



FUNDAÇÃO PROCURADOR  
PEDRO JORGE DE MELO E SILVA

BOLETIM DOS

ANPR  
Associação Nacional dos  
Procuradores da República



ISSN Nº 1519-3802

# PROCURADORES DA REPÚBLICA

ANO IV - Nº 46 - FEVEREIRO - 2002

## RACISMO É CRIME INTERNACIONAL

E mais:

**O PORTAL DO PARAÍSO FISCAL**

Anotações à margem do Projeto de Lei Complementar n.º 646,  
de 25/11/1999, denominado "Código de Defesa do Contribuinte"

**O DIREITO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS EM PORTUGAL**

**II FÓRUM SOCIAL MUNDIAL – UM DEPOIMENTO**

BOLETIM DOS  
PROCURADORES DA REPÚBLICA  
ANO IV - Nº 46 - FEVEREIRO 2002

**Conselho Editorial:** Aloísio Firmo, Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Helena Nogueira de Paula, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Odim Brandão Ferreira e Rosângela Pofahl Batista.

**Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:**  
**Conselho Curador:** Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Flávio Paixão de Moura Júnior, Inês Virgínia Prado Soares, Márcia Noll Barboza, Marco Túlio de Oliveira, Marcos Antônio da Silva Costa e Silva e Newton Pena.

**Diretoria Executiva:** Antonio Carlos Fonseca, Denise Vince Túlio e José Leovegildo Oliveira de Moraes.

**Associação Nacional dos Procuradores da República:**

**Presidente:** Carlos Frederico Santos

**Vice-Presidente:** Valquíria Oliveira Quixadá Nunes

**Diretores:** Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Carlos Augusto da Silva Cazarré, Delson Lyra da Fonseca, Elton Venturi, José Adércio Leite Sampaio, Maurício Gotardo Gerum, Nicolao Dino de C. e Costa Neto, Nívio de Freitas Silva-Filho, Róberio Nunes dos Anjos Filho e Rose Santa Rosa.

**Revisão:** Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

**Diagramação, Impressão e Distribuição:**

Artchip Editora Ltda.: (11) 5044-7679 - 5041-8899  
www.artchip.com.br - artchip@terra.com.br

**Capa:** Fábio Lyrio

**Tiragem:** 2.500 - Distribuição gratuita

Os artigos são de inteira  
responsabilidade de seus autores.

Na Internet:  
[www.anpr.org.br](http://www.anpr.org.br)

## Sumário

### RACISMO É CRIME INTERNACIONAL

*Eugênio José Guilherme de Aragão*

PRR/1ª Região ..... 3

### O PORTAL DO PARAÍSO FISCAL

Anotações à margem do Projeto de

Lei Complementar n.º 646,

de 25/11/1999, denominado

“Código de Defesa do Contribuinte”

*Marco Aurélio Dutra Aydos*

PR/SC ..... 5

### O DIREITO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS EM PORTUGAL

*Paulo Cunha*

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela

Faculdade de Direito da Universidade

de Coimbra ..... 20

### II FÓRUM SOCIAL MUNDIAL – UM DEPOIMENTO

*Luiza Cristina Fonseca Frischeisen*

PRR/3ª Região ..... 32

## BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA ISSN Nº 1519-3802

O código ISSN (International Standard Serial Number) é um número que identifica o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo. Possibilita um método eficaz e simples na identificação rápida da publicação, organização de acervos, serviço de indexação e resumos, serviços de aquisição bibliográfica etc.

# RACISMO É CRIME INTERNACIONAL

Eugênio José Guilherme de Aragão  
PRR/1ª Região

A incitação pública ao racismo, em discurso do governador do Distrito Federal, é fato extremamente grave e deve ser assumido nessa dimensão se o País quiser dar provas de sua seriedade na condução de sua política de Direitos Humanos. Sem dúvida, a reação do Sr. Secretário de estado dos Direitos Humanos, Prof. Paulo Sérgio Pinheiro, foi pronta e oportuna, mas não se pode esgotar o assunto no discurso. Importantes são atos que demonstrem que atitudes racistas por parte de agentes do estado brasileiro têm conseqüências práticas à altura de sua gravidade e que o Estado leva a sério seus compromissos internacionais.

O Brasil tem fama de país simpático e se vangloria de sua autoproclamada “democracia racial”. O mundo, especialmente os organismos internacionais de monitoramento dos direitos humanos, sabe, entretanto, que as coisas não são bem assim! Podemos nos enganar a nós mesmos, mas a avaliação que os outros fazem de nós dependem de nossas atitudes. E, apesar de todo o progresso no discurso diplomático brasileiro, o mundo sabe que aqui se tortura, que aqui se mata e se abandona crianças na rua. Sabe, sobretudo, que as vítimas dessas violências são, em sua esmagadora maioria, pobres e negros.

Nesse contexto, o governador da capital da República, num estarrecedor arroubo de intolerância política e étnica, manda, num comício, que a massa presente vaie um “crioulo petista”. E o faz num momento dramático para o País, quando o Brasil está na vitrine da política global por conta da realização do Fórum Social Global em Porto Alegre! A exortação incorpora um argumento perverso, que vai além da mera ofensa subjetiva ao pobre cidadão que foi o destinatário direto dos arroubos governamentais: ao se decompor analiticamente o discurso do governador, vê-se que, nele, se diz subliminarmente: “vaiem-no, porque este sujeito é crioulo e petista”, ou, para transformar o argumento numa asserção simples, “porque este sujeito é crioulo e petista, merece ser vaiado”, ou ainda, aristotelicamente, vê-se a premissa “todo crioulo petista merece ser vaiado”. Isso foi dito pelo governador. E o conectivo conjuntivo não atenua a assertiva, porque, no fundo, não significa mais do que “crioulo não pode optar por ser petista, porque senão merece ser vaiado”, implicando uma declaração de inidoneidade política de qualquer membro do grupo afro-brasileiro.

Pois bem. O Brasil proclama em sua Constituição (e ela está lá, bonita, em inglês, na rede mundial de computadores, em <http://www.senado.gov.br>) que constitui objetivo fundamental da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV); pretende ainda mais, ao dizer que o País “rege-se nas suas relações internacionais” pelo “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (art. 4º, VIII).

Não é por menos que o Brasil é parte da Convenção Internacional para Eliminação de Toda Forma de Discriminação Racial, de 7 de Março de 1966, pela qual se compromete a tomar “medidas diretas e positivas para eliminar todo estímulo à discriminação racial e eliminar toda ação racialmente discriminadora” (obrigação assumida pelo artigo 4º da Convenção). Entre essas medidas, é especialmente importante o compromisso de “não permitir que autoridades estatais ou locais ou instituições públicas estimulem ou incitem à discriminação racial” (letra (c), do artigo 4º).

Essas disposições compõem deveres solenemente assumidos pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional das nações e não podem ser amesquinhasadas pelo arroubo de um agente seu. O País tem muito a ganhar, não só na qualidade de vida de seus cidadãos, mas também no respeito dos outros povos, ao levar a sério seus compromissos internacionais. Com a globalização, o nível de implementação doméstica dos direitos humanos compõem um critério objetivo de confiabilidade política de um estado na ordem mundial. Dessa confiabilidade depende a capacidade de cada país de estabelecer relações construtivas, proveitosas para sua economia, para seu desenvolvimento e para o bem-estar de seus habitantes. Regimes que observam e levam a sério esses direitos, são regimes políticos sólidos, estáveis, bons parceiros para empreitadas comuns mundo afora. É como se o bom nível de respeito aos direitos humanos compusesse um certificado de qualidade total de gestão estatal, sim um verdadeiro “ISO-9000” de boa conduta estatal. E o Brasil precisa disso, para seus cidadãos sobretudo.

Do contrário, violações aos compromissos internacionais implicam a responsabilidade internacional do Estado. O Estado passa recibo de mau devedor! E isso também vale para os direitos humanos. Quando as vio-

lações são excepcionalmente graves, fala-se então em crimes internacionais. O racismo é um deles. E a história dessa criminalização é trágica. Sua origem está no Estatuto do Tribunal de Nurembergue, quando se tratou de qualificar como *crime contra a humanidade* a “perseguição por motivos raciais” (art. 6º do Estatuto). É verdade que, por razões políticas e jurídicas várias que não merecem ser tratadas aqui, esses crimes contra a humanidade foram contextualizados, na prática de Nurembergue, no cenário bélico estabelecido após 1939. Mas os tribunais militares aliados na Alemanha ocupada, regidos pela Lei do Conselho de Controle nº 10, desvincularam a prática desses crimes do contexto do conflito armado e passaram a julgar como criminosas as incitações antisemitas anteriores à deflagração da guerra, pois já a edição das Leis Raciais de Nurembergue em 1935, por si, era de ser considerada um crime de estado.

As guerras de libertação nacional na África e a resistência ao *Apartheid*, no período do pós-guerra, deram nova dimensão criminalizadora ao racismo. Com a Convenção de 1966 citada acima, os estados se comprometeram a criminalizar, em âmbito doméstico, práticas racistas (artigo 4º, (a)). Com isso, pode-se dizer claramente, o racismo passou a integrar o grupo de crimes internacionais *jus cogens*, ou seja, de persecução obrigatória. E, com a criação do Tribunal Penal Internacional, o racismo volta a integrar o grupo dos crimes contra a humanidade, definido como “perseguição de um grupo ou de uma comunidade por razões de raça” (art. 7º, 1 (h) do Estatuto de Roma).

O ato do governador do Distrito Federal por certo agride os mais caros princípios da República, agride frontalmente o compromisso internacional do estado brasileiro de não permitir que autoridades públicas incitem ao racismo e, sob certa ótica, pode ser visto como crime internacional também, pois ao incitar a massa à vaia contra um cidadão, porque era “crioulo petista”, estimulou ataque violento ao grupo de pessoas identificadas com o referido cidadão. Esse ataque, a se repetir, pode vir a qualificar aquilo que o estatuto de Roma denomina “ataque à população civil”, como núcleo central dos crimes contra a humanidade: trata-se de uma multiplicidade de ações tomadas em apoio ou execução de uma política de estado ou organizacional que tenha esse ataque como objetivo.

Ora, esta não é a primeira vez que o governador do Distrito Federal incita a massa contra seus desafetos políticos. Antes, isso parece ser uma prática constante em seus comícios, onde sistematicamente ataca seus eleitores à violência contra militantes do Partido dos Trabalhadores. Pode-se dizer mesmo, que o último roubo apenas repete um padrão de conduta seguida pelo governador e seu grupo desde que chegaram ao poder pelas últimas eleições. E nada foi feito até hoje. Há, até, uma tendência de menoscabar esses atos como meras “basófias”, “coisa de político populista”.

Mas, em verdade, é crime. E se for tolerada essa prática, as instituições estatais brasileiras se desmoralizam perante a si e perante aos outros países, que passam a atribuir pouca credibilidade ao discurso “simpático” brasileiro. O ato de incitar à vaia pública contra um “crioulo petista” é apenas um passo antes do convite ao linchamento e a ações extremas de dizimação física. Uma democracia não pode silenciar diante tal fato grave. Um país não pode ficar inerte perante o mundo, que assistiu a essa demonstração extrema de intolerância. O governador da capital da República não pode ser o estopim de uma política de ataque à população civil! E não adianta pedir desculpas ao cidadão diretamente agredido pela exortação criminosas, porque o racismo não se resolve na honra subjetiva deste, porque o racismo agride a todo o nosso sistema político e nossa posição de país no mundo!

Note-se que, com a ratificação, em breve, do Estatuto de Roma, pelo Brasil, a inércia do judiciário brasileiro em situações graves como a presente poderá provocar a iniciativa da autoridade de acusação do Tribunal Penal Internacional (o Procurador do Tribunal), de instaurar uma investigação e, quiçá, abrir o caso que o judiciário brasileiro não tiver aberto. Aí, sim, o vexame será grande, pois se abrirá o precedente de utilização da jurisdição penal internacional para enfrentar a inércia de um país que se pretende em plena normalidade democrática, em plena funcionalidade de seus órgãos estatais, quando a maioria dos que conceberam a nova Corte a imaginariam basicamente para enfrentar situações de estados em decomposição, seja por guerras internacionais, guerras civis ou regimes totalitários... Aí sim, a surpresa será grande: quem diria, o TPI para o Brasil!

**BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA  
NA INTERNET (ISSN 1519-3810)**

**[www.anpr.org.br](http://www.anpr.org.br)**

# O PORTAL DO PARAÍSO FISCAL

## Anotações à margem do Projeto de Lei Complementar n.º 646, de 25/11/1999, denominado “Código de Defesa do Contribuinte”

Marco Aurélio Dutra Aydos  
PR/SC

Quem, tendo formação jurídica, não sendo necessário ser autoridade ou jurista (embora hoje não se aplique bem o termo a quem o mereceria de direito), e tendo espírito público e apreço pela ordem constitucional pactuada em 1988, examinasse, mesmo sem muita atenção, o texto legislativo e a exposição de motivos do Projeto de Lei Complementar nº 646, intitulado “Código de Defesa do Contribuinte”, apresentado ao Congresso em 25 de novembro de 1999, não lhe daria a mínima importância. Julgaria que, dentro da normalidade constitucional e democrática, o Projeto não chegaria jamais à apreciação do Parlamento, pois seria barrado pela Comissão de Constituição e Justiça. E por quê?

Porque: (1) o projeto veicula matéria abertamente inconstitucional, e afirma isso de modo explícito em sua exposição de motivos; (2) o projeto de lei complementar em apreço não pode ser chamado de *código*, nem com excessiva benevolência; (3) a exposição de motivos e a linguagem de todos os dispositivos da lei nova violam o regime democrático pela própria forma linguística em que apresentadas, afrontando a democracia comunicativa ao valerem-se de astúcia para – sob invólucro inofensivo – veicularem matérias diversas daquelas que “parecem” estar na lei, elaborando um verdadeiro “golpe” de Estado em área sensível do regime democrático, como é a Administração Tributária; (4) o projeto é na íntegra inconstitucional, por não ter outra fonte de validade constitucional a não ser a que está ocupada pelo Código Tributário Nacional, não revogado total ou parcialmente pelo novo Código; (5) o projeto subverte os princípios democráticos fundamentais da Constituição de 1988, entre eles: (a) o da igualdade perante a lei; (b) o do irrestrito acesso à Justiça; (c) o da presunção de inocência; (6) o Projeto altera essencialmente, ainda, o conceito democrático e legal, criado no Código Tributário Nacional, de autoridade fiscal, para dar lugar a outro conceito de autoridade, “imperial” e antidemocrático, e, por fim (7) o Código projeta como utopia o Estado clientelista, de favores e benesses aos amigos, e rigor punitivo aos inimigos: é o arcabouço jurídico do que Hans Kelsen imaginou seria a ausência de Estado, a ordem jurídica de um “bando de salteadores”.

Não obstante, o Projeto ganha terreno, aprovado nas Comissões de Constituição e Justiça e Assuntos Econômicos, retirado de votação “para ajustes” a serem efetuados em conjunto com a Secretaria da Receita Federal, conforme as últimas informações (Florianópolis, *A Notícia*, 4 de dezembro de 2001).

Ao lado da “liberalização” do mercado de trabalho, cuja ausência de disciplina remontará aos primórdios da modernidade, antes do Estado de bem-estar social, e do projeto de “investigação criminal” que tudo muda para nada mudar, o projeto de Lei Complementar 646 completa o desenho de um novo Estado, recebido pela verdadeira cidadania como um golpe de misericórdia à destruição paulatina, urdida nos últimos dez anos, da ordem constitucional projetada em 1988, uma restauração antidemocrática e antimoderna. Vejamos os sete “pecados capitais” que apresentamos em crítica à exposição de motivos do Projeto.

### 1. GUARDA DA CONSTITUIÇÃO RÍGIDA, PARLAMENTO CONSTITUINTE PERMANENTE E GOLPE DE ESTADO

Examinando o projeto de Lei Complementar em suas próprias palavras, extraímos a sua “filosofia” política sobre o que entende ser uma constituição e sobre quem deva guardá-la. O Projeto adota a idéia de “constituição viva” (Ferdinand Lassalle) que tanto sucesso fez na Alemanha guilhermina, nas mãos de Bismarck, e ainda faz na batuta de outros tantos estadistas autoritários.

