ, Ricardo Zorraquín. **El Federalismo Argentino**. Buenos Aires: La Torre de Babel Editorial Perrot, 1958.

BENAYON, Adriano. **Globalização versus desenvolvimento**. Brasília: LGE, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Percalços na formação do federalismo no Brasil. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 32, ago./nov. 2001.

BIELSA, Rafael. **Princípios de Regimen Municipal**. 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p.41; DROMI, José Roberto. **Federalismo y Dialogo Institucional**. Tucuman: Ediciones UNSTA, 1981.

BITAR, Orlando. Federalismo solidário e desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**, v.11, nº 42, abr./jun. de 1974.

_____. **Curso de Direito Constitucional**: 20 ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

BLANCO, Sindulfo. El impuesto al valor agregado en el Paraguai. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. (Org.) **Reforma Tributária & MERCOSUL**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BLANKENAGEL, A.; WALDHOFF, C. Seminário Federalismo Fiscal Brasil-Alemanha, "federalismo cooperativo pode funcionar no Brasil". Organizado pelo IDP, em parceria com a FGV. **Revista Consultor Jurídico**, Brasília, agosto de 2014.

BOADWAY, Robin. How well is the equalization system reducing fiscal disparities? Queen's University, Kingston, 2004.



BOBBIO, Noberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmem C. Varriolle, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pintocascai. Coordenador da tradução João Ferreira. Revisão geral: João Ferreira e Luís Guerreiro Pintocascai. 5ª ed. Brasília: editora da Universidade de Brasília. São Paulo: imprensa oficial do Estado. v. I, 2000. p. 416-417.

BÖHLKE, Marcelo. **Integração regional & autonomia do seu ordenamento jurídico**. 1. ed. 7ª reimpr. Juruá: Curitiba, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O caminho para um federalismo das regiões. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v.17, nº 65, jan./mar. de 1980.

_____. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Ciência Política**. 10. ed., 7. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Revista de Direito Administrativo, Fundação Getúlio Vargas, n. 104, abril-junho de 1971; Reflexões: Política e Direito, pp. 110-111, e Revista de Informação Legislativa, n. 31, jul./set. 1971, pp. 53-78; **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 37, jan./mar. 1973

_____. Reflexões: Política e Direito, p. 110-111. **Revista de Informação Legislativa**, n. 31, jul./set. 1971.

BONAUDO, Marta. Federalismo: El Caso Argentino em Los siglos XIX y XX. In: HEINZ, M. Flávio & HERRLEIN JR. Ronaldo (orgs). **Histórias regionais do Cone Sul**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

BOOTHE, Paul. Relações fiscais em países federais: Quatro artigos. **Fórum das federações**- Rede Internacional sobre Federalismo



BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Código Tributário. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966. Art. 16. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>

BREWER, Allan Carías. **Sobre el poder popular y el Estado comunal en Venezuela** (O de cómo se impone a losvenezolanosun Estado Socialista, violando laConstitución, y en fraude a lavoluntad popular). 2010.

BREZZO, Liliana. Reconstrucción, Poder Político y Revoluciones (1870-1920). In: TELESCA, I. (Ed.) **Historia delParaguay**. Asunción: Taurus Editora, 2011.

BULLOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Nazaré da Costa. **A Teoria do Federalismo Financeiro**. Ed. Almedina. 2ª ed. Coimbra, 2015.

CAMARGO, Aspásia. Federalismo cooperativo e o princípio da subsidiariedade: notas sobre a experiência recente do Brasil e da Alemanha. In: Hofmeister, Wilhelm; Carneiro, José M B (orgs). **Federalismo na Alemanha e no Brasil**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer (Centro de Estudos), 2001.

CAMINAL, Miguel. **El federalismo pluralista: del federalismo nacional al federalismo plurinacional**. Barcelona: Paidés, 2002.

CAMPOS, Ana Maria. **Accountability**: Quando poderemos traduzi-la para o português?Revista da Administração Pública. Rio de Janeiro: FGV, fev./abr. 1990.



CAMPOS, German J. Bidart. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino**. Buenos Aires: EdiarSociedad Anónima Editora, 2001.

CAMPOS, Luis. **Apuntes de Historia Económica del Paraguay**: Desarrollo, auge y decadência de uma economia de enclaves, segunda edición. Asunción: Intercontinental Editora, 2013.