Diz a fundamentação do Projeto de Lei que:

Não se cuida de interpretar nossa Carta Magna, mas de construí-la. Se na interpretação circunscreve-se o aplicador a compreender a norma para torná-la coerente com o sistema positivado no qual se insere, e daí extrair a solução do caso concreto, *já na construção seu trabalho é reler a Constituição em face dos novos fatos políticos e das novas demandas sociais para sobre eles projetar os princípios fundamentais implícitos da Carta e, destarte, dar-lhes solução justa sem ruptura institucional, sem cismas sociais e sem a necessidade de sucessivas e infundáveis emendas.*

De outra parte, há que se ter presente que vive hoje o mundo a era dos direitos legislados. A cidadania não se satisfaz mais com meras declarações de direitos -todo direito é. Assim, a Constituição brasileira tornou expresso que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (art. 5º, §1º). Longe está o tempo de ter o cidadão seus direitos fundamentais subordinados à discricionariedade do Estado mediante cláusulas de eficácia contida ou não-auto-aplicáveis ou apenas programáticas.

Os regimes de liberdade sempre rejeitaram essa vi-

são positivista radical que caracterizou os regimes autoritários da democracia formal. Não há mais no mundo moderno da cidadania ativa, no qual definitivamente se insere o Brasil, espaço para constituições semânticas, nas quais sobre a cidadania pende a espada de Dâmocles nas mãos dos dirigentes de plantão. Tanto somos parte dessa universalidade dos direitos que em 1988 dispôs o constituinte que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º).

3. Igualmente indispensável ter presente que o projeto não se limita a revisitar os direitos e garantias fundamentais plasmados na Constituição, mas, também e principalmente, deles extrair seus consectários necessários para, daí, em passo seguinte, condicionar a interpretação e a jurisprudência do direito tributário. Por isso mesmo, este Código põe fim a rixas doutrinárias e resolve divergências de jurisprudência, harmonizando a aplicação do direito com o objetivo de conferir previsibilidade e estabilidade à relação jurídica do contribuinte com o Fisco.

Dos projetos de lei ultimamente discutidos, este é talvez o que mais claramente apresenta uma *idéia* de Estado, e que busca – apesar da deliberada confusão conceitual – fundamentação para esse Estado diferente, que não se diz claramente como será, mas que é com certeza diferente daquele projetado pela Constituição de 1988. Assim é que – afirma-se – não haveria “*mais espaço para constituições semânticas no mundo moderno*”. Embora a fundamentação pretenda aparentar uma certa erudição, gira em torno à repetição de frases de efeito que devem, aqui e lá, dar aparência de ciência ou reflexão aos lugares-comuns do discurso da imprensa sobre a globalização, etc., etc. Aqui não é diferente. A palavra semântica entra para confundir, já que significa, literalmente, o “*estudo das mudanças ou translações sofridas, no tempo e no espaço, pela significação das palavras*” ou, em sentido mais estrito, o estudo “da relação de significação nos signos”. Não se tem a base doutrinária da afirmação, mas seu propósito não é tanto doutrinar filosofia política como apresentar algo estranho para que pareça fundamentada a lógica – tautológica – que permeia o projeto. Tautológica porque fala a lógica do poder, que não tem que se explicar. Na tautologia, o predicado não diz nada do sujeito e limita-se a repeti-lo. É o que acontece com o poder. O Poder é o Poder, eis a melhor definição do poder, que não obedece a qualquer lógica. Para disfarçar tal definição, o projeto fala de modo astuto, quando busca encobrir o sentido real de suas “novidades”, e respinga - de entremeio - medidas simpáticas e demagógicas que, porém, ou não trazem novidade ou não dizem nada de concreto. Astúcia argumentativa, sofisticada, formam a linguagem do projeto, que contrasta, à pobreza técnica e vulgaridade lingüística, o engenho mais sofisticado sobre como se consegue atingir um fim não declarado, dizendo coisas aparentemente bonitas, em aparência democráticas ou aparentemente inocentes. Dá tra-

balho “traduzir” o projeto e encontrar a sua verdade. Mas depois de traduzido, ao leitor de boa fé, já não impressiona o Projeto, embora o deixe perplexo com a desfaçatez, com a facilidade com que se diz, discute ou aprova o que não é direito.

O mundo moderno, segundo o projeto, não admite “constituições semânticas”. Provavelmente desejou reportar-se ao tradicional termo “constituições rígidas”. Até porque opõe, o Projeto, à rigidez constitucional relativa, necessária à estabilidade democrática, a idéia de que é possível alterar a Constituição por outros modos que não sejam aqueles previstos nela mesma. Emendas à Constituição, segundo o Projeto, são cansativas (*sucessivas e infundáveis*). Mas pode-se ler, também, que emendar a Constituição chama mais a atenção e é mais difícil de “empurrar” ao Parlamento do que, sofisticada(da)mente, defraudá-la mediante igualmente *infundáveis* leis inconstitucionais. Alguns têm adquirido extrema habilidade nesse campo.

O mundo moderno, parido pela Ilustração, erigiu por utopia o Estado *racional*, controlável por leis, passadas pelos cidadãos de modo democrático, de sorte que ao obedecer à lei se estaria obedecendo a si mesmo. Formulou-se, nesse desenvolvimento, a necessidade de constituições rígidas, que são o pacto de “existência democrática” do Estado, modificável de modo relativamente mais difícil do que a legislação ordinária, controlável mediante sistemas de controle de constitucionalidade da legislação ordinária, etc. Não há “fatos políticos novos” ou qualquer novidade acadêmica que apresentem razões fundadas para desconsiderar-se que a verdadeira antítese nesse campo se dá entre a existência de uma constituição rígida e a inexistência de constituição<sup>1</sup>. A inexistência de constituição pode ser real (um Estado pode existir sem uma constituição, a democracia talvez não) ou aparente, quando a constituição que existe é defraudada por ausência de guarda. Pela ausência de guarda são culpáveis os próprios órgãos do Estado que a infringem, e por tal defraudação podem ser responsáveis os três poderes, pois aos três compete respeitar e jurar cumprir a Constituição. Sobre a superioridade para a democracia da existência de uma constituição rígida, pode-se receber a lição de Pontes de Miranda, que em seus *Comentários à Constituição de 1967*, teoricamente não revogados, dizia:

“Muitos são os argumentos contrários às Constituições rígidas. Todos, porém, são fracos. A Constituição, pelo fato de existir, *é lei*: como lei, impõe-se. As leis ou são infringidas pelos indivíduos ou pelos próprios órgãos do Estado. Defendê-la é um dos propósitos técnicos. A defesa da Constituição deve passar à frente de qualquer outra lei, por ser a lei que *constitui* o Estado. Além de ser defendida contra as violações, defende-se a Constituição contra as tentativas de mudança que não atenderem às regras sobre reforma”.<sup>2</sup>

Hoje, já se pode afirmar que o ideal moderno, fundado na Ilustração, de que o Estado seria racional, encontra resistência – uma espécie de restauração fundamentalista permanente. Essa restauração se dá pela

ausência total de constituição ou pelo seu enfraquecimento paulatino até que deixemos de identificar-lhe a substância. Esse enfraquecer pode chegar a tal ponto que se torne um verdadeiro golpe de fraude contra o Estado constitucional. Não é um golpe de força, mas de astúcia, porque ainda, conforme as regras do “consenso falso” em vigor, deve ser “outorgado” à sociedade pela repetição, pelos meios de comunicação rápida, de mentiras e mitos que reforçam a sua superioridade, até o cansaço. Nisso há um quê de fundamentalismo, porque o fundamentalismo fala a linguagem da “verdade única” imposta a outros como uma “anilha”, e não se limita à verdade religiosa. Labora nessa tentativa de golpe branco ao Estado constitucional a idéia de “*construção constitucional*” adotada pelo Projeto de Lei Complementar 646/99, como se afirma nele mesmo: é tempo de (re)construir a Constituição sem rupturas ou “*sucessivas e infundáveis emendas*”. É ideológica em quase tudo a exposição de motivos do projeto, à medida que encobre seus objetivos verdadeiros em frases de efeito ao gosto do noticiário dito econômico (tudo pela livre competição no mercado globalizado, etc, etc), mas aqui é incrivelmente sincera. Não se está “quebrando a ordem constitucional” uma vez que se admite que seja possível legislar *contra* a ordem constitucional para modificá-la, por assim dizer, de baixo para cima.

Por que não fazê-lo? Se, em todo o essencial, a Lei complementar projetada aqui já está em vigor pela Portaria 1265 (simples Portaria) assinada pelo Secretário da Receita Federal, e publicada um dia antes (24/11/1999) da apresentação do Projeto ao Congresso? Não teríamos maior dificuldade em identificar que o Projeto em apreço é na verdade um projeto de “Governo”. São duas as evidências disso, e parece nem precisar mais. Uma é a identidade de essência e linguagem entre o Projeto e a Portaria 1265/99, da Secretaria da Receita Federal. A outra é a proximidade entre a publicação da Portaria e a apresentação do projeto. Não haveria tempo de um parlamentar ler a Portaria no Diário Oficial hoje e “inspirar-se” para elaborar um Projeto de Lei Complementar para apresentar ao Parlamento no dia seguinte.

Como Projeto de Governo, porém, não é suficiente a Portaria, pois é preciso: (a) dar fundamento de validade legal retroativo à Portaria, já que ela contrariava literalmente o Código Tributário Nacional, de modo a dar-lhe a necessária “estabilidade” (afinal, uma simples Portaria é revogável por um novo Secretário de Receita, e essa hipótese deve ser barrada); (b) para completar a “ordem” nova, é preciso exportá-la para Estados e Municípios, fazendo-a obrigatória através de lei complementar, que tem em matéria tributária essa força normativa como lei nacional, impondo aos demais entes da federação normas gerais cogentes de direito tributário (na verdade, revogando as normas “jurídicas” de direito tributário e impondo aos Estados e Municípios o “caos” do Projeto). Vale, como argumento para forçar a aprovação das “reformas”, a força do fato consumado. A idéia de “construção constitucional”, ou de constituição-viva, é uma reedição dos “fatos reais de poder” que, na versão do celebrado panfleto de Ferdinand Lassalle, são a constituição “real”, em oposição à mera “folha de papel” em que escrita a constitui-

ção jurídica. Em última análise, manda quem pode (os donos do Poder) e obedecem os súditos do Estado (que são, nesse modelo novo, os verdadeiros contribuintes). Passar isso por “cidadania fiscal” requer muita ginástica argumentativa, que, não por acaso, não fala de “boa fé”. Em todo recanto da lei ou da exposição de motivos, se for contabilizado o que é de fato “novo”, só se encontrarão expedientes de “facilitação” à sonegação fiscal, em prejuízo da cidadania verdadeira, que paga a conta do Estado. A adoção da dinâmica de “construção constitucional” pode deixar o Parlamento à mercê de aproveitadores de circunstâncias (caíram as torres gêmeas? é hora de dar “todo o poder à polícia”, contra o terrorismo, etc, etc). Um Parlamento constituinte permanente, ao sabor de “consensos rápidos” e circunstanciais fomentados pela mídia, pode funcionar como se não existisse de fato uma constituição.

O Projeto 646 subverte todos os conceitos jurídicos (de direito tributário) e constitucionais. O mais “abusado” pelo Projeto é a cláusula mais democrática, da universalidade do acesso à justiça. Na subversão dessa cláusula, antes de ser o Judiciário protetor do indivíduo eventualmente lesado pelo Estado que, do contrário, ordinariamente, agiria com presuntiva legitimidade, o Estado é feito refém do Poder Judiciário, e só pode agir contra o infrator se obtiver uma chancela judicial, como se o Estado fosse “igual” ao infrator, quando na verdade o Estado - frente ao infrator - é mais fraco que ele, pois que é vítima. O abuso do princípio do “acesso à Justiça” é sofisticado, porque onde reina a Justiça parece que a democracia vai bem e se tem um regime democrático, mas na verdade o Projeto investe no exato oposto da democracia. Porque, segundo o ideal democrático, *todos os poderes* devem conduzir-se de modo democrático. Eis a regra. Para a exceção, isto é, a eventual transgressão à ordem democrático-constitucional por algum dos poderes, intervém então outro poder. O Parlamento é quem legisla e é o primeiro que deveria guardar a Constituição. Eventualmente, o que passasse pelo Parlamento e fosse inconstitucional seria objeto de controle judicial. Hoje, torna-se regra que a Parlamento possa “construir” (na verdade o passo do construir para o destruir é imperceptível) a Constituição em leis ordinárias para não precisar de “infundáveis emendas”. Quebra-se a normalidade. E não há Estado que funcione quando o controle de um poder sobre outro deva exercer-se sobre a regra, e não sobre a exceção. Isso significa que o guardião da Constituição, quando eventualmente o Parlamento abuse, é o Poder Judiciário, mas para a guarda da Constituição, quando toda a ordem legal permite a si mesma modificar a Constituição, de modo aberto ou fraudulento, o Judiciário será insuficiente. Porque o controle judicial pressupõe a “rigidez constitucional” e uma certa “normalidade democrática”. Quando o exercício do poder judicial pode ser desmoralizado pela aprovação “às pressas” de fundamento constitucional novo que dê legitimidade retroativa à ordem editada em afronta à constituição (e essa é apenas uma das formas de fraude ao pacto constitucional) então estamos fora da normalidade democrática. No fundo, Pontes de Miranda tinha razão quando afirmara que o Parlamento é o *primeiro* guardião da Constituição (para que o Estado democrático seja real e não uma ditadura):

“Seja tecnicamente rígida, ou não, a Constituição, alguém se há de incumbir de guardá-la. Quer dizer, velar pela sua observância, pelo respeito que se lhe deve. Naturalmente, velar pela sua aplicação, por parte dos juizes, ou pela sua obrigatoriedade quando aos cidadãos, é menos do que velar pela sua supremacia com relação às outras leis. Aqui já se imporia que ela fosse rígida, que os legisladores se contivessem nos traçados que dela resultem, que as leis, violando-as, ou fossem ineficazes, ou nulas, ou inexistentes” (idem, p.238).

Se vale como recomendação ante a anormalidade democrática, que toma corpo quando o Parlamento é o primeiro a fraudar a ordem constitucional, podemos citar ainda Pontes de Miranda: talvez só restará o controle social, pela difusão cultural.

“Mas a Constituição pode ser defendida sem ser pela guarda e sem ser pela rigidez. Por exemplo: pelo ensino cívico, pela sua difusão, pela demonstração de suas vantagens.” (idem, p. 238).

São atos de civismo e de resistência que tornam uma sociedade forte. Rejeitar, com veemência, legislação nova que afronte, e de forma tão grosseira, a letra e o espírito da Constituição de 1988, como o faz o projeto de Lei Complementar nº 646/1999, é um ato de civismo dessa natureza. Precisamos difundir as vantagens da Constituição e de uma “ordem jurídica” sobre o seu contrário, o que não é fácil em tempos como o nosso, em que os meios de comunicação podem – pela mera repetição que beira a resposta do “porque sim”, que sequer as crianças aceitam - criar consensos falsos. *Por que é necessário o Projeto? Porque sim. O Projeto é urgente e necessário, isso não se discute, agora temos é que discutir o que conterá o projeto, etc.* De verdades como essas são feitas as “colunas” rápidas dos editoriais e âncoras. Não é isso que se chama “opinião pública”, pois que esta é necessariamente pluralista, e não igual à publicação de uma opinião privada em todos os meios de comunicação, ou nos mais eficientes (os de massas).

O totalitarismo levanta-se contra a modernidade como um desenvolvimento perverso da Ilustração. Fora isso, remanescem formas diversas de fundamentalismo, em oposição à Ilustração. Nem todas são religiosas. O fundamentalismo aprova a ausência de Constituição, é da sua natureza ser dinâmico. O dinamismo constitucional pode deixar o Estado à mercê de minorias que joguem com “eficiência” com o orgulho nacional e outros elementos emocionais para conduzir o Estado, em aparente consenso, ao fascismo, à ultra-direita, à guerra, etc. A referência que temos, nesse contexto, é a do Estado de Israel, e não por qualquer propósito anti-semita, mas pela oportunidade de citar (e recomendar) a leitura de opiniões de cidadãos israelenses, árabes e judeus, em livro de entrevistas feitas por Guila Flint e Bila Sorj, sobre o “*crescimento atual das forças do fundamentalismo em Israel*”<sup>33</sup>. Na introdução, apontam as autoras como uma das causas da ascensão fundamentalista o fato de Israel não ter uma Constituição, o que torna o Parlamento uma assembléia constituinte permanente, com poderes quase ilimitados e

que edita leis que podem ser modificadas facilmente. Daí, para a fraude legislativa manipulada por minorias ortodoxas, teria sido um passo. Ury Avnery, um dos entrevistados, afirma de modo enfático que se vive uma “mentira” em Israel (p. 33). A “mentira” do Estado democrático judaico, principalmente pela fraude legislativa, quando se legisla com má fé para encobrir o que é realmente afirmado. Privilégios são concedidos por leis, mas não aparecem “escritos” como privilégios dos judeus, em detrimento dos árabes, católicos etc. Não aparece na lei o termo judeu, mas ‘aqueles que podem pleitear a Lei do Retorno’, etc. Os ultra-ortodoxos, diz outro entrevistado, “usam o jogo democrático de um modo muito sofisticado”, e em geral “a negociação com os partidos religiosos é denominada negociação que não é ‘bona fide’, em que não há lugar para acordos ou concessões” (p. 204). Por que não se pode conceder algo a quem quer fazer o jogo democrático para atingir finalidade ditatorial. Noutro lugar comenta-se como os religiosos passaram a ser uma “minoria extremamente eficiente, que aprendeu a manipular corretamente o orgulho israelense, e tornaram-se extremamente importantes em termos políticos e conduziram Israel para a direita” (p. 130). Não haveria aqui mais espaço para seguir comentando o livro, no todo esclarecedor e interessante, de modo que, remetendo o leitor à fonte, registramos uma lição do pouco que foi dito: ressalvadas as peculiaridades do conflito árabe-israelense, a tentação da ditadura pela “fraude legislativa” é universal, ante a ausência de um costume constitucional, mais importante do que nominais sistemas de controle constitucional, e dela podem valer-se principalmente grupos que, embora minoritários, conduzem um Estado para a ditadura fazendo o jogo democrático. O passo para fazer do Estado um Estado beligerante é pequeno.

Entre nós, temos a quase-ausência de Constituição pela paulatina urdidura de um golpe contra 1988, nos últimos dez anos. A coroação do golpe está para chegar e urge. É preciso estabilizar a “revogação” da Constituição em forma constitucional, para que as eleições não apresentem surpresas, e se assegure que, seja quem for o vencedor, a ordem “antijurídica” do Estado criminal tenha seguimento.

Ao discutir uma lei manifestamente inconstitucional, o Congresso torna-se, por esse mesmo fato, uma Assembléia constituinte permanente, presa fácil da demagogia ainda pelo recurso, de que se valem as ditaduras, à pletora legislativa. Com tantos projetos novos fica difícil prestar atenção a tudo que está sendo “reconstruído”. A pletora legislativa é parte da fraude e abusará de regras *interpretativas* hábeis a tornar aparentemente legal o “manicômio jurídico” (disposições contraditórias, princípios abertos em profusão, a dúplice legislação - o *double standard* institucionalizado, etc.), que é outro nome para o caos, tão necessário para legitimação do regime inconstitucional, porque do caos qualquer interpretação é possível, especialmente quando o razoável, proporcional e justo seja a vontade de quem decide, um pouco como o seu gosto, que não se discute. Na verdade, a primeira discussão é ultrapassada como algo obviamente prejudicado: o que mudar e para quê? O povo diz o mesmo que os juristas nesse particular. Leia-se, de Pontes de Miranda:

“O que se impõe ao Brasil é aplicar as leis e somente fazê-las novas quando evidentemente necessárias” (idem, p. 227).

A pletera legislativa, no dizer de Pontes de Miranda, serviu, a seu tempo, por paradoxal que pareça, à “política de não legislar”. A pletera legislativa funciona quando se quer (com urgência) mudar algo antes que outros pretendam mudá-lo. Fazer a revolução antes que o povo a faça, e assim dominar o grau de intensidade da mudança. Ocorre com a investigação criminal. Não é o caso do Projeto de Código do Contribuinte, que vem para *mudar tudo*. A cidadania fiscal verdadeira passaria muito bem com o Código Tributário e os princípios constitucionais, que podem a qualquer instante ser observados por Estados e Municípios (aí está o grande problema para o Projeto). A cidadania fiscal verdadeira passaria muito bem com a só aplicação do Código Tributário. Mas aí a mágica do *Refis* fica impossível... No âmbito federal, até agora, a Receita Federal legislou o que quis e como quis, por mera Portaria. Mas e o futuro? E os Estados? O Código dito do Contribuinte é mesmo ousado. Altera a essência do Estado no que pertine à tributação, e consegue fazer isso mexendo *apenas* no capítulo “Administração Tributária”. A sofisticação é tamanha que não se consegue - a não ser com muita atenção aos detalhes - ver onde se esconde o golpe. Não é só pela pletera legislativa que - no dizer de Pontes de Miranda, “*Golpes fundos vibram-se, então, nos sistemas jurídicos*” (op. cit. p. 233). É também pela (des)construção fraudulenta da ordem jurídica. Aprovado o Projeto 646, a quem tiver de seguir lecionando Direito Tributário só caberá dizer que “houve direito tributário”, não há mais. Juridicamente, o projeto não tem valor. Mas esse é seu trunfo, porque o que vem para revogar a idéia de sistema jurídico deve ser assim mesmo, quase-jurídico, quase-econômico, quase-jornalístico, muito senso comum (dos donos do poder) misturado a quase-princípios e quase-leis que abram suficiente espaço na “aplicação” do direito tributário pelo Estado (em especial pela Administração) para que as vontades particulares façam da vontade abstrata da lei aquilo que bem quiserem. Juridicamente, não chega a ser um “código” a peça legislativa projetada.

## 2. O CÓDIGO DO CONTRIBUINTE NÃO É UM CÓDIGO

A idéia de Código remonta à utopia das grandes codificações, em que se planeja, desde sempre, unificar o corpo legislativo para criar uma realidade jurídica lógica, harmônica, interpretável conforme critérios de argumentação, prova e persuasão racionais com que trabalha a história humana desde que se buscou criar, nos primórdios helênicos, a idéia de pensamento racional (*lógos*) contra o pensamento mítico. Lógica, princípios, unidade legislativa, corpo de normas jurídicas, é tudo o que não existe no Projeto. Trata-se de um apanhado de regras desconexas, a maioria delas inconstitucional, na letra e no espírito. É necessário emprestar racionalidade ao projeto para compreender como e por que se revoga o

que existe de direito para em seu lugar estabelecer a ausência de direito, com o nome de cidadania. Adiante tentaremos compreender a essência desse código. Por ora vejamos o que seria um código. Do verbete assinado por Caio Mário da Silva Pereira, na Enciclopédia Saraiva do Direito, lê-se:

“A feitura de um Código não é apenas a reunião de disposições legais, relativas a determinado assunto. Exige um trabalho mais amplo, subordinado a uma técnica mais apurada. Codificar o direito é coordenar as regras pertinentes às relações jurídicas de uma só natureza, criando um corpo de princípios dotados de unidade e deduzidos sistematicamente. É o que se observa no CC, no CP, nos Códigos de Processo. Somente aos monumentos revestidos dessas qualidades fundamentais, coordenadores das regras jurídicas sob a dominação de uma idéia científica, é que se pode com propriedade denominar Códigos. (...) É inexata a expressão para designar a legislação especial sobre águas ou minas (Código de Águas, Código de Minas), para denominar as regras regulamentares da caça ou da pesca (Código de Caça, Código de Pesca), para indicar os preceitos específicos do trânsito de veículos motorizados e o tráfego pelas estradas (CNT). São leis especiais, cujo objetivo é a disciplina de um setor isolado de atividade, que só por eufemismo mal empregado recebem aqueles nomes pomposos. Não há cogitar de Código onde falta espírito de sistema e dedução científica e harmônica de princípios.”<sup>4</sup>

Quem fala em “constituições semânticas” e outras frases de efeito pode bem desprezar o conteúdo “científico” do direito, uma outra aspiração racionalista da modernidade, fora de moda. Agora, considere-se o estudo sério do direito o que for, ciência, técnica ou arte, não há diferença na conclusão. O Código Tributário - que o novo Código do Contribuinte defrauda - *é um código de direito tributário*. O código do Projeto pode tornar-se lei, se aprovado, mas não será “direito”. Não é por acaso que o Projeto seja, dentro da democracia, indefensável, porque ele viola a própria democracia.

## 3. O CÓDIGO DO CONTRIBUINTE VIOLA A DEMOCRACIA COMUNICATIVA

A democracia é um pacote completo: quem defrauda a democracia com sofística na redação das leis, fará o mesmo na defesa sofística dessas leis no falso diálogo a que ainda chamam “*abertura para o entendimento*” etc. Segundo o parlamentar que apresenta o Projeto ao Congresso, o novo Código do Contribuinte seria:

“Saudado por eminentes tributaristas, autoridades jurídicas e representantes da sociedade civil como uma nova página da cidadania [mas] enfrenta a oposição de dirigentes do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal (Unafisco Sindical)”<sup>5</sup>.

Em réplica a artigo publicado por outro parlamentar, que apresentou o Código do Contribuinte como “Código do Sonegador”, afirma o autor do Projeto tratar-se de crítica de “má-fé”, resultante de (a) falta de leitura, (b) falta de autonomia (por repetir os argumentos do Unafisco) e (c) falta de respeito parlamentar.

Falta de leitura é argumento pobre, que apenas reforça o mito dos “desqualificados”, que não entendem as “elevadas razões de Estado”. O Projeto e sua exposição de motivos nem são assim tão longos. Falta de respeito, em tempos em que não aceitar que o Parlamento possa trair o juramento à Constituição aparece como “quebra de decoro”, é igualmente discutível, até porque respeito é um sentimento recíproco e só é devido a quem seja respeitável, a quem pratique o respeito - no caso - à Constituição e à democracia, a quem pratique a discussão “verdadeira” e não o falso diálogo do Poder, de cartas marcadas. Quanto à falta de autonomia, pode-se rebater que é da própria essência da “representação” parlamentar submeter ao Congresso a *vox populi*. Como a *vox populi* não é tão consensual quanto parece ao Poder, é mais do que legítimo que a voz de quem se opõe ao Projeto, por minoritária que seja, também possa ser ouvida no Congresso. Não é incomum, em tempos de reação à democracia, que a defesa da “nova ordem antijurídica” se faça pelo mero ataque *ad hominem*, aos “desqualificados”, como desferido por Ministro de Estado contra fiscais da Previdência que mostram a realidade do novo código de ‘imunidades’, desafiando a fraude institucionalizada, no caso das falsas filantropias (cf. *O Estado de Minas*, 07/11/01). Quem está contra o Projeto, já conhecemos: somos desqualificados, atrasados, ignorantes, etc, etc.

**QUEM ESTÁ A FAVOR É QUE NÃO APARECE TÃO NITIDAMENTE. PODE ATÉ SER QUE NÃO TENHAM SIDO NOMINADOS OS “JURISTAS” EMINENTES QUE SAÚDAM O PROJETO POR FALTA DE ESPAÇO, JÁ QUE TODO O DEBATE QUE TEMOS PARECE SER O DO JORNALISMO RÁPIDO. MAS É DIFÍCIL ACREDITAR QUE EXISTA NO BRASIL UM JURISTA OU TRIBUTARISTA COM VERDADEIRA AUTORIDADE QUE OUSE ASSUMIR TAL “SAUDAÇÃO” EM PÚBLICO (ATÉ MESMO SOFISTAS DEVEM MANTER UMA SERIEDADE MÍNIMA, SOB PENA DE PERDA ABSOLUTA DE PRESTÍGIO, E QUEDA DE PREÇO NO MERCADO). JÁ QUANDO SE REPOR TA A QUEM SERIA - ATÉ AGORA - A ÚNICA VOZ DISSONANTE, PROVAVELMENTE O ARTIGO ESTÁ CORRETO. CARENTES DE ÓRGÃOS DE OPINIÃO PÚBLICA VERDADEIRA COMO SOMOS, QUEM MAIS NA SOCIEDADE PODERÁ TER COMPREENDIDO, E DADO A PUBLICAR, A PERVERSIDADE DISFARÇADA NO “CÓDIGO DO CONTRIBUINTE”, SENÃO AQUELES QUE JÁ CONHECERAM, E NA PRÁTICA, A PERVERSIDADE DA PORTARIA 1265/99, DA RECEITA FEDERAL, SEU BALÃO DE ENSAIO, QUE INSTITUCIONALIZA O PRINCÍPIO IMPERIAL NA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL?**

A corrupção legislativa, que conta com estratégias

típicas do terror, funciona mediante (a) o disfarce de propósitos particulares com nomes universais (simpáticos, demagógicos); (b) a ameaça de aprovar “no grito” (por medida provisória) a matéria sujeita a “discussão”; (c) a abolição da Constituição como limite do que pode ser discutido em nível infraconstitucional; (d) a repetição ao cansaço de “verdades” pela imprensa rápida, etc. (e) o terror legislativo estabelece na sociedade, que espera a guarda da Constituição, o pânico necessário para criar o clima próprio para a mudança constitucional “de fato”. Os projetos devem aparecer, de início, bem grotescos para que aos poucos tenhamos a falsa idéia de que, extirpando deles a barbaridade maior, as menores passem como mal menor; (f) quando não forem suficientes as barganhas de “dotações orçamentárias” e outros bens de valor político, para negociação em torno à aprovação dos projetos, fazem-se as “retiradas estratégicas” e o retorno da mesma matéria em dicção, como se diz até no Supremo Tribunal Federal, mais “palatável”.

Como o debate antidemocrático só espelha a essência antidemocrática, resta descobrir, linha por linha, como e por que o Código de Defesa do Contribuinte faz o absoluto contrário do que prega, para erigir uma das bases de sustentação do Estado clientelista, sob o rótulo dourado de “cidadania fiscal”. O que veremos adiante, após examinarmos por que o Código é *integralmente* inconstitucional<sup>6</sup> e por que aposta no duplo ordenamento legal.

#### **4. O CÓDIGO “DITO DO CONTRIBUINTE” É INTEGRALMENTE INCONSTITUCIONAL**

Admitindo-se com bastante liberalidade que o corpo legislativo fiscal em questão *seja* um Código, ainda assim ele não pode *existir* por não ter fonte de validade disponível na Constituição.

Apesar da frágil tentativa, na exposição de motivos, de passar o Código do Contribuinte como “complemento” necessário aos direitos individuais e sociais (tentativa retórica porque a exposição de motivos, na parte final, afirma que sua fonte de validade é o artigo 146 da Constituição e, em contradição, reproduz o texto constitucional sobre a auto-aplicabilidade dos direitos individuais), o espaço “complementar” que o novo Código quer ocupar não está “vazio”. Como lei complementar editada sob a fonte de validade do artigo 146, o Código dito do Contribuinte não pode *coexistir* com o Código Tributário Nacional, sob pena de validarmos o “duplo ordenamento”.

Assim como “reconstrói” a Constituição de 1988 para complementá-la em seu “espírito libertário”, segundo suas palavras, o projeto de Código de Defesa do Contribuinte não faz aquilo que ordena. Faça o que mando, mas não o que eu faço, é sua regra. Ordena que o legislador tributário seja claro, preciso, não estabeleça conceitos vagos ou ambíguos, que diga o que quer revogar, etc. Aplausos, mas... Deveria em primeiro lugar obedecer a si mesmo, dizer a que veio o Código, pois que veio em verdade para “revogar” na essência pelo menos um Capítulo *completo* do Código Tributário Nacional, da Administração Tributária (apesar de retoricamente falar da “carga tri-

butária”, etc.). Mas não diz isso claramente. Com certeza quer evitar o projeto comparações desvantajosas para si.

Mas sem revogar, total ou parcialmente o Código Tributário Nacional, o Código do Contribuinte não pode existir. Se quisesse revogar inteiramente o Código Tributário, deveria apresentar um novo Código Tributário. Se queria revogar parcialmente o Código Tributário (e poderia fazer isso, em tese), teria de apresentar um projeto de lei complementar que re-escrevesse dispositivos codificados, para inseri-los no código. Não pode ser “outro” Código que “interprete corretamente o direito tributário”.