CANESE, Rodrigo. **Paraguai**: mudança histórica e enormes desafios; Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves, 2008. Disponível em: <[http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoesanteriores/internacional-paraguai-mudanca-historica-e-;](http://www.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoesanteriores/internacional-paraguai-mudanca-historica-e-)>

CANO, Hugo Gonzáles.. A Harmonização Tributária em processos de integração econômica, **Ministério da Fazenda**. Escola de Administração Fazendária; tradução de Ana Cecília Estellita Lins e revisão de Oswaldo da Costa e Silva, Brasília: ESAF, 1986.

CARDOSO, Miriam Limoeiro. Ideologia da globalização e (des) caminhos da ciência social In: Globalização Excludente GENTILI, Pablo (org.) **Desigualdade, exclusão e democracia na nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

CARMAGNANI, Marcelo. Conclusión: el federalismo, historia de una forma de gobierno. In: CARMAGNANI, Marcelo (Coord.). **Federalismos latinoamericanos**. México; Brasil; Argentina: México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. O Federalismo Brasileiro em Perspectiva Histórica. Rio de Janeiro, Mimeo, 1994.

CASTRO, Maria Silvia Portela de. Que papel poderia ter o Mercosul neste momento? Grupo de Reflexão sobre Relações Internacionais — **Carta Capital** - publicado 05/03/2015

CAVALCANTI, Amaro. **Regimen Federativo e a República Brasileira**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900.



CETRÁNGOLO, Oscar; JIMÉNEZ, Juan Pablo. Las relaciones entre niveles de gobierno en Argentina. **Revista de la CEPAL**, Santiago, n. 84, diciembre. 2004

CHIARAMONTE, Jose Carlos. Legalidad Constitucional o Caudillismo: el problema del orden social en el surgimiento de los estados autónomos del litoral argentino en la primera mitad del siglo XIX. In: Desarrollo Económico Vol XXVI, nº 102, 1986. Disponível em: <<http://www.educar.ar>>

CHIAVENATO, Julio José. **Stroessner**: Retrato de uma ditadura. São Paulo: Brasiliense, 1980.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

CÓLMAN, Evaristo e MORAES, Ceres. (2010) **A guerrilha FULNA**: considerações preliminares. Disponível em: <http://www.cedema.org/uploads/moraes_colman.pdf>

COMPARATO, Fábio Konder. **Retenção de recursos estaduais pela união**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 24, 87-91, 1998.

CONTIPELLI, Ernani. Solidariedade no Federalismo Fiscal Comparado. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 4, n. 8, p.61-93, jul./dez. 2013.

CORREIA, Rogério Dias. **Desafios do Federalismo Fiscal**. Contributo para a compreensão do exercício partilhado do poder tributário no limiar do século XXI. Tese de Doutorado em Ciências Jurídico-econômicas. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Agosto/2014.

DAFFLON, B. Fiscal Capacity Equalization in Horizontal Fiscal Equalization Programs. In: Boadway, R. e Shah, Anwar. Intergovernmental fiscal transfers: principles and practice. Ed. **The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank** (Washington, DC), 2007.



DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novos pólos administrativos afetando a Federação brasileira**. In: As Tendências Atuais do Direito Público (Estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco). Rio, Forense, 1976.

_____. **O Estado Federal**. São Paulo: Ática, 1986.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Saraiva, 1983.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. Editora Saraiva, São Paulo, 29 edição, 2010.

DASSO, Ariel Gustavo. **Mercosur: Problemática Jurídica**: Revista Jurídica Argentina La Ley. Buenos Aires: La Ley, Tomo 1991-E, 1991.

DEL ROSARIO, Helia; MASCAREÑO, Carlos. Las relaciones intergubernamentales en el marco de la descentralización venezolana. In: OSPINA, Sonia; PENFOLD, Michael (Ed.). **Gerenciando las relaciones intergubernamentales**. Experiencias en América Latina. Nueva Sociedad, 2002.

DEMICHELI, Alberto. **Origen federal Argentino** - Sus bases iniciales definitivas, Buenos Aires, Depalma, 1962.

DONGHI, Tulio Halperin. **História da América Latina**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

DRAIBE, Sonia M. O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. **Revista de Ciências Sociais**. São Paulo: Anpocs, 1992.

ELAZAR, Daniel. **Federalismo**. *Archè*, ano 3, n 7, p.12, 1994.



_____. J. International and Comparative Federalism. PS: **Political Science & Politics**, vol. XXVI, nº 2, 1993. p. 19-195.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Gestão pública local, novos arranjos institucionais e articulação urbano-regional. In: GONÇALVES, M. F., BRANDÃO, C. A., GALVÃO, A. C. (Org.) **Regiões e cidades, cidades nas regiões: o desafio urbano-regional**. São Paulo: Editora UNESP: ANPUR, 2003.

FELD, Lars P.; HAGEN, Jürgen Von. Federal Republic of Germany. In: SHAH, Anwar (Ed.) The practice of fiscal federalism: comparative perspectives. London: **Forum of Federations and IACFS**, 2007.

FERNANDES, Eurico da Silva. **A “invenção” do Paraguai**: história, projetos e intelectuais na construção da nação paraguaia (1870 –1935). Dissertação (Mestrado em História). Maringá. UEM, 2016.

FIGUEIRAS, Marcos Simão. **Mercosul no Contexto Latino-americano**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

Fórum Fiscal dos Estados Brasileiros, Coordenação: Fernando Rezende. Caderno nº 1, Equalização Fiscal. Dezembro de 2006.

FREGA, Ana. La Integración de Los “Pueblos Libres”. A Propósito del Federalismo Artiguista. In: HINZ, M. Flávio e HERRLEIN Jr., Ronaldo (orgs). **Histórias regionais do Cone Sul**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

FRIAS, Pedro. **El Proceso Federal Argentino**. Cuadernos de federalismo. Cordoba, n. I, 1987.

GARCIA PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. Madrid, ES. Alianza, 1984.

GENTILE, Jorge Horácio, El Debate despues de la Reforma Constitucional. Avances y retrocesos de nuestro Federalismo. **El Derecho**: jurisprudência general. Tomo 161, Universidade Católica Argentina, Buenos Aires, 1995.



GODOY, Arnaldo Sampaio M. **Direito Tributário Comparado e Tratados Internacionais**. Porto Alegre: Editora Fabris, 2005.

GOLDMAN, Noemí. **Las Orígenes del federalismo rioplatense (1820-1831)**. In:_____. (Dir). *Revolución, república, confederación: 1806-1852*. 2 ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2005.

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e WelfareState: Estado e desenvolvimento social no Brasil. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, RJ, v. 40 n. 2, março/abril de 2006. p. 201-236.

GONDAR, Anelise F. P. **Limites e Possibilidades do Federalismo Cooperativo**: Uma Análise da Alemanha e do Brasil. Rio de Janeiro, 2011.

GONZAGA, Livia Leite Baron. **A interpretação das convenções contra dupla tributação internacional à luz da teoria da argumentação jurídica. 2010**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 253. Disponible en: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-19112010-084307/>>. Acceso el: 24/08/2016.

GRACIA, J. Cárdenas. **México a luz de los modelos federales**. Boletim Mexicano de Derecho Comparado, nueva série, año XXXVII, n. 110, México, mayo-agosto 2004.

GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e Desnacionalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GROPPALI, Alessandro. **Dottrina dello stato**. 3ª Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1937.

HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. **Os Artigos Federalistas, 1787-1788**. Trad. de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.



HERNÁNDEZ, AntonioMaría. **Derecho Municipal**. Buenos Aires: EdicionesDepalma, 1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

_____. Alessandro. **Doutrina do Estado**. Trad. Paulo Edmar de Souza Queiroz, São Paulo, Saraiva, 1953.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____.**Repartição de competências na Constituição Federal de 1988**. Revista trimestral de direito público. São Paulo, nº 2, 1993

JARACH, Dino, **FinanzasPúblicas y DerechoTributario**, 1ª Ed., 2ª impressão, Buenos Aires, Editorial Cangallo, 1993.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____.**Teoria general del estado**. 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Albatroz, 1954.

_____.**Teoria General Del Estado**. Buenos Aires. Albatrós, 1943.

JUNIOR. Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**.5ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: EditoraJusPodivm, 2011.

KINCAID, John. Introduction. In: NERENBERG, Karl (Cord.) **Handbook of federal countries**.Canadá: Handbook of federal countries, 2005.



KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso. **Globalização e regionalismo**. Carta Internacional, São Paulo, ano VI, nº 67.

LAGEMANN, E. "O Federalismo Fiscal Brasileiro em Questão". In: Affonso, R.B.A. & Barros, P.L.B. (orgs). **A Federação em Perspectiva**. São Paulo: Fundap, 1955.