Não se trata aqui de apego à forma (um código só), mas de saber: (1) por que silenciou que pretendia revogar tanto do Código Tributário, (2) por que admite que quer viver *ao lado* do Código Tributário?

É para revogá-lo de modo *disfarçado*. E por que *disfarçado*? Porque a própria exposição de motivos encontra dificuldade em dizer como o Código Tributário irá “conviver” com o Código do Contribuinte. Dificuldade que “resolve” de modo falacioso, nos seguintes termos:

A destinação exata deste projeto, por conseguinte, se põe na forma do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” É, pois, um projeto que encerra lei de caráter explicativo, para o fim de submeter o direito vigente, consolidado e expandido em um regime político autocrático, ao sentido democrático e ao espírito libertário da Constituição de 1988. Desta, da evidente prevalência dos direitos humanos e da concepção de uma sociedade civil controladora e legitimadora do Estado, decorre a obrigação do Congresso Nacional de conferir eficácia construtiva ao direito anterior, recepcionado em 1988, mediante exegese compatível com os comandos normativos objetivos da Lei Maior.

Omite-se, no princípio interpretativo sobre a revogação de normas jurídicas, a importante cláusula do § 1º do art. 2º referido, segundo a qual “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava lei anterior.*” E todas as novidades do Código do Contribuinte (ressalvado aquilo que literalmente *repete*, e mal, da Constituição e do Código Tributário, para preencher *espaços*) são incompatíveis com o direito tributário existente. Só um artigo o Projeto julgou *indispensável* revogar expressamente, para não deixar dúvidas, que é o artigo 193 do Código Tributário, que proíbe, ao devedor do Estado, contratar com órgãos públicos. Não é puro acaso. É, antes, uma circunstância que ajuda a traduzir a verdade essencial do Código novo.

Revogar lei existente, quando se age em respeito à cidadania, requer que se apresente, de modo democrático, claro e objetivo, um Projeto específico para mudar o que existe, e não mudar o que existe fingindo que se constrói sobre o ‘nada’. Respeitando-se o Parlamento, em primeiro lugar, que é quem primeiro irá receber um projeto de lei, se faria um diagnóstico dos defeitos da lei existente, e

só depois do diagnóstico se proporia lei nova, como remédio para as faltas apontadas na legislação existente. Pedir isso será democracia demais?

Não. Pedir isso é pedir que os projetos de legislação se apresentem com “boa fé”. Mas a valer a boa fé, o Projeto não teria chegado aonde já chegou.

Não se consegue de boa fé sustentar que o ideal clientelista do novo Código seja juridicamente superior ao espírito público do Código anterior. Mas a incômoda “comparação” é também falaciosamente “resolvida” na exposição de motivos. A saída encontrada pelo Projeto é abertamente ideológica. Esquiva-se da discussão, tachando a lei velha (o inimigo) de ultrapassada, autoritária, etc, etc. É verdade que até aqui a Exposição de Motivos é sincera: sabe que o Código Tributário não tem nada de autoritário, e então – bem – aproveita uma “circunstância” temporal. Afinal, ele passou a *viger* em 1967, etc. Leiamos:

Não se ocupa o projeto, salvo o explicitado em suas disposições finais, em revogar ou rescindir disposições do Código Tributário Nacional. Não se pode perder de vista que, concebido embora sob o influxo democrático da Constituição de 1946, o direito tributário brasileiro codificado em 1966, particularmente nas relações do Fisco com o contribuinte, foi implementado sob as condições autocráticas das Cartas de 1967 e 1969. Daí o propósito do Código de Defesa do Contribuinte de interpretar o direito tributário nacional nos moldes libertários da Constituição de 1988...”

O essencial, e que não podia ficar sujeito a ambigüidades, deve ser revogado expressamente. É o artigo 193 do falecido Código Tributário, revogado pelo Projeto 646, para o qual só o que se precisa para o Estado brasileiro ser “mais competitivo e globalizado” é a permissão para que alguns devam ao Estado e apesar disso continuem contratando com o Estado, indefinidamente, sem precisar pagar tributos. *Disfarçadamente*, como se requer, permite o Projeto que, legalmente, o Estado seja dividido em feudos cujos administradores, como os antigos senhores de capitanias hereditárias, se encarregarão de distribuir prebendas entre os oligopólios dos que enriquecem contratando com o Estado. Estes oligopólios, como não sabem concorrer livremente no mercado, precisam do Código do Contribuinte para assegurarem para si essa importante fatia de “mercado”, o que não tem absolutamente coisa alguma a ver com a globalização da economia, seja o que ela for. Os demais dispositivos do Código Tributário, embora revogados também, passariam a *viger ao lado* da lei antiga. E por quê?

Entramos no duplo ordenamento, de índole imperial. É bom para o Projeto que coexistam os dois códigos não apenas para ser mais fácil de aprovar o “novo”, e para institucionalizar - contra a idéia de ordem jurídica - o caos, mas também para que o antigo possa ser usado de vez em quando, se necessário. O Projeto fala o código dos “amigos”, a lei tributária fala para os outros.

O espírito do Código Tributário é incompatível com o Código do Contribuinte. Não é só por

conservadorismo ou apego ao “monumento” jurídico que é o nosso Código Tributário Nacional, que se impõe que ele permaneça, senão pela diferença, nada sutil, entre vivermos num Estado sob normas jurídicas ou sem elas.

Voltemos à fonte de validade do Código do Contribuinte.

O legislador complementar não pode complementar o que bem entenda, que a Constituição não pediu que fosse complementado. Por isso - apenas para exemplificar - não pode complementar a Constituição no aspecto do “sigilo bancário”, porque a Constituição sequer adotou o sigilo bancário no seu plano de existência (sendo ilegítima e fraudulenta a adoção de lei complementar para regular o sigilo bancário).

Dentro do sistema jurídico, a lei complementar que “protege a cidadania fiscal” é aquela baixada com fundamento no artigo 146 da Constituição. Essa lei existe. Sobre a natureza e função da lei complementar tributária, tal como estabelecida pelo art. 146, lê-se nos Comentários de Ives Gandra Martins:

“É, pois, a lei complementar uma garantia de estabilidade do sistema, não permitindo que cinco mil Municípios, vinte e seis Estados e a União tenham sistemas próprios, assim como do pagador de tributos, que na Federação pode livremente viajar ou alterar seu domicílio, à luz dos mesmos princípios gerais que regem o sistema” [75] Do mesmo autor, em rodapé, p. 77

“Diríamos, em pinceladas mais amplas, que a lei complementar, em matéria tributária, fortalece a Federação e a República, pois permite o fluir intraumático dos princípios, normas e institutos fiscais nas diversas esferas de poder tributante, harmonizando os entes federados e **garantindo os sujeitos passivos da relação tributária.**” [nota de rodapé, p. 77, grifo nosso]

Do mesmo autor, ainda:

“O Código Tributário, por outro lado, que tem eficácia de lei complementar (...) expõe alguns princípios limitativos, que apenas estão implícitos na Constituição, como, por exemplo, o da tipicidade fechada, o da dúvida beneficiando o contribuinte, o da retroatividade benigna, o da integração analógica apenas a favor do contribuinte, com o que elenca um complemento limitativo à ação sempre mais forte do Estado contra o elo mais fraco de quem, não podendo brandir a espada da imposição, pode apenas defender-se com o escudo da lei. E a lei complementar é a principal limitação ao poder de tributar.” (p. 82)<sup>7</sup>

Dentro do pacto constitucional, a lei complementar que “defende” o cidadão, porque tem a tríplice função já definida na Constituição (que é tradicional na doutrina do direito tributário), é o Código Tributário Nacional. Não se defende que este seja imutável, apenas que se diga ao Congresso por que, para que, e como, se pretende modificá-lo. Só isso.

Duas leis complementares sob a mesma base de validade constitucional instalam o caos jurídico, indispensável a que qualquer decisão administrativa ou judicial pareça razoável e legal. Essa é a verdadeira matriz do que se tem chamado de “manicômio judiciário”, que é na verdade produto da corrupção legislativa. O objetivo não-escrito da dúplice legislação é que o Código Tributário siga vigorando em tudo, exceto naquilo que perturba os negócios dos que não pagam seus tributos e ainda assim obtêm prebendas e favores do Estado. Para estes últimos, haverá suficiente munição no Código do Contribuinte.

## 5. TRÊS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAIS REVOGADOS PELO CÓDIGO DITO DO CONTRIBUINTE

Mas o Código do Sonegador não é apenas “integralmente” inconstitucional, como se viu acima, como também subverte os melhores princípios democráticos da Constituição de 1988. Distorce, tornando-os antidemocráticos, os princípios (a) da igualdade perante a lei; (b) da universalidade do acesso à Justiça; e (c) da presunção de inocência.

### a. SUBVERSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

O princípio da capacidade contributiva significa “igualdade de todos perante a lei”, traduzida em matéria tributária. No entanto, incomoda a quem não quer pagar o que deveria. Por isso não é de estranhar que só tenha surgido em sede constitucional em 1946, a partir da discussão sobre a isenção do “mínimo vital”, e tenha desaparecido no intervalo ditatorial de 1964/1988, para reaparecer na Constituição que resultou da libertação da ditadura militar.

Não aparece claramente revogado o princípio da capacidade contributiva, mas “ao lado” da igualdade real que lhe contradiz, no novo “conceito de justiça tributária” do Projeto. A igualdade entre desiguais, como se sabe desde Aristóteles, só pode ser a igualdade proporcional e nunca a igualdade real, porque a igualdade real entre desiguais onera os que nada têm, desonerando os que têm em excesso. Daí porque a igualdade em matéria tributária só pode ser formulada como “capacidade contributiva”. Quem tem mais, paga mais; quem tem menos, paga menos, ou nada. A inovação é dada no texto legal, na forma seguinte:

Art. 2º. A instituição ou majoração de tributos atenderá aos princípios da justiça tributária.

Parágrafo único. Considera-se justa a tributação que atenda aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da equitativa distribuição da carga tributária, da generalidade, da progressividade e da não-confiscatoriedade.

Sabe-se que disposições legais interpretativas são, quando incorretas, letra morta, porque o legislador não pode tolher o intérprete ao oferecer-lhe contradições lógicas e pretender que se lhes dê obediência. Regras interpretativas supérfluas ou equívocas não se impõem ao aplicador da lei. Tanto já se continha na crítica de Souto

Maior Borges a dispositivo do Código Tributário obrigando a interpretação literal em sede de isenções tributárias<sup>8</sup>. Ainda assim, a regra do Código Tributário - para a Administração - era positiva. Pelo menos o administrador aplicaria a lei tributária como a “boca que fala a palavra da lei” e não sairia “reconstruindo” lei e constituição para adequá-las a “fatos novos” e urgências da globalização, etc. Hoje, alça-se o administrador tributário ao mesmo plano “constutivo” que adota o legislador. E então não será surpresa descobrir que a regra do artigo que conceitua justiça tributária, em contradição lógica, também disfarçadamente dirá a que veio. A regra tem em mira principalmente o “administrador tributário”. O “caos” projetado será conveniente a esta “nova Administração” que fará do direito tributário algo tão fluido que poderá bem ser a opinião ou o gosto do conselheiro ou delegado. É preciso abrir espaço para a influência de ideologias, particularidades e determinações outras que não o estrito interesse público, principalmente no âmbito do contencioso administrativo, em que - sem qualquer garantia, os juízes são escolhidos pela Alta Administração Tributária. É aqui que, somado à coleção de princípios de fácil troca pela mera conveniência, adotados pelo Projeto, se terá a aplicação do direito tributário que for necessária, conforme o caso. De uma Administração Tributária que já avoca competência jurisdicional, julgando “questões constitucionais” (o que não é possível), e julga questões que não fazem parte tradicionalmente do direito tributário, tais como o “dolo” do infrator, etc., não é difícil imaginar aonde vamos dar com as determinações de conveniência que devem, de modo cogente, informar a aplicação do “novo” direito tributário, na forma do Projeto:

Art. 39. A Administração Fazendária obedecerá, dentre outros, aos princípios da justiça, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Da exposição de motivos tira-se o objetivo do “conceito” de justiça tributária: informar a aplicação do direito tributário em todas as instâncias, administrativas e judiciais:

A cláusula que conceitua justiça tributária [...estabelece] parâmetros para a validade dos tributos, tanto para o Fisco que o institua, quanto para o contribuinte que o conteste. **Sua abstração cederá à eficácia no exame de cada caso concreto, seja no plano administrativo ou no processo judicial.** (grifo nosso)

Tal norma, em combinação com aquelas que dispõem sobre o processo administrativo-tributário e a fundamentação dos atos da Administração Fazendária, abre campo novo à relação do cidadão com o agente estatal.

É verdade. E esse novo campo se chama “valeduto”, dependendo do caso concreto. Parece que - uma vez que os princípios são postos lado a lado, o contribuinte poderá escolher de quais precisa no caso concreto, po-

dendo haver quem conteste crédito tributário com fundamento “na desigual distribuição da carga tributária”, o que poderia chegar a uma sentença “constitutiva” do direito tributário, com a soma dos princípios do artigo 39, também selecionados a dedo, como por exemplo, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência. Poderá argumentar alguém que não consegue ser “eficiente” pagando tributos, em desigualdade com a concorrência, mesmo que o contestante seja uma grande empresa e o concorrente uma microempresa. Haverá quem, nesse novo direito dará procedência ao pedido anulatório, e ainda mandará o Estado “indenizar” o contribuinte injustamente agredido pelo Estado, etc, etc. O deliberado “vazio” conceitual em torno aos princípios novos tem endereço certo: serve ao duplo ordenamento, em que, com a legislação existente, se pode chegar a qualquer resultado. O sistema jurídico desmorona, propositadamente, e dá lugar ao preenchimento das decisões com a carga da ilegítima subjetividade do aplicador, carga ideológica em última instância. Tudo será “bom direito”, tanto a decisão x como o seu contrário; o princípio a ser usado para o contribuinte ‘a’ pode não ser o mesmo que valha para o contribuinte ‘b’; e assim por diante. A pessoalidade, que a Portaria SRF 1265/99 já institucionalizara no âmbito da fiscalização tributária, agora terá curso livre também no âmbito de “julgamento” das contestações ao crédito tributário, especialmente na instância administrativa, mais “privatizável” do que a judicial.

A direita brasileira, ávida por fazer passar ao constituinte de 1988 apenas o “golpe” da medida provisória, posto na Constituição, segundo as palavras de José Afonso da Silva, por um “gênio abusado”,<sup>9</sup> vê chegada a hora de cobrar o retorno aos “bons tempos” em que não tratava a Constituição de direitos sociais e outros princípios incômodos da democracia.

## **b. SUBVERSÃO DO CONCEITO CONSTITUCIONAL DE UNIVERSALIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA**

Regimes mais autoritários estabelecem o “prévio exaurimento” da via administrativa como condição para a contestação judicial do crédito tributário, ou ainda, a cláusula “solve et repete”. Nenhum dos dois foi abrigado pelo Código Tributário Nacional, que democraticamente estabeleceu solução de harmonia entre o interesse público, a presuntiva legitimidade do agir estatal, e a defesa do particular, quando eventualmente lhe for imposto algo que não deve pagar.

Sobre isso, são precisos os comentários de Aliomar Baleeiro.

“Em muitos países, as leis não facultam ao contribuinte um meio enérgico de opor-se à arbitrária ou ilegal exigência de tributo, como o nosso M. S. ou o ‘amparo’, obrigando-o a recolher previamente a quantia reclamada e depois pedir a restituição. É a garantia fiscal designada, como solve et repete, que a legislação ditatorial de 1937 a 1946, introduziu em nosso país [por diversas leis] (...) que, depois da Constituição de 1946, vêm recebendo repulsa do Supremo Tribunal Federal”<sup>10</sup>.

A cláusula de universalidade do acesso à Justiça consiste apenas nisso: vedar-se o “solve et repete”, não condicionar o recurso à via judicial ao esgotamento da via administrativa, podendo o magistrado, se estiver convencido da “fumaça de bom direito” da petição inicial, conferir ao crédito tributário suspensão de sua exigibilidade desde logo. Só que o direito constitucional de acesso à Justiça, como todo direito, pode ser usado ou abusado. Será usado quando houver fumaça de bom direito. Será abusado quando não houver, e funcionar apenas como “investimento” na demora ínsita ao duplo grau de jurisdição.