LAGEMANN, Eugênio; BORDIN, Luís Carlos Vitali. **A tributação nos países do NAFTA** (EUA, México e Canadá). Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/viewFile/964/1268>>

LAUFER, Heinz. O ordenamento financeiro no Estado Alemão. In: FUNDAÇÃO KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. **Centro de Estudos**. O Federalismo na Alemanha. Traduções, n. 7, São Paulo, 1995.

LAVINAS, Lena. Pobreza e exclusão: traduções regionais de duas categorias da prática. **Econômica**, v. 4, n. 1, p. 25-59, jun., 2002.

LEVENE, Ricardo(org.) **História das Américas - Independência e Organização Constitucional**, Vol. V, 5ª Ed., Rio de Janeiro/São Paulo/Porto Alegre, W. M. Jackson, Inc., 1964.

LIPOVETZKY, Jaime César, LIPOVETZKY, Daniel Andrés. **Mercosul: Estratégia para a Integração: Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunção = MERCOSUL: Estrategia para la Integración: ¿Mercado Común o Zona de Libre Comercio? Análisis y Perspectivas del Tratado de Asunción**. São Paulo: LTr, 1994.



LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas**. New York: The Macmillan Company, 1942.

_____. **Teoría de la Constitución**, Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.

_____. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MACHADO, J. B. M. **Mercosul: Processo de Integração, origem, evolução e crise**. São Paulo: Aduaneiras, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Administração territorial comparada**. Revista de Direito Comparado. Vol. 3. maio/99 – Semestral. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1998.

_____. O território do Estado no Direito Comparado: Revista **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3156>>

_____. **Democracia local e federalismo**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br>>.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 23ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**, Coimbra, Atlântida Ed., 1935.

MARIANO, Karina L.P. O neoliberal institucionalismo: um modelo teórico para a integração regional. **Cadernos Cedec**, n. 50, p. 1-30, 1995.

MARTINS FILHO, L. D. **O federalismo fiscal brasileiro sob a ótica da integração econômica internacional**. Cad. Fin. Públ., Brasília, n.8, dez.2007

MASI, Fernando. Los desafios de una nueva inserción externa del Paraguay. In: ABENTE, D. & BORDA, D. (Eds.). **El Reto del Futuro**:



Asumiendo el legado del bicentenario. Asunción: **Ministerio de Hacienda de la República del Paraguay**, 2011.

MEIRELLES, José Ricardo. **Impostos indiretos no Mercosul e Integração**. São Paulo: LTr, 2000.

MENDES, C. C.; LASSANCE, A. **Federalismo e Desigualdade Regional**. Coluna Opinião Estadão, 11 de novembro de 2013.

MENDES, Marcos; MIRANDA, Rogério Boueri e BLANCO, Fernando. **Transferências Intergovernamentais no Brasil: Diagnóstico e Proposta de Reforma**. Texto para Discussão 40. Consultoria de Orçamento do Senado Federal, 2008.

MENDES, Marcos J. **Os Sistemas Tributários de Brasil, Rússia, China, Índia, e México**: Comparação das características gerais. Brasília, Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2008.

MÉNDEZ, J. L. **Estudio introductorio**. In: D. S. Wright, Para entender las relaciones intergubernamentales. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

MENDES, M. J. **Fundo de Participação dos Estados**: Sugestão de novos critérios de partilha que atendam determinação do STF - Parte III. Federalismo à Brasileira questões para discussão. IPEA - vol. 8 Diálogos para o Desenvolvimento. Organizadores Paulo de Tarso Frazão Linhares, Constantino Cronemberger Mendes, Antonio Lassance. Brasília: IPEA, 2012.

MENEZES, Alfredo da Mota. **A herança de Stroessner**: Brasil-Paraguai 1955-1980. Campinas, SP. Papyrus, 1987.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.



MONTORO, André Franco. **Federalismo e o fortalecimento do Poder Local no Brasil e na Alemanha**. Coleção Debates da Fundação Konrad Adenauer. Rio de Janeiro, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Federação brasileira — necessidade de fortalecimento das competências dos estados-membros. **Revista Liberdade e Cidadania** – Ano II – n.7 –janeiro/março, 2010.

MORAES, Marcos Ribeiro de. **As relações internacionais na República Federal da Alemanha**. Uma análise econômico-institucional, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

MORAIS, M. R. **As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha** - uma análise econômico-institucional. Série Pesquisas nº 22, Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001.

MUSGRAVE, Richard A. **Teoria das Finanças Públicas**. São Paulo, Editora Atlas, 1976.

MUSGRAVE, Richard, MUSGRAVE, Peggy B. **Finanças Públicas**. Teoria e Prática. Tradução de Carlos Alberto Primo Braga; revisão técnica de Claudia Cunha Campos Eris [e] Ibraim Eris. Rio de Janeiro: Campos; São Paulo: Edusp, 1980.

NEWMAYER, R. Kent. **John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court**. Baton Rouge: Louisiana University Press, 2001.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824** / Octaciano Nogueira. - Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

OATES, Wallace E. **Fiscal Federalism**. Nova York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972.



OBREGÓN, Marcelo F. Quiroga. **A necessidade de aplicação do Direito Comunitário no Mercosul**. São Paulo: Lúmen Júris, 2004.

OCAMPO, Raúl Granillo. **Direito Internacional Público da Integração**. Tradução de S. Duarte; revisão técnica de José Carlos Hora e Silva; prólogo de Julio María Sanguinetti. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. **Derecho Público de la Integración**. 1. ed. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Francisco de. A Crise da Federação: da Oligarquia à Globalização. In: Affonso, Rui de Britto Álvares & Silva, Pedro Luiz Barros (Orgs.), A Federação em Perspectiva: **Ensaio Selecionados**. São Paulo: FUNDAP, 1995.

_____. **Teorias da Federação e do Federalismo Fiscal: o caso brasileiro**. EG/FJP, Belo Horizonte, dez. de 2007.

_____. A Crise da Federação: da oligarquia à globalização. In: Affonso, R.B.A. & Silva, P.L.B. (orgs). **A Federação em Perspectiva**. São Paulo: Fundap, 1995.

OLIVEIRA, Luciana Gualda e; Estudo Comparado de Sistemas Tributários. **Revista de Mestrado em Direito** da UCB, 2007

OLSON, M. JR. The principle of fiscal equivalence: the division of responsibilities among different levels of government. **American Economic Review**, Nashville: American Economic Association, v. 59, Papers and proceedings, 1969.



PADOIN, Maria Medianeira. **Federalismo gaúcho**: fronteira platina, direito e revolução. São Paulo: Companhia Editora Nacional. (Coleção brasileira novos estudos; v. 3), 2001.

PEREIRA, José de Ribamar S. Competição Fiscal e Interação Estratégica no Brasil: Teoria e Evidência. In **Finanças Públicas: XII Prêmio Tesouro Nacional, 2007**: coletânea de monografias / Secretaria do Tesouro Nacional. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra : Coimbra Editora, 1989.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. **O Federalismo de Competição**: Contexto Histórico, Institucional e Jurídico. 2007.

_____. **O Federalismo de Competição**: Contexto Histórico , Institucional e Jurídico. VirtuaJus (PUCMG), v. Ano 6, 2008.

PIRES, Alice C. de Souza, FONSECA, Amanda Gonçalves, CROSHERE, lindira Lima. **Soluções de Controvérsias no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1998.

PITA, Claudino. A Harmonização Tributária. **Ministério da Fazenda**. Escola de Administração Fazendária. Tradução de Hilda Baldenes da Costa e Oswaldo da Costa Silva, Brasília: ESAF, 1989. p. 21; Uma abordagem conceitual da harmonização tributária no Mercosul. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). O Direito Tributário no Mercosul. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Uma abordagem conceitual da harmonização tributária no MERCOSUL. In: SALAZAR, Antônio; PEREIRA, LiaValls (orgs.). **MERCOSUL**: perspectivas da integração. Rio de Janeiro: FGV, 1996,

PRADO, Sergio. **A Questão Fiscal na Federação Brasileira**: diagnóstico e alternativas. CEPAL - Brasília LC/BRS/R.179. 2007.