A chancela do Projeto ao abuso de direito torna a cláusula constitucional mais democrática uma cláusula antidemocrática, porque desigual, ao proteger o mau direito da mesma forma que o bom, e dessa forma, proteger o mau pagador e até mesmo o infrator.

O Projeto 646 subverte o conceito de acesso à Justiça considerando que o depósito para recurso administrativo ou reclamação seja uma coação. Não é e nunca foi. Quando o Estado atua, com presuntiva legitimidade, ele deve igualar os cidadãos. Uma forma de garantir essa igualdade é exigir - com eficácia - que os créditos (que repetindo, têm presunção de legítima constituição) sejam questionados, em instância administrativa, mediante o depósito integral do seu montante, sem o que não haverá suspensão de sua exigibilidade. Fora isso, se o contribuinte quiser, pode ir diretamente à via judicial e se sua demanda tiver fumaça de bom direito, obter uma medida liminar em mandado de segurança. Ficava ao alvedrio político dos entes federados quanto de depósito devem exigir para prestigiar a sua própria presuntiva legitimidade. A liberação de depósito, em via de lei complementar, obrigatória para todos os entes da federação, é uma aberração. Sobre a presuntiva legitimidade do crédito tributário, lecionava Baleeiro lembrando que, no direito comparado, houve quem recusasse a via judicial como medida suspensiva de sua exigibilidade. A solução não foi adotada pelo Brasil desde 1946, quando se escreveu que não haveria qualquer lesão a direito que fugisse ao remédio judicial.

O Projeto investe pesado no duplo grau administrativo e judicial, a pretexto de “eliminar” coações ao sujeito passivo, como se isso fosse uma explicitação *libertária* dos princípios constitucionais. Não é, é o exato contrário, é a absoluta subversão do sentido que tem o Poder Judiciário na vida democrática e do princípio de que também o Executivo deve ser democrático, daí ter esse poder a auto-executoriedade de seus atos, com presunção de legitimidade.

Afirma o Projeto, em sua Exposição de Motivos, sobre a “função judicial”:

O direito de defesa ou de recurso, administrativo ou judicial, não poderá ser condicionado a depósito, fiança, caução, aval ou outro ônus qualquer, exceto na execução fiscal, nos termos da lei processual aplicável (art. 18).

O Projeto abusa da cláusula de “acesso à Justiça”,

e pressupõe que o infrator seja igualado ao Estado infrator, donde o primeiro poder reclamar e recorrer, em duplo grau, primeiro no contencioso administrativo, depois no judicial, a partir de qualquer fundamento que desejar. Alguém pode defender-se dizendo que a carga tributária está muito pesada, muito desigual, etc, etc. (entre outros argumentos não-jurídicos que o Projeto alça à condição de princípios informadores do direito tributário “da liberdade”). Se tiver de pagar, ao fim dessa *via crucis* percorrida pelo Estado para receber o seu direito, caso já não esteja prescrito, sempre pode esse infrator fazer um parcelamento (ao tempo do Código Tributário com prazo certo, mas em tempos mais globalizados, do *Refis*, para sempre) e operar a mágica da novação, que é a solução encontrada pelo Código do Contribuinte para “resolver” o que denomina de “rixas jurisprudenciais”. A novação, indebitamente trazida do direito privado, lava, como se lava dinheiro, o crime e a certidão positiva, como se jamais tivesse sido devedor o nosso bom contribuinte.

16. Parcelado o débito tributário, e se cumprido o acordo, não pode o cidadão-contribuinte continuar a sofrer os ônus da inadimplência. O projeto resolve disputa doutrinária e divergência de tratamentos administrativos e de jurisprudência ao definir o parcelamento como novação, donde o retorno ao pleno estado de adimplência, inclusive para a obtenção de certidões negativas de débitos fiscais (art. 36).

Dissídios jurisprudenciais não precisam ser “resolvidos” pelo legislador, até porque os tribunais têm a prerrogativa de mudarem de idéia, como de fato o Supremo Tribunal Federal recentemente mudou, relativamente à idéia consagrada no Superior Tribunal de Justiça de que o mero parcelamento teria o condão de extinguir a punibilidade, por força de redação deliberadamente ambígua do benefício veiculado pelas leis penais-tributárias. Não está o Projeto somente resolvendo um dissídio de interpretação, o que de resto não compete ao legislador, mas revogando a mais nova interpretação da lei penal-tributária pelo Supremo Tribunal Federal, interpretação nova que não é desfavorável ao infrator, como se diz, mas a melhor e mais razoável e que limita a extensão de um favor legal que sequer devia existir. A argumentação é, porém, astuta e ardilosa porque não é tanto a certidão negativa que o Código quer alcançar com a mágica da novação (porque dentro da ordem vigente - ao ser pactuada a moratória o crédito já teria sua exigibilidade integral suspensa e o devedor direito a certidão positiva com efeito de negativa, para quaisquer fins). O que o Código quer, e não diz claramente, é lavar pela novação a pretensão punitiva do Estado, no aspecto criminal. Mais um “truque” de palavras...

O problema de quem escreve leis assim é esperar que ou nós todos sejamos “desqualificados” demais ou que tenhamos paciência demais...

### c. SUBVERSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Projeto subverte ainda a Constituição ao mudar a “função jurisdicional” relativamente ao controle da auto-executoriedade administrativa. Faz isso construindo a

“igualdade” sobre o terreno da exceção e não da regra. A igualdade do Projeto dá-se entre o Estado-infrator e o contribuinte-sonogador. Ao contrário disso, no Estado Democrático, mais igualáveis podem ser o Estado-legítimo e o cidadão cumpridor de seus deveres. Não há e não pode haver igualdade entre a vítima e o infrator, sob pena de construir-se na legislação o favorecimento à infração. Não é de graça que para “igualar retoricamente” os desiguais, isto é, o Estado e o infrator, o Projeto imagina um Estado que também seja agente de crimes. Daí se vê a quase esdrúxula garantia contra a “circulação de jornal oficial com data retroativa” e que constitui falso, ou contra a bandeira do que o projeto imagina como “terrorismo fiscal” (sua principal arma retórica, quando o eventual excesso de exação já, por excepcional que é, configura crime tipificado no Código Penal). A primeira hipótese não parece digna de ser considerada numa lei de proteção à cidadania. Está lá para figurar a idéia de um Estado infrator que precisa igualar-se ao contribuinte infrator, que é, em verdade, o único (não)contribuinte efetivamente protegido pelo Projeto. O Estado do Projeto não age com legitimidade, nem por presunção relativa. O Estado deve provar perante o contribuinte que efetivamente circulou o diário oficial aos “assinantes”... Aqui a esdrúxula idéia do Estado que pratica falsidades parece dizer a que veio.

O respeito à anualidade (Const. Fed., art. 150, inciso III, alínea *b*) mediante publicidade que se dê, efetivamente, dentro do ano civil anterior ao da exigibilidade, mediante circulação dos diários oficiais até 31 de dezembro, com acesso aos assinantes e ao público em geral, donde inválidas as ficções de circulação com data retroativa do periódico (art. 5º e 9º).

Uma coisa é a ficção de conhecimento da lei pela só publicação. Aqui, para proibir o Estado de praticar “falso” (isto é publicar lei num dia dizendo que publicou anteriormente) imagina-se que acabam as ficções e presunções, assumindo, pelo jeito, o Estado, o ônus de provar que determinado contribuinte recebeu o jornal oficial, se ele for “assinante”, e aí, como é matéria de prova, já se tem mais um “argumento” para litigar, em tempos em que basta ao contribuinte ajuizar a petição inicial negando a “efetiva circulação” do jornal oficial a ele, assinante, etc, etc.

O projeto subverte o princípio da boa fé, fazendo crer que ele incide também sobre o cidadão que o Estado descobre ser suspeito, por menos veementes que sejam os indícios, de atos de fraude, falso, simulação, etc. A tributação é já um universo de “deveres” de cidadania chamados obrigações acessórias (escrituração fiscal idônea, etc). Quem não cumpre com fidelidade tais deveres encontra-se já em situação de potencial infração à lei fiscal. Impõe-se ao Estado proteger os “outros todos contribuintes” de boa fé e para tanto desconfiar deste que é potencialmente um infrator.

Ao contrário disso, o Projeto impõe uma verdadeira camisa-de-força à atuação do Estado diante do potencial infrator, e ainda sugere que - mesmo auto-limitado em sua capacidade de produzir provas - deva o Estado “absolver” o contribuinte pela dúvida. Se hoje conselhos de contribuín-

tes julgam o dolo, e conseguem dizer que alguém pode - de boa fé - deixar de ter contabilidade idônea, etc. e ainda assim deixar de pagar multa fiscal pelo in dubio pro reo, não é difícil imaginar aonde vai levar esse “novo” direito tributário da liberdade... de não pagar coisa alguma.

Investe pesado o Projeto na “proteção ao infrator” que não pode ser surpreendido com a descoberta, pelo Estado, de suas simulações, fraudes e abusos de personalidade. Natural que crie “ações” judiciais prévias para que o Estado possa “investigar” e fiscalizar como seria de seu direito. O Fisco, depois de percorrer a via crucis judicial, litigando com laranjas ou pessoas jurídicas simuladas, imporá o crédito tributário sonogado, se houver tempo. Jamais haverá. Abusando da cláusula de “acesso à Justiça”, diz o Projeto:

14. Somente ao Judiciário será permitido desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando for ela instrumento de fraude à lei para ocultar sócios ou terceiros que tenham poder de controle, conforme a Lei das Sociedades Anônimas (art. 16).

A desconsideração (*disregard of legal entity doctrine*) visa punir o abuso de direito e a fraude mediante o uso de personalidade jurídica. O primeiro conceito clássico vem de 1912, e foi lembrado em conferência pelo renomado jurista Rubens Requião: “quando o conceito de pessoa jurídica se emprega para defraudar os credores, para subtrair-se a uma obrigação existente, para desviar a aplicação de uma lei, para constituir ou conservar um monopólio ou para proteger velhacos ou delinquentes, os tribunais poderão prescindir da personalidade jurídica e considerar que a sociedade é um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos e farão justiça entre pessoas reais” (E.S.D., 2/76).

Já o conceito revela a exclusividade dos tribunais. O que faz o projeto é prevenir a manipulação e o mau uso desse mecanismo de compreensão e análise dos negócios de uma pessoa jurídica pela Administração Fazendária como forma de coagir o contribuinte, no processo administrativo-tributário, o qual se desenvolve sem o controle e a condução isenta do terceiro imparcial - o Juiz, perante quem os pedidos de requisição de documentos não de ser justificados e submetidos ao crivo do contraditório.

15. As técnicas presuntivas são instrumento de eficácia gerencial. O que não admite o projeto é ser o sujeito passivo tomado de surpresa com o ônus da obrigação. Por isso mesmo, a lealdade do Estado com o cidadão-contribuinte demanda a publicidade prévia do ato para ciência dos que por ele afetados para sua impugnação administrativa ou judicial (art. 35).

Imagine-se (o que está ficando quase ‘normal’) que um contribuinte que queira “diminuir” a carga tributária transforme seus empregados em fictícias “pessoas jurídicas”, para com eles passar ficticiamente a contratar serviços “civis”, etc. (a chamada ‘terceirização’). Imagine-se

que uma empresa deva muito ou precise contabilizar seus lucros (para continuar sendo pequena empresa, tributada pelo regime simples, por exemplo) e para isso credite todos os seus lucros em conta de pessoa física de um de seus “parceiros”. A imposição da carga tributária sonegada, que deveria ser feita ao “contribuinte de fato” (dado o “abuso do direito”) em auto de infração que recolhesse provas da simulação, da terceirização fraudulenta, do “laranja”, etc., pelo Estado, pela presuntiva legitimidade de seu agir e pela auto-executoriedade - cabendo ao prejudicado, quando o Estado errar ou abusar valer-se da cláusula constitucional de acesso à Justiça -, agora terá que ser precedida de tantas ações judiciais que se torna impossível. Ter-se-á de “citar” uma a uma das “empresas” falsas, e dependendo do número de empregados assim disfarçados, o processo não termina dentro do prazo de decadência do lançamento. Não está bom o exemplo? Bem, a criatividade dos contribuintes-infratores reservará ao Estado outros tantos. E este mesmo Estado - que se iguala e eles - nada pode fazer, porque já não é “igual” aos contribuintes de boa-fé e já não procura proteger a estes, mas tornou-se mais igual ao infrator.

Continuando o raciocínio, como o Projeto protege a “igualdade” do Estado infrator com o contribuinte infrator, não surpreende que até mesmo a “regra” a ser aplicada para o arbitramento tributário deva ser impugnável previamente (artigo 35). Na realidade, o arbitramento é uma necessidade que o Estado se impõe em razão do descumprimento, pelo sujeito passivo, de obrigações tributárias acessórias (manter escrituração idônea, etc). Só se sujeita ao arbitramento o contribuinte que infringe o dever de manter as bases de cálculos escrituradas para conhecimento pelo Estado, vale dizer, o infrator.

Se o Estado tiver de imaginar, antecipadamente, como vai arbitrar a base de cálculo do tributo sonegado, por descumprimento de dever do contribuinte, estará dando ao contribuinte exatamente o que não deve, que é o valor do “custo-sonegação”. E, ademais, não se sabe que formas de sonegação vão aparecer, e que critérios, na casuística dos infratores, se farão necessários. Aqui, de direito, ao descumprimento de uma regra de caráter geral (pelo contribuinte) que permitiria ao Estado impor a regra de caráter geral da imposição tributária, só pode tomar lugar uma regra de caráter individual, que é o arbitramento, mediante o exame, caso a caso, dos elementos de prova relativos aos fatos-signos presuntivos de riqueza que legitimam a imposição tributária, para saber-se quanto se recuperará do tributo sonegado, cuja totalidade jamais é alcançada. Ao contribuinte, se deveria assegurar sim o acesso à Justiça, mas em contestação a crédito já “lançado”, e não em medidas quase-cautelares a que o Projeto obriga o Estado a recorrer.

E há que dizer que o custo-sonegação é sempre favorável ao infrator, mesmo depois de arbitrado o tributo. Por isso é que devia ser (embora esteja ficando fora de moda) sempre obrigatória, para fraudes e omissões, a imposição de multa fiscal que desestimule a prática fraudulenta. Onerando o infrator com a multa, o Estado o faz retornar à igualdade com os contribuintes de boa fé. “Agravado”, como corretamente deve ser com multa fiscal (que

no caso da legislação federal é de 150%) o ônus fiscal do infrator, ele verá que o “custo-sonegação” pode dar prejuízo, e de uma próxima vez talvez prefira ser “leal” e manter sua contabilidade em dia e correta. Nada disso é privilegiado pelo novo Código, muito pelo contrário. Ao exigir como “direito” do contribuinte o prévio conhecimento do critério de arbitramento, o Projeto concebe como “normalidade”, e não infração fiscal, o descumprimento de obrigações acessórias.

E mais, segundo o Projeto, o contribuinte que estiver em falta com sua contabilidade (que não tenha os livros obrigatórios, etc.) ainda pode “litigar” previamente sobre os critérios que o Fisco vai utilizar para arbitrar o montante do tributo sonegado. É mais do real, chega a ser surreal. Segundo as palavras do Projeto, o contribuinte infrator não pode ser “tomado de surpresa” por “técnicas gerenciais”... Quando na verdade ele jamais foi “tomado de surpresa”. Se tivesse sua contabilidade em dia, saberia exatamente quanto tributo incide sobre suas operações. Agora, o Projeto não permite ao Estado surpreender o sonegador que burla o Fisco, como se estivesse o Estado impondo ao contribuinte uma “nova” obrigação tributária e não aquela mesma que ele já devia ter pago, se fosse idôneo. Idêntico raciocínio deve guiar a censura à idéia do Projeto de submeter ao Poder Judiciário a “desconsideração da pessoa jurídica”, mediante todos os recursos cabíveis, duplo grau, etc. Os “laranjas” e “interpostas pessoas” - quase sempre físicas, que “emprestam” gratuita ou mediante remuneração seus “nomes” para o patrão abrir uma conta e circular dinheiro ilicitamente, serão quem verdadeiramente irá litigar com o Estado, nesses procedimentos “judiciais” prévios, dando tempo hábil à decadência do lançamento.