_____. **A Questão Fiscal na Federação Brasileira:** diagnóstico e alternativas. CEPAL - Brasília LC/BRS/R.179. 2007.

_____. Canadá - Finanças Federativas e Mecanismos de Equalização - **IE UNICAMP** - Versão preliminar, fev. de 2004.

_____. Austrália – **Partilha de recursos fiscais e sistemas de equalização.** Fundação Getúlio Vargas/Fundação Konrad Adenauer, Campinas, 2005.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. **A política econômica deles, e a nossa....uma resenha de A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais.** Rio de Janeiro: Revista de Economia Contemporânea, vol. 11 nº 3, Sept./Dec.2007.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - **PNUD.** Relatório anual, Dublin, 2015

PRUD'HOMME, Rémy e SHAH, Anwar. **Centralização versus descentralização:** o diabo está nos detalhes. In: REZENDE, Fernando e OLIVEIRA, Fabrício Augusto de (Organizadores). Federalismo e Integração Econômica Regional — Desafios para o Mercosul. Fórum das Federações. Konrad AdenauerStiftung. 2004.

QUINTERO, Inés. El sistema político guzmancista. Tensiones entre elcaudillismo y el poder central. In: QUINTERO, Inés (Coord.). **Antonio Guzmán Blanco y su época,** Monte Ávila Editores, 1994.

REGIS, André. **O Novo Federalismo Brasileiro.** Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2009.

REY, Juan C. **El futuro de la democracia en Venezuela.** Ediciones UCV, 1998.

REZENDE, Fernando. **Desafios do federalismo fiscal.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.



REZENDE, Fernando. Descentralização e transferências intergovernamentais de recursos na América Latina: Argentina, Brasil e Colômbia. **Documentos Aportes Administração Pública Gestão Estatal**, Buenos Aires, n. 9, ene/dic. 2008.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Considerações sobre a prevalência dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso do MERCOSUL. In: SCIENTIA IURIS: **Revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL**. v. 1, n. 1 (jul./dez.1997). Londrina: UEL, 1997.

RIBEIRO, Maria de Fátima. O preço de transferência (transfer- pricing): da coordenação à harmonização tributária no MERCOSUL. In: **IX Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur – los procesos de integración en el nuevo milenio**. La Paz: UCB, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ROMERO, Jose Luis. **Pensamiento Político de la Emancipación (1790-1825)**, Prólogo José Luis Romero, Compilación, notas y cronología: José Luis Romero y Luis Alberto Romero, Caracas, Fundación Biblioteca Ayacucho, 1988

SAGUIR, Julio. Entre el conflicto y la organización institucional. Una comparación entre los procesos constituyentes de Argentina (1810 - 1860) y de Estados Unidos (1776 - 1787). **Revista Ágora**, Buenos Aires, n. 8, verano. 1998.

SALAMANCA, Luis. Crisis de la modernización y crisis de la democracia en Venezuela una propuesta de análisis. In: ÁLVAREZ, Ángel (Coord.). **El sistema político venezolano: crisis y transformaciones**. Venezuela: UCV, 1996.

SALDANHA, Eduardo. **Harmonização legislativa tributária**. Curitiba: Juruá, 2008.

SÁNCHEZ, Alberto M. **Derecho Administrativo y Federalismo**. In: Cuaderno de Federalismo XIV. Córdoba, 2001.



SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. _____(org.). **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez Editora, 2002.

SARFATI, G. Teorias de Relações Internacionais. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 187. CASE, Anne; ROSEN, Harvey S.; HINES Jr, James R. Budget Spillover and Fiscal Policy Interdependence: Evidence from the States. **Journal of Public Economics** 53, Noth-Holland, 1993.

SCHWARTZ, Bernard. **O Federalismo Norte-Americano atual**. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. "O sistema representativo e a democracia semi-direta: democracia participativa." (coord. Hugo A. Concha Cantú). **Sistema Representativo Y Democracia Semidirecta - memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México: Unam, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ªed. Ver. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, Ronaldo Alexandre do Amaral e. **Brasil - Paraguai: marcos da política pragmática na re-aproximação bilateral, 1954–1973, um estudo de caso sobre o papel de Stroessner e a importância de Itaipu**. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais). Brasília. UnB, 2006. Disponível em: <http://bdtd.bce.unb.br/tesesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1425>.



SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Mercosul: Direitos Humanos, Globalização e Soberania**. Belo Horizonte: Inédita, 1997.

SOARES, M. M. **Teoria do sistema federal: heterogeneidades territoriais, democracia e instituições políticas**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. 1997.

_____. **Repasses Financeiros e Voluntários da União aos Municípios Brasileiros: condicionantes políticos e sociais**. 8º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política. 2012.

SOLER, Lorena. **PARAGUAY. La Larga Invenición del Golpe. El stronismo y el orden político paraguayo**. Buenos Aires: Imago Mundi, 2012.