O Projeto deixa o Estado-vítima à absoluta mercê do poder do infrator. Como o Projeto iguala o contribuinte infrator ao Estado, também exige que o Estado, para defender-se, precise, a todo momento, de “chancela judicial”. E esse discurso até parece mais democrático, quando é todo o contrário.

O direito tributário moderno é democrático na medida que aposta na boa-fé do contribuinte idôneo, permitindo que se amplie cada vez mais o campo do chamado auto-lançamento ou lançamento por homologação. Agora, em contrapartida à aposta na boa-fé, exige boa-fé. O contribuinte fiscalizado com veementes indícios de falso, simulação, interposta pessoa e outras fraudes, deve ser desde logo considerado infrator potencial da ordem tributária e criminal. Não há porque continuar em “igualdade” com ele. O Estado deve - perante o infrator - proteger os demais contribuintes pagadores e munir-se dos instrumentos hábeis e eficientes (aqui deve obediência à tão mal empregada “eficiência” da Constituição) para acautelar a prova e impor o auto de infração, diligenciar quanto possível para descobrir outras provas. Vale aqui o tanto que é dito na boa doutrina sobre a necessária “desigualdade” entre o Estado e o infrator, quando o Estado situa-se perante a delinqüência (no caso fiscal) como vítima. Leia-se:

“É difícil estabelecer igualdade absoluta de condições jurídicas entre o indivíduo e o Estado no início do procedimento, pela desigualdade real que em

momento tão crítico existe entre um e outro. Desigualdade provocada pelo próprio criminoso. Desde que surge em sua mente a idéia do crime, estuda cauteloso um conjunto de precauções para subtrair-se à ação da Justiça e coloca o Poder Público em posição análoga à da vítima, a qual sofre o golpe de surpresa, indefesa e desprevenida. Para restabelecer, pois, a igualdade nas condições da luta, já que se pretende que o procedimento criminal não deve ser senão um duelo 'nobremente' sustentado por ambos os contendores, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de culpabilidade do seu autor".<sup>11</sup>

A aposta na presunção de inocência (já por si defraudada, quando se tirou previamente do Estado toda a capacidade de investigar) - que não cabe via de regra em direito tributário (mas apenas na parte do direito tributário que cuida de "infrações" fiscais) é o elemento que dará legitimidade à ampliação de subjetividade dos órgãos do contencioso administrativo, que hoje já a têm ampliada em grau ilegítimo, quando julgam o "dolo" do contribuinte, etc. Faz parte da zona cinzenta criada pelos princípios "abertos" (proporcionalidade, justiça tributária, equitativa distribuição da carga tributária, razoabilidade, eficiência, etc), e se destina a dar um amparo mais ou menos legal a que o Poder Executivo (leia-se, a autoridade julgadora administrativa) possa decidir o que quiser, e tudo será "direito" tributário "construído" de modo dinâmico, ousado, etc. sobre o solo de opiniões, ideologias, e outras influências menos nobres.

## 6. SUBVERSÃO DO ESPÍRITO DEMOCRÁTICO-LIBERAL DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL / CAPÍTULO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Por fim, e disfarçadamente, o Projeto dá fundamento de validade retroativo ao novo conceito - ilegal - de autoridade tributária, criado pelo seu "balão de ensaio", a Portaria 1265 da Secretaria da Receita Federal. Caberia, aqui, sintetizar a "filosofia" do Código Tributário Nacional, no aspecto atinente à Administração Tributária, inteiramente revogado pelo novo "sistema" que se autodenomina "gerencial", mas na verdade é imperial. O Código Tributário não desceu a minúcias sobre a Administração Tributária, traçando apenas normas gerais e princípios a serem respeitados pelos entes federados. Dentre os conceitos que considerou relevantes fixar está o de autoridade. Fez isso no artigo 196, ao dizer que: "*A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.*"

Ao contrário do conceito quase óbvio da ordem vigente, dispõe a nova ordem que "autoridades" serão aquelas pessoas que gozem de confiabilidade do Governo. É como dispõe o artigo 6º da Portaria 1265/99. As novas autoridades discriminarão tudo o que a mão-de-obra da

Receita irá fazer quando em visita aos contribuintes, como se previamente pudessem adivinhar o que lá encontrarão. Expedirão seus mandados de fiscalização, e tais mandados serão auto-limitadores para a Administração.

O novo conceito troca a estabilidade de uma carreira típica e essencial ao funcionamento de qualquer Estado democrático, pela "fidelidade" e confiança ao gosto dos donos do Poder, classe que se vem denominando "Alta Administração". Altera-se o "vínculo" de pertinência da autoridade fiscal ao Estado. Agora, para ser assim considerada a autoridade será um funcionário de Governo, não necessariamente concursado, não estável, não permanente, não universal, etc. No mesmo passo, trata-se a "classe universal" como mão-de-obra executora da vontade particular dos altos escalões de governo.

O Código Tributário, ao contrário, perfilhou uma idéia liberal do século dezoito e que, no entanto, deve ser mantida numa democracia liberal moderna: a idéia de que o Estado, ao apresentar-se diante dos "poderes" do particular, deve fazê-lo com autoridade. A relação de direito material, em que o Estado é o elemento de força, e o cidadão, o de fraqueza, quando chega ao capítulo Administração Fiscal, inverte-se, e com razão, porque aqui a pessoa física que apresenta o Estado é fraca diante do poder, econômico e/ou político, do particular. Por isso ela deve impor sua autoridade e não pode enfrentar "embarços". A força policial que deve estar disponível à autoridade para que contenha a força (poder) do particular não é uma "coação" ilegítima, porque o Estado aqui é frágil. Assim entendia, corretamente, o Código Tributário.

"Art. 200. As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embarço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção".

Quanto à absurda novidade da "auto-limitação" para a Administração Fiscal pelo "objeto" descrito no Mandado de Procedimento, pelas novas autoridades, revoga-se também dispositivo saudável do antigo regime:

"Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm qualquer aplicação disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los".

A "filosofia" do Código Tributário, que se extrai da leitura do seu capítulo "Da Administração Tributária" é liberal e democrática, e nada tem de autoritária. Ao contrário dessa democrática filosofia, o Código do Contribuinte estabelece a vedação de requisição de força policial, deixando a autoridade fiscal à mercê da "vontade" do particular. O dispositivo, segundo consta, seria "negociável". Até enfrenta críticas, segundo noticiário, por parte da Receita Federal. As críticas, todavia, parecem insinceras, pois já na Portaria 1265/99 o "direito de requisitar" força policial fora discretamente avocado em mãos dos "altos funcionários", auto-intitulados *privativamente* como autoridades tributárias, ao arripio da lei vigente.

Contrariamente ao artigo 195 do Código Tributário, o Projeto 646 estabelece a auto-limitação estatal como “normalidade”, auto-limitação que com certeza será veiculada nos “mandados de procedimento” criados em complementação “natural” ao Código do Contribuinte, seguindo o bem sucedido modelo federal da Portaria 1265.

Torna o Projeto a autoridade fiscal um mero fantoche da “autoridade hierárquica” (conceito que não existia no Código Tributário) livremente indicada e demissível, e que não tem vinculação permanente ao Estado, mas transitória aos Governos. Daí o passo a tornar-se o Estado um grande “agente da prevaricação” é igualmente natural, pois que a “prevaricação” já vem “legislada” como um fato normal. O Código do Contribuinte institucionaliza o poder dos donos do Poder, solapando a autoridade dos agentes fiscais do Estado, que formariam, segundo a boa concepção do Código Tributário, a base de eternidade do Estado, relativamente independente dos governos, garantindo à cidadania que, mesmo que fosse o caso de tomar o poder um governo criminal, o agente fiscal do Estado continuaria um agente da lei e não do crime. Tanto já não será tão garantido.

A vedação ao direito de requisitar força policial é, contudo, quase irrelevante na nova ordem, pois que as novas autoridades não precisam disso, uma vez que em ‘técnicas gerenciais’ não se descobre coisa alguma que o particular já não tenha previamente negociado e queira mostrar. Quem não procura a infração, não a encontrará, e não a encontrando não precisa de força policial para garantir sua integridade perante os poderes particulares. Como a ordem não é procurar infrações, mas negociar o que será pago e o que será perdoado pelo esquecimento, entende-se como não será necessária força policial. Daí que a vedação, do Projeto, à requisição de força policial possa ser “ajustada” para permanecer o direito, nominalmente, na lei, garantindo-se, por outro lado, que não precise jamais ser usado (como, aliás, reza a boa propaganda da “técnica gerencial federal”). E por que não precisará ser usado? Através da pessoalização da fiscalização tributária, cujo fundamento de validade (inexistente no Código Tributário) vem dado agora no artigo 46 do Projeto.

O grande perigo não é a “força policial”, “coação” bastante “negociável” como uma concessão aos “funcionários desqualificados”, etc. O perigo é “precisar dela”. Daí porque o Projeto cuida de torná-la dispensável, de fato, pessoalizando a fiscalização tributária em mãos de funcionários indicados da “alta administração”. Estes expedirão “mandados”, etc. com fundamento no artigo 46, aparentemente inofensivo, e que, no entanto, fulmina a idéia de fiscalização estável e permanente, de Estado, para impor a idéia de “gerência de governo” praticada à base de critérios de disponibilidade do que é por natureza indisponível.

Segundo o dispositivo “novo”, será obrigatória a fixação, no dito termo de início de fiscalização, do “objeto” a ser fiscalizado, objeto este que “auto-limitará” (sendo vinculante) a Administração. Parece inocente, não? Veja-se então o que se tornou a Administração Federal Tributária com a vigência da Portaria 1265/99 e se terá um termômetro do perigo encoberto disso. Não só a mútua assistên-

cia entre os entes federados termina, como o “sentido” do que significa fiscalizar se perde por completo nesse novo regime. Fiscalizar será levar uma intimação ao endereço do contribuinte do que previamente for “definido” - sabe-se lá por que critérios - pelas altas autoridades...

Previo o Código Tributário, que era uma lei para harmonizar a administração tributária nacional, o que o princípio da racional divisão do trabalho veria como uma auto-evidência: se as autoridades fiscais são poucas, e os contribuintes muitos, uma autoridade deve “auxiliar” mutuamente a outra, permutar informações, etc. Se um fiscal da SRF foi a uma empresa em domicílio distante de qualquer outro posto fiscal de outros entes, nada mais óbvio que lá chegando examinasse toda a escrita contábil e fiscal, e descobrindo infrações à lei tributária estadual permutasse tais informações com o Fisco Estadual, e vice-versa. A vigorar o Projeto, não pode mais. Como só pode lançar tributos de sua competência, e relativos aos exercícios pré-fixados em seu “mandado”, naturalmente só tem direitos limitados e poderá ver apenas os livros e documentos fiscais relativos ao seu trabalho. *Quem decidirá* se os documentos fiscais têm ou não vinculação com o objeto do “mandado”, pelo jeito, será o particular, já que pertence, a partir da vigência do Código do Contribuinte, a este o “poder” de impor-se ao Estado e não ao Estado o direito de impor a autoridade abstrata da lei.

Por fim, há um “detalhe” que diz da verdadeira essência do Projeto de Código de Defesa do Contribuinte, seu sétimo pecado capital, como veremos adiante.

## 7. SUBVERSÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA - FUNDAMENTO DO ESTADO CLIENTELISTA.

Em nome da igualdade entre Estado e contribuintes (todos) estabelece o Código do Contribuinte dispositivo que entroniza a absoluta desigualdade entre os contribuintes e ainda prejudica a “livre concorrência”. A desigualdade estabelecida dá-se entre os contribuintes idôneos (súditos do Estado, que nem pagando seus deveres em dia saberão se poderão seguir contratando com o Estado, pois pode haver uma reserva desse importante mercado aos amigos ou “donos do poder”) e os donos do Estado, que tudo podem e ainda são ‘imunes’ à tributação, pois podem contratar com o Estado e dever ao Estado ao mesmo tempo.

Nem mesmo a igualdade do direito privado é aqui homenageada, pois em direito privado um particular tem direito de não seguir contratando com alguém que lhe deve. Trata-se de uma questão de “idoneidade”. Quem deve tributos, presumivelmente não tem idoneidade para contratar. O Estado pode contratar com todos que quiserem e *puderm*. Logo, pode exigir essa idoneidade mínima do seu “parceiro” em negócios. Não é o que pensa o Projeto.

Não é de admirar que o Código de alguns contribuintes, ou do Sonegador, como já podemos com direito chamá-lo, veja como um *direito* do contribuinte remisso o de continuar negociando com o Estado, coisa que era vedada (justamente) pelo artigo 193 do Código Tributário. Só que um direito ao qual não corresponde qualquer dever

não é um direito, mas “privilégio”. O Estado que estabelece o privilégio de negociar com alguns cidadãos, concedendo-lhes imunidades de fato, não é democrático, é oligárquico. Não é à toa que tal “direito” novo encontre dificuldade para defender a sua existência, apelando, agora que o palavreado confuso e aparentemente erudito da exposição de motivos já não o socorre, ao direito constitucional de não ser “privado do que é seu”. Leia-se:

Outras disposições relevantes desse novo tempo homenageiam o princípio de ninguém será privado de seus bens e direitos sem o devido processo legal (Const. Fed., art. 5º, inciso LIV e LV).

Assim, fica proibida a interdição de estabelecimentos, a proibição de transacionar com repartições públicas, a instituição de barreiras fiscais e outros meios coercitivos para a cobrança extrajudicial de tributos (arts. 13 e 14).

Da mesma forma, em razão de processo administrativo ou judicial, em matéria tributária, impedir-se o contribuinte de fruir de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, ou de ter acesso a linhas oficiais de crédito ou de participar de licitações (art. 26).

É interessante como se põe o que é bem público (afinal de contas, crédito oficial, contratação com o poder público sempre foi imaginado que seria feito para o bem público) no contexto de defesa do que é “privado”, do bem *próprio* do qual ninguém será privado sem processo legal etc. O Código do Contribuinte não confunde à toa o público e o privado, pois que raciocina sobre a base do Estado clientelista, segundo o qual o público é privatizável em mãos de quem detenha “poder” econômico e político, e esses são ao mesmo tempo “imunes” a toda e qualquer tributação. Basta que assegurem, na alta administração, a indicação de pessoas confiáveis.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contribuintes (que somos quem paga a verdadeira conta do Estado) somos para o Projeto 646 meros súditos, ao passo que os sonegadores são seus cidadãos. Vilipendiados em nosso direito à limitação do poder do Estado de perdoar dívidas de alguns, passaríamos melhor com a permanência e observância do Código Tributário Nacional.

A nova ordem, que é muito mais administrativa do que tributária, instala a regra do calote, do “paga quem quer”, quanto quiser e quando puder, dependendo de quais relações se tenha com a alta Administração. É o Código dos amigos e dos donos do poder, que jamais foram contribuintes.

Os súditos-contribuintes pagamos quanto querem e como querem (na fonte, ou indiretamente através do consumo) e cada vez mais, para podermos subsidiar os favorecidos pelo Projeto.

O sistema constitucional democrático-liberal não admite a possibilidade de sequer discutir o Projeto em questão, que não pode ser ajustado de nenhuma maneira que o faça menos subversivo do espírito democrático. Disfarçar de interesse público e progresso jurídico o que é

interesse particular (como pretende o Código de Defesa do Contribuinte - que é na verdade o Código do Sonegador ou o código de proteção integral à impunidade e à delinqüência fiscal) tem vários nomes. Em filosofia chama-se ideologia. Em direito civil, simulação. Em direito penal, estelionato. Em política, demagogia. O Projeto 646 é tudo isso. Só não pode abusar “de nossa paciência” e querer chamar-se de “cidadão”. Não existe ajuste ou remendo que torne o Projeto parecido com o que seja direito tributário. Astuto, disfarçado, matreiro, é o código do sonegador, como a própria sonegação fiscal que protege. É o “portal do paraíso fiscal” com que se pretende golpear o Estado democrático de direito, ou o pouco que resta dele. Recomenda-se, por isso, a sua rejeição integral.