SOUZA, Moacyr Benedicto. **Revista de informação legislativa**, v. 22, n. 85, Brasília, jan./mar. 1985.

SOUZA, Donaldo Bello de; FARIA, Lia C. Macedo (orgs.). **Desafios da educação municipal**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

SPAHN, Paul Bernd. Solidariedade versus eficiência em uma federação: o caso da Alemanha, in **Federalismo e Integração Econômica Regional - Desafios para o Mercosul**, Fernando Rezende e Fabrício A. de Oliveira (organizadores) Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2004.

SPAHN.e FOTTINGER. Fiscal Federalism in Theory and Practice. Washington, D.C.: **International Monetary Fund**, 1997

SPIZZO, Rodolfo. **Derecho Constitucional Tributário**. 3º Ed., Buenos Aires, LexisNexis Argentina, 2007.

SPOTA, Alberto Antonio. Confederación y Estado Federal - Conceptos y esenciales didimilitudes, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciências Sociales, 1976.



STEPAN, A. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do Demos. Dados – **Revista de Ciências Sociais**, vol. 42, nº 2, 1999.

_____. Muito além do modelo americano: nunca foi tão necessário reavaliar riscos e benefícios do sistema federativo. **O Estado de São Paulo**, São Paulo. Caderno 2, 05 mar. 2000.

STOTSKY, Janet G; SUNLEY, Emil M. United States. In: TER-MINASSIAN, Tereza (ed.) **Federalism Fiscal in Theory and Practice**, Washington: **International Monetary Fund**, 1997.

TER-MINASSIAN, T. "**Intergovernmental Fiscal Relations in a Macroeconomic Perspective: An Overview**", in **Fiscal Federalism in Theory and Practice**. T.Ter-Minassian (ed.). IMF: Washington, D.C., 1997.

TIEBOUT, C. A pure theory of local expenditures. **Journal of Political Economy**, Chicago: **The University of Chicago Press**, v. 64, 1956.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**.9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: 13ª Ed. 2006.

TOMMASI, Mariano. Un País SinRumbo. Política, Políticas Públicas y Desarrollo en la Argentina: (con una breve comparación con el caso chileno). **Desarrollo Económico** 50, no. 199, 2010.

URUGUAY. **Constitución de la República Oriental del Uruguay**. Promulgada em 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

VACCHINO, Juan Mario. **Integración económica regional**. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1981.



VALDES, Nelly. El Impuesto al Valor Agregado en el Uruguay. In. BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (Org). **Reforma Tributária e MERCOSUL**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VARSANO, Ricardo. **A Evolução do Sistema Tributário Brasileiro ao Longo do Século**: Anotações e Reflexões para Futuras Reformas. Texto para discussão nº 405. Brasília: IPEA. 1996.

_____. A Guerra Fiscal do ICMS: Quem Ganha e Quem Perde. **Planejamento e Políticas Públicas**. nº 15 - jun de 1997

VASQUES, Sérgio. **O Princípio da Equivalência como Critério de Igualdade Tributária**. Coimbra: Almedina, 2008.

VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta oficial, n. 36.860, 30 dic. 1999.

VILLEGAS, Hector B., **Curso de Finanzas. Derecho Financiero y Tributario**, 9ª Ed., 1ª reimpressão, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007.

VIRGA, Pietro. **Diritto Costituzionale**, Giuffrè editore, Milano, 1979,

WAGNER, Richard E. **Competitive Federalism in Institutional Perspective**. 1999. Disponível em <<http://mason.gmu.edu/~rwagner/Federalism.pdf>>.

WATANABE, Marta. Quatro estados voltam a dar incentivos fiscais sem apoio do Confaz. **Valor Econômico**, 05/09/2011. Disponível em: <<http://tributario.net/www/quatro-estados-voltam-a-dar-incentivos-fiscais-sem-apoio-do-confaz/>>

WERTER R. Faria. Harmonização legislativa no Mercosul. Brasília: Senado Federal, **Subsecretaria de Edições Técnicas**; Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1995



YONEKURA, Sandra Yuri. Contrato de consumo internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n.267, 31 de mar. 2004.

ZARATE, Walter. **Análisis Del Sistema Tributário Paraguayo**. Asunción: CADEP-Observatorio, 2011.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria Geral do Federalismo Democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