Dezembro/2001

<sup>1</sup> A definição jurídica é limitada, pois descreve apenas a morfologia das constituições, que seriam rígidas, semi-rígidas ou flexíveis, conforme possam ou não ser modificadas por leis ordinárias. É o que leciona, por exemplo, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. P. 40. Para questionar se a democracia sobrevive com relativa estabilidade, mediante constituições flexíveis, é preciso ir além dessa morfologia. Daí estabelecermos a antítese entre constituição rígida e ausência de constituição. Porque se uma democracia é estável mesmo com uma constituição flexível, tal se deve ao fato de haver um costume constitucional forte de respeito pela Constituição, e o costume constitucional pré-Constituição integra a sua “rigidez”, pela cultura. Ao passo que uma constituição pode ser rígida, no papel, e defraudada pelo costume inconstitucional e ausência de guarda, como é o nosso caso.

<sup>2</sup> PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 237.

<sup>3</sup> FLINT, Guila & SORJ, Bila Grin. *Israel Terra em Transe - Democracia ou Teocracia?* Trad. Yara Nagelschmidt. Folos de Efrat Tordjman. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. 351pp.

<sup>4</sup> FRANÇA, R. Limongi (coord). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 293. Verbete Codificação, por Caio Mário da Silva Pereira.

<sup>5</sup> BORNHAUSEN, Jorge. “Código de Defesa do cidadão-contribuinte”. Artigo publicado no Jornal *A Notícia*, Florianópolis, 19/10/2001, p. A3.

<sup>6</sup> Ser “integralmente inconstitucional” é diferente de conter dispositivos inconstitucionais sujeitos a “ajustes” ou podas pelo controle judicial, como veremos. O que é inconstitucional na íntegra é perverso em relação à ordem democrático-constitucional e só pode ser rejeitado igualmente “na íntegra”.

<sup>7</sup> MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 6ª vol. - tomo I, SP: Saraiva, 1990. pp. 71/ss.

<sup>8</sup> BORGES, José Souto Maior. *Isenções Tributárias*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. Pp. 121/125.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 452. “As medidas provisórias não constavam da enumeração do art. 59, como objeto do processo legislativo, e não tinham mesmo que constar, porque sua formação não se dá por processo legislativo. São simplesmente editadas pelo Presidente da República. A redação final da Constituição não as trazia nessa enumeração. Um gênio qualquer, de mau gosto e ignorante, e abusado, introduziu-as aí, indevidamente, entre a aprovação do texto final (portanto depois do dia 22.9.88) e a promulgação-publicação da Constituição no dia 5.10.88.”

<sup>10</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. Revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1986. P. 560.

<sup>11</sup> Jimenez Asenjo, citado por SCARANCA, Antônio Fernandes. *Processo Penal Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 51.

# O DIREITO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS EM PORTUGAL

*Paulo Cunha*<sup>1</sup>

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

## I

### INTRODUÇÃO

A temática dos resíduos sólidos urbanos, que nos propomos abordar no presente estudo, insere-se numa problemática mais ampla, a relacionada com o meio ambiente. Meio ambiente como bem que merece protecção, como problema cujos contornos não podemos descurar.

Cada época, cada sociedade, conheceu transformações na sua maneira de ser e acreditou que era diferente de todas as que a precederam. A sociedade actual assume-se como o expoente da consciencialização ambiental, enquanto constatação das consequências nefastas dos seus comportamentos sobre a natureza. O ambiente é um fenómeno que exprime paixões, esperanças e incompreensões.

Nos primórdios da existência humana e durante milhares de anos, a inexistência de meios técnicos e a reduzida densidade populacional, obstaram a que o homem desvirtuasse a sua relação com os fenómenos naturais.

A revolução industrial, com a conseqüente dotação de meios técnicos, provocou alterações a esse nível, porque o homem começou a interferir no equilíbrio dos factores naturais e estes começaram a sentir desvios, incompatíveis com a sua regeneração e sustentação natural. Factores que, associados ao aumento da densidade populacional, ameaçam a existência do próprio ser humano. É cada vez mais paradoxal a constatação da desproporção crescente, entre a fragilidade do objecto da acção humana, os factores naturais, e o poder dos meios capazes de os destruir<sup>2</sup>.

A terra é finita, pelo que o crescimento de tudo quanto é físico, incluindo as populações e os bens, não pode processar-se indefinidamente. Esse crescimento não pode ser balizado, não se pode estabelecer um limite máximo admissível, porque os limites não residem nos valores máximos, mas na quantidade de recursos, na quantidade de meios e de energia, necessários para manter as mais diversas actividades humanas.

A economia e a própria vida sobre a terra, depen-

dem dos constantes consumos energéticos e dos bens, como a água, o ar, as matérias primas e outros recursos naturais.

Os limites do crescimento são, por isso, verdadeiros limites á capacidade do próprio planeta fornecer esses recursos naturais e á capacidade de os destinos finais desses bens absorverem a poluição que provocam, *maxime*, os resíduos produzidos, quando não sejam inseridos no circuito económico, quando sobre eles não se exerça uma actividade.

Nessa esteira, o uso dos recursos renováveis, como a água, não pode ser superior à sua possibilidade de regeneração. A utilização dos recursos não renováveis, como os energéticos, não pode ser superior ao ritmo a que se pode processar a sua substituição por outro recurso, que tenha um carácter renovável, a utilizar de forma sustentável. Quanto aos poluentes, a sua emissão não pode ser superior ao ritmo a que esse poluente pode ser reciclado, absorvido ou tornado inofensivo para a saúde humana e para o meio ambiente.

É preciso compatibilizar os instrumentos utilizados para satisfazer as necessidades sentidas hoje, com a pretensão da manutenção de um *status* de vida sustentável no futuro.

Os limites enunciados não têm sido respeitados pela humanidade, porque muitos dos esforços actuais, para manter e salvaguardar o progresso humano, para satisfazer as suas necessidades e realizar as suas aspirações, são infrutíferos, pelo que é necessário rever as práticas e políticas que tendem a perpetuar o crescimento do consumo de matérias primas e aumentar, de forma drástica, a eficiência com que se usam os recursos naturais e energéticos, no sentido da perenidade desses elementos e em manifesto prejuízo para a preservação das condições de vida do homem, no futuro não muito longínquo<sup>3</sup>.

As preocupações ambientais e, em particular, as relacionadas com os resíduos sólidos urbanos sofreram mutações históricas, fruto do natural progresso científico e tecnológico, unem diversos povos em seu torno, mas assumem especificidades em face de determinadas circunscrições territoriais, tendencialmente esbatidas pelo progressivo enraizamento das ideologias comunitárias,

fortemente unificadoras da disciplina das relações sociais, em especial das relacionadas com os temas ambientais, desde logo os resíduos sólidos urbanos.

É uma evidência que a globalização, os riscos que lhe são inerentes e tudo o mais que ela importa, nos obriga a repensar um sem número de situações que, até há bem pouco tempo, não questionávamos ou, simplesmente, achávamos sujeitas ao normal e lento devir da história e dos seus acontecimentos, porque as reformas quase sempre foram lentas e o homem, quase sempre, adverso a elas.

O direito, como principal instrumento, funcionalmente vocacionado para a organização da vida em sociedade e para a tutela das condições fundamentais do seu livre desenvolvimento, não poderia manter uma atitude de indiferença perante os problemas do ambiente e da sua protecção efectiva.

A produção de resíduos não é uma característica exclusiva do homem, mas uma verdadeira sequela de todas as formas de vida, intrinsecamente relacionada com o metabolismo e a geração de subprodutos pelos géneros e métodos alimentícios<sup>4</sup>.

O problema não é novo para a humanidade, embora hoje assuma grande acuidade, devido aos processos de urbanização e ao enraizamento dos sistemas económicos produtivos<sup>5</sup>. Contudo, os processos de urbanização e a industrialização do sector produtivo, deram à problemática novos contornos, convertendo-a numa importante fonte de preocupações, para os cidadãos, para os administrados e para a Administração Pública. Preocupações, porque a existência de resíduos significa uma injustificada delapidação de recursos e de fontes energéticas e supõe a produção de danos ambientais.

Os resíduos sólidos urbanos só mereceram especial cuidado em termos de necessidade de análise dogmática, devido ao seu aumento quantitativo e da nocividade dos seus componentes. A concentração populacional, os métodos de concepção dos produtos e a massificação do consumo, acompanhada pelo aumento generalizado do nível de vida, são as principais causas do que, hoje, é um problema, chamado resíduos sólidos urbanos.

Os resíduos sólidos urbanos são um problema ambiental, influenciam a qualidade de vida e, por isso, postulam a intervenção do poder público, na sua gestão. Urge, por isso, incutir na Administração Pública as preocupações ambientais e desde logo as inerentes ao tratamento dos resíduos sólidos urbanos.

O tema dos resíduos sólidos urbanos, tal como todos os outros relacionados com a preservação do meio ambiente e da saúde humana, é uma área de indiscutível actualidade, cuja divulgação e o estudo, além do interesse dogmático, servem para elevar o nível social da sensibilidade ecológica. Essa sensibilidade é particularmente intensa, quanto aos resíduos sólidos urbanos, porque se trata de um problema com que todos os cidadãos vivem diariamente, e que, por isso, é sentido com maior intensidade<sup>6</sup>.

Na gestão dos resíduos sólidos urbanos o cidadão percebe, sem grande dificuldade, as implicações da conduta adoptada, porque é ele próprio um dos agentes poluidores, de onde se extrai a necessidade da sua colaboração, voluntária ou forçada, na edificação e execução de processos de gestão dos resíduos.

Esta consciencialização social, quanto aos resíduos sólidos urbanos, fornece ao tema em análise um importante factor político, porque a sua premência, frequência e a globalidade dos seus efeitos, incute nos cidadãos a necessidade de exigir das instâncias públicas, a adopção de procedimentos para evitar danos no ambiente e na saúde humana. Essa consciencialização é, por isso, factor de reivindicação social por uma decisão, por um processo ou expediente das instituições públicas competentes.

Todos os poderes públicos estão empenhados nessa tarefa, mas a procura da eficácia na actuação obriga à determinação, com a maior clareza possível, das concretas instituições administrativas a quem são feitas atribuições, dos órgãos que exercem as competências nessa matéria, para que as imputações não sejam genéricas, mas para que haja uma instituição e um órgão em concreto a quem possam ser feitas as reivindicações, para que cada um saiba o que lhe compete, sem afastar hipóteses de colaboração e cooperação entre diversas instituições, na medida em que tais modelos favoreçam a protecção ambiental, *maxime* a gestão dos resíduos sólidos urbanos.

Poderes públicos, analisados na perspectiva de instituições erigidas para protecção dos direitos, interesses e aspirações dos administrados à correcta gestão dos circuitos dos resíduos sólidos urbanos, e como agentes a quem podem ser imputadas lesões ambientais.

## II

### ENSAIO DE SOLUÇÕES AO NÍVEL DO PLANEAMENTO

#### 1. Vocação administrativa

A posologia da Administração Pública depende, sempre, da classificação do Estado, quanto aos seus fins, em função da sua relação com a sociedade e com os cidadãos, onde podemos encontrar três modelos fundamentais: Estado de Direito Liberal, Estado Totalitário e Estado de Direito Social<sup>7</sup>. Tais classificações têm o seu enquadramento histórico, numa perspectiva que se pensa evolutiva.

Nessa esteira, o Estado assume, ao longo da história, diferentes enquadramentos dogmáticos, em função do próprio devir social. Neste momento, o Estado vê inscrito no catálogo dos seus fins, a defesa do ambiente, o que, necessariamente, se vai repercutir na modelação das relações entre o Estado e a sociedade<sup>8</sup>.

O planeamento administrativo pretende ser um instrumento jurídico de protecção do ambiente. Ninguém contesta a necessidade de planificação administrativa,

sobretudo tendo em conta a necessidade de coordenar e programar a vasta gama de intervenções do Estado, nos mais diversos sectores e, desde logo, no ambiente. É necessário estabelecer instrumentos de cooperação entre os diversos serviços administrativos e racionalizar a utilização dos meios, escassos, para a obtenção de um fim, que deve ser o resultado da compatibilização dos mais diversos e até opostos interesses, numa sociedade pluralista e onde o público e o privado não podem continuar de costas voltadas.

O planeamento reconduz-se à actividade de reduzir um conjunto mais ou menos extenso de alternativas, a um leque muito mais reduzido, compatível com os meios disponíveis, numa perspectiva de racionalização dos meios ou instrumentos e optimização dos fins ou objectivos<sup>9</sup>.

A procedimentalização da actividade administrativa, importante instrumento de planificação, significa que antes da decisão existe um plano procedimental a que aquela se encontra vinculada. A planificação tem, ainda, a vantagem da procura do consenso, no sentido da democracia participativa, com raízes constitucionais no artigo 267º n.º 1, da convergência de interesses públicos e privados, por vezes conflitantes.

O procedimento administrativo desempenha essa função planificadora, porque não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de justiça, eficácia e legalidade da actuação administrativa, um instrumento demonstrativo da vocação planificadora da própria Administração Pública e da sua vinculação aos planos definidos<sup>10</sup>.

## 2. Propensão para a programação

A referida propensão ou vocação da Administração Pública, gizada nos moldes da negociação e da concertação, assume novos contornos, impõe o seu redimensionamento e o surgimento de novos modelos de acção, onde, desde logo, assume relevância o modelo do contrato administrativo, enquanto excelência do acordo de vontades, enquanto tubo de ensaio para a construção, modificação ou extinção de relações jurídicas administrativas, enquanto pacto de interesses públicos e privados<sup>11</sup>.

As necessidades de participação dos administrados nas decisões administrativas, de busca do consenso na preparação de uma decisão administrativa, de procura dos interesses particulares que enformam o interesse público, postula a ruptura com o sistema de decisão tradicional, unilateral e fomenta a procura da contratualização.

Contratualização e programação são, por isso, as opções possíveis para a solução dos problemas que o ambiente em geral e os resíduos sólidos urbanos em particular, têm criado à actuação da Administração Pública<sup>12</sup>. Vertentes que se inserem numa lógica de intervenção económica concertada, de corresponsabilização da Administração Pública e administrados na gestão das questões ambientais. A concertação impõe a partilha de

responsabilidades entre todos os sectores da vida social, entre poluidores e afectados pela poluição, entre Administração Pública e administrados<sup>13</sup>.

A lógica promocional ambiental postula essa programação, essa planificação, que prefere em detrimento das políticas sancionatórias, receosa da ineficácia destas, porque o “crime pode compensar” e da irreversibilidade, característica típica dos danos ambientais<sup>14</sup>.

O impacto social e económico das sanções por factos ambientalmente danosos é conhecido, pelo que as sanções devem ser a última *ratio* das políticas administrativas no ambiente, até porque as políticas ambientais são tributárias do carácter pedagógico, onde se tenta persuadir os poluidores a cessarem tais actividades e os não poluidores a não as iniciarem, medidas que só são atingíveis com a negociação e a concertação.

A prioridade aponta para a definição dos percursos a seguir, para a adopção de procedimentos, de instrumentos de acção e não para a imposição de regras ou objectivos. Nenhuma política sancionatória é capaz de emprestar eficácia à protecção ambiental<sup>15</sup>.

A correcta gestão dos resíduos sólidos urbanos configura um interesse geral, onde a sua defesa activa se converte numa obrigação da Administração Pública que, em colaboração com os administrados, deve organizar os recursos disponíveis e executar as tarefas necessárias, que também passam pela necessidade de regulamentação, de imposição de sanções aos prevaricadores, mas essencialmente, pelo oferecimento de serviços de planificação e programação ambiental e pela execução desses planos, projectos e programas, na procura da própria previsibilidade da actuação administrativa.

Nos sistemas de gestão de resíduos sólidos urbanos, cruzam-se os mais diversos interesses, uns de carácter económico, outros com um pendor de protecção ambiental. A actividade administrativa deve, por isso, ponderar a temática dos resíduos sólidos urbanos, no seu processo de decisão, onde todos os interesses, públicos e privados devem ser pesados.

As implicações dos resíduos, quanto à sua produção, gestão e eliminação, quanto à sua quantidade e nocividade ambiental, serão melhor tratadas com a participação de todas as partes envolvidas, onde a procedimentalização da actividade administrativa se assume como instrumento imprescindível, até porque cumpre, ou ajuda a ordem jurídica a cumprir, uma importante função preventiva<sup>16</sup>.

As políticas e medidas do foro ambiental não podem ser esporádicas nem aleatórias, sob pena de incoerência e, mais grave do que isso, sob pena de carência de meios para a resolução de problemas que se colocam no presente e no futuro.

Os instrumentos de planificação e programação, fornecem às políticas ambientais importantes elementos de racionalização e sistematização, imprescindíveis à correcta protecção do ambiente e da saúde humana<sup>17</sup>.

A planificação ou programação em matéria de

resíduos sólidos urbanos é corolário de um esforço de previsibilidade e de assunção de medidas funcionalmente aptas á sua promoção. Programar ou planificar significa a adopção de um método, que permita acolher diferentes, sucessivas e simultâneas decisões, com um carácter intermediário ou final, dando-lhe um suporte de coerência e eficácia, no sentido da organização de várias parcelas, cujo conjunto pretende dar, conferir, á decisão, o “sumo” dessas parcelas<sup>18</sup>.

A planificação é um instrumento de programação quantitativa e qualitativa dos resíduos, de concepção das prescrições técnicas a observar nos procedimentos de valorização e eliminação dos resíduos, com estimativas de custos económicos, sociais, para a saúde humana e ambientais, dos diversos métodos possíveis, o que facilita à Administração a adopção da melhor solução, seguindo a metodologia comparativa, numa clara afirmação dos princípios da precaução e da prevenção<sup>19</sup>.

Com os planos é possível descrever os problemas, definir os objectivos e encontrar os meios necessários á sua concretização. Os planos têm um conteúdo técnico e normativo, não são meras declarações de intenção da Administração Pública, não têm um carácter meramente indicativo, mas imperativo, impondo-se à própria Administração Pública e a todos os cidadãos, em função da carga normativa de que são detentores.

O desenvolvimento técnico e científico permitem a cada vez melhor identificação dos problemas e, conseqüentemente, aumentam as possibilidades de encontrar soluções para esses problemas, exige-se, por isso, a progressiva melhoria dos processos de gestão dos resíduos sólidos urbanos. A exigência da sociedade, que pugna por uma correcta gestão dos resíduos sólidos urbanos, evolui no sentido proporcional à evolução das possibilidades técnicas de gestão.

## NO PLANO NORMATIVO

### 1. Necessidade de um direito dos resíduos

Considerado o regime jurídico dos resíduos na ordem jurídica portuguesa, fortemente influenciado pelo tecido normativo comunitário e atentos os problemas que se colocam perante o tema dos resíduos sólidos urbanos, urge definir um quadro jurídico que se pretenda regulador, no sentido de promover a prevenção como política principal no combate à massificação e nocividade dos resíduos e que advogue a utilização de tecnologias limpas, no sentido de funcionalizar a reciclagem, a reutilização e o aproveitamento energético dos resíduos.

Em suma, pretende-se construir um sistema que englobe todas as actividades exercidas sobre os resíduos, desde a prevenção, à produção, à recolha, até à eliminação final. Os resíduos devem, por isso, ser uma preocupação para as empresas produtoras, um parâmetro importante em todas as decisões económicas e uma preocupação para a Administração Pública.

Numa sociedade democrática e pluralista, o pa-

pel do direito não se circunscreve à resolução dos conflitos existentes, à coordenação dos comportamentos e à busca dos consensos, também lhe compete focar as diferenças, oferecer alternativas de acção, numa perspectiva não tanto patológica, mas essencialmente pedagógica, indicando o melhor caminho a seguir.

Deve a ordem jurídica estabelecer os quadros de actuação dos diversos sujeitos intervenientes, numa perspectiva imperativa, de regulamentação dos comportamentos, para que cada um dos agentes saiba os comportamentos a que está obrigado e os direitos que pode, legitimamente, reivindicar.

### 2. Principais bases normativas

O principal diploma em matéria de ambiente é a Lei de Bases do Ambiente, a Lei n.º 11/87 de 07 de Abril, que atribui uma importância fundamental à problemática da protecção e da promoção do ambiente.

A Lei de Bases do Ambiente procura fixar as bases, as orientações, fundamentais da política a seguir em termos de protecção ambiental, na sequência das disposições constitucionais que pretende concretizar, garantindo aos cidadãos a protecção ambiental que a Constituição impõe. Nessa medida, a análise e interpretação do citado acto normativo deve ter sempre bem presente o próprio texto constitucional.

Da Lei de Bases do Ambiente realce-se o propósito de estabelecer uma cadeia de relações múltiplas entre os diversos agentes, desde os privados aos públicos, desde os administrados à Administração, do que o artigo 2º n.º 1 é uma clara demonstração<sup>20</sup>.

Na sequência do disposto na Constituição da República Portuguesa sobre a protecção ambiental, a lei de Bases do Ambiente dirige grande parte das suas normas à Administração Pública, cujas pessoas colectivas e respectivos órgãos são os principais actores na defesa e promoção do ambiente.

A Lei de Bases do Ambiente reforça a necessidade de uma actuação concertada da Administração, impondo uma distribuição horizontal das respectivas tarefas, pelas pessoas colectivas de direito público, com âmbito nacional, regional e local. Todos os estratos da Administração são convocados ao exercício de actividades com vista à protecção do ambiente, da forma mais concertada possível.

Essa participação de todas as partes envolvidas na gestão das problemáticas ambientais é reforçada pelo estatuído no artigo 40º, porque por um lado impõe-se deveres, nomeadamente aos próprios cidadãos, mas, por outro, atribuem-se-lhes verdadeiros direitos subjectivos ao ambiente, direitos esses, que resultam da estipulação constitucional e encontram apoio no disposto no artigo 45º n.º 2, da Lei de Bases do Ambiente<sup>21</sup>.

Merece ainda especial referência, o conjunto de princípios constantes do artigo 3º, que se pretendem específicos e concretizadores do princípio geral, já referido, mas que assumem especial relevância, na medida em que deles resultam especiais implicações ao ní-

vel dos modelos de actuação, no âmbito da gestão ambiental<sup>22</sup>.

Tais modelos, sempre na perspectiva da prossecução do normativo constitucional, pretendem enformar o regime global do ambiente, integrando todas as suas perspectivas e componentes, servem de referências aos agentes, públicos e privados, titulares de direitos e a quem se impõe deveres de conduta.

Na sequência dos modelos de gestão a implantar, o artigo 4º estabelece um conjunto de objectivos e medidas, que podem ser vistas como verdadeiros marcos de optimização da protecção e promoção ambiental, resultados perfeitos da implementação, na prática, dos princípios enunciados.

A perspectiva básica e programática da Lei de Bases do Ambiente vai ao ponto de pretender definir conceitos, nomeadamente o de ambiente, numa lógica de definição de parâmetros, embora se sujeite aos riscos inerentes, nomeadamente à limitação de evolução do conceito e a sua progressiva desactualização, em função do devir social.

A Lei de Bases do Ambiente faz três referências indirectas aos resíduos, nos artigos 3º, 11º e 23º e duas referências directas, nos artigos 24º, onde se fixam alguns princípios fundamentais da gestão dos resíduos, nomeadamente os da redução, da reutilização, da reciclagem, do poluidor-pagador e da autorização prévia e 26º, onde se estabelece uma proibição genérica de poluir, referindo-se à noção de produtos, numa acepção muito ampla, que abrange os resíduos e remete para legislação complementar.

No artigo 24º estabeleceu-se o regime básico aplicável a todos os resíduos, sem especificação nem tipificação<sup>23</sup>. Contudo, o preceito normativo está, essencialmente, vocacionado para os resíduos considerados perigosos, nomeadamente os resíduos tóxicos, porque é em relação a eles que impõe um conjunto de medidas específicas, na sequência dos princípios e objectivos enunciados, o que é confirmado pelo estatuído no artigo 26º do mesmo diploma legal.

Não há, por isso, na Lei de Bases do Ambiente, nenhuma referência específica aos resíduos sólidos urbanos. As referências são todas genéricas e aplicam-se aos resíduos sólidos urbanos, na mesma medida em que se aplicam aos diversos componentes ambientais e às diversas formas de poluição<sup>24</sup>.

A Lei de Bases do Ambiente não foi pioneira no tratamento da temática ambiental e, particularmente, dos resíduos sólidos urbanos. O Decreto Lei 488/85, de 25 de Novembro estabeleceu um conjunto normativo, vocacionado para a redução da produção de resíduos e para o desenvolvimento de processos tecnológicos que incentivem a reciclagem dos produzidos e a correcta eliminação dos que não possam ser reciclados.

Trata-se de um diploma que tem o mérito de estabelecer alguns princípios gerais, como é o caso do princípio do poluidor – pagador, atribuindo as responsabilidades da correcta eliminação dos resíduos aos seus produtores, como resulta do seu artigo 1º.

Estabelece o mesmo diploma e pela primeira vez, as bases genéricas de gestão dos resíduos sólidos urbanos, onde assume primordial relevância a imputação ao Governo do Estado Português, constante do artigo 3º n.º 1, al. a) de, através do ministério com atribuições em matéria ambiental - actualmente o ministério do ambiente - definir a política nacional no domínio dos resíduos sólidos urbanos, estabelecendo planos de carácter nacional, regional e local e directivas gerais sobre a sua eliminação.

É o Governo quem corporiza as obrigações constitucionalmente impostas ao Estado na área da promoção ambiental, *maxime* da gestão dos resíduos sólidos urbanos. Nos termos do citado preceito normativo, a direcção dos sistemas de gestão dos resíduos sólidos urbanos é uma atribuição do Estado, exercida através do Governo, a quem compete estabelecer as linhas gerais a seguir nas áreas da recolha, do tratamento e do destino final dos resíduos sólidos urbanos.

O mesmo diploma é a confirmação da vocação pela descentralização, enquanto veículo do exercício da correcta gestão dos resíduos, porque atribui competências específicas às Câmaras Municipais para, na área da respectiva jurisdição, proceder à remoção, transporte e tratamento dos resíduos sólidos urbanos produzidos, na esteira e em observância das políticas ou directrizes gerais, centralizadas no Governo<sup>25</sup>.

Este diploma emergiu de uma preocupação da gestão dos resíduos sólidos urbanos, mas despido de qualquer preocupação ambiental. É obvio que antes de se fazer qualquer tipo de abordagem ao tema dos resíduos no patamar ambiental, já eles eram um problema, não pelas consequências ambientais que incorporam, pelas secundárias que são aptos a produzir, mas pelas obrigações que sobre eles recaíam<sup>26</sup>. São estas obrigações que o mesmo regime jurídico pretende disciplinar, estabelecendo as relações de força entre o Governo e as Câmaras Municipais, com a consequente divisão de competências e não tanto procurar soluções para um problema ambiental.

## 2.1. Compatibilização de atribuições e competências da estrutura administrativa

Problema real mas que quer a Lei de Bases do Ambiente, quer o Decreto Lei 488/85 não tratam, é o da necessidade de compatibilizar as atribuições das diversas entidades administrativas, cuja actividade se deverá conjugar na área do ambiente. A lei de Bases do Ambiente limitou-se a assegurar a unidade de gestão e acção, por um lado e a procura de um nível mais adequado de acção por outro, onde o primeiro objectivo, tendencialmente, deve ser assegurado por uma estrutura administrativa com forte pendor centralista, *maxime* o Estado, enquanto instrumento com dinâmica nacional, com uma função normalizadora das políticas ambientais, garante da integração da política do ambiente, em todo o território e em todos os seus aspectos e o segundo por estruturas com atribuições mais restritas,

mais circunscritas em termos territoriais, mais próximas dos problemas e mais aptas para os solucionar, *maxime* as Autarquias Locais, como instituição mais executiva que ordenadora.

Porque a ordem jurídica não estabelece qualquer critério, quanto à delimitação das competências entre a Administração Central e a Administração Local, devemos encontrar um critério flexível que, acima de tudo seja, funcionalmente, vocacionado para a resolução dos problemas ambientais. Esse critério deve ser casuísta, baseado na exigência da maior operacionalidade possível.

Aliás, o próprio artigo 37º, conjugado com o artigo 38º, ambos da Lei de Bases do Ambiente, ao introduzir o capítulo respeitante aos organismos responsáveis pela gestão ambiental, atribui ao Governo a condução da política de ambiente, numa perspectiva orientativa e coordenadora, impondo a articulação entre o Governo e a Administração Regional e Local, na implementação concreta das medidas definidas, mas não procede à distribuição de competências, muito menos de atribuições entre essas instituições.

Depreende-se da Lei de Bases do Ambiente que, na matéria do ambiente, estamos perante competências cumulativas, ou paralelas, onde quer a Administração Central, quer a Regional e a Local, não podem reivindicar qualquer tipo de exclusividade de intervenção em qualquer domínio.

A inexistência de uma divisão de poderes e de uma hierarquia entre os diversos poderes parece ser propositada, em função das especificidades das políticas ambientais, com um carácter marcadamente horizontal, que não se compadecem com qualquer tipo de hierarquia do poder, nem com a sua partilha entre as diversas pessoas. As políticas ambientais não permitem divisões, advogam a concertação entre os diversos sujeitos, na busca da optimização da protecção do ambiente<sup>27</sup>.

Neste tema cruzam-se competências de várias entidades administrativas, umas com uma abrangência nacional, outras com abrangência local. Nas primeiras destaca-se o Estado, nas segundas as Autarquias Locais. Urge analisar as relações entre essas diversas instituições, à luz dos princípios democráticos, elementares na matéria em estudo.

O primeiro princípio é o da autonomia, segundo o qual existe uma determinada capacidade de actuação e de decisão, livre, sem condicionalismos externos, uma capacidade de livre determinação, maior ou menor, conforme o grau da autonomia<sup>28</sup>. A autonomia significa a possibilidade de participar na gestão dos interesses públicos, essencialmente os das comunidades locais, ainda que não sejam interesses exclusivos dessa circunscrição administrativa e afectem outras. A autonomia supõe, por isso, a concessão de determinadas competências, em determinadas matérias, na medida estritamente necessária para a satisfação do interesse local.

A concessão de autonomia a determinadas entidades administrativas, não significa a concessão de um poder ilimitado, bem pelo contrário, existem limites à

autonomia, como o da unidade do espaço nacional, na preservação da interdependência das estruturas administrativas, no respeito pela autonomia de outras circunscrições administrativas; o princípio da igualdade e o princípio da territorialidade, através dos quais as estruturas administrativas devem ser erigidas em termos de preservação da identidade entre os administrados, cujo tratamento não pode divergir em função da estrutura administrativa onde se encontram inseridos e, por outro lado, o exercício do poder está circunscrito a um espaço, onde é exercida a jurisdição da entidade dotada dessa autonomia.

A delimitação de competências, na ausência de outro critério, deve ser efectuada com recurso aos princípios gerais, nomeadamente às determinações constitucionais. Nessa esteira, a delimitação deve ser, como se disse, casuística, pois temos que analisar o interesse em causa e, em função da sua dimensão e da sua complexidade, determina-se a instituição competente. Aliás, a própria Constituição, no seu artigo 235º n.º 2, delimita a área da incidência das Autarquias Locais aos interesses próprios, específicos, das respectivas populações. Assim, às Autarquias competirá a gestão dos interesses específicos das populações da sua área de jurisdição, ao passo que à Administração Central compete a gestão dos interesses gerais de toda a colectividade.

Essa ideia é reforçada pelo estatuído no já referido artigo 38º da Lei de Bases do Ambiente, que estabelece regras concretas, com um conteúdo significativo e com a especificidade suficiente para serem aplicadas, regras que influenciam a actividade administrativa, onde se pretende balizar a actuação das várias instâncias administrativas e, particularmente, concretizar as ideias de força formuladas no preceito normativo anterior<sup>29</sup>.

A gestão dos resíduos sólidos urbanos é uma tarefa, onde se envolvem sujeitos públicos e privados, onde o cidadão comum assume uma posição essencial. Constatata-se a existência de uma necessidade, ética e política, de fomentar e reforçar a participação dos cidadãos na gestão dos resíduos sólidos urbanos. Os cidadãos, os administrados desempenham papel crucial na gestão dos resíduos, enquanto titulares de interesses e direitos específicos, próprios, nomeadamente à qualidade ambiental e à saúde humana, e como interpretes, com o poder de sindicar e controlar a actuação do poder político, da Administração Pública e da actuação dos agentes económicos, por um lado através dos instrumentos da democracia participativa e por outro com o seu poder económico inerente à posição de consumidores que ocupam no tecido sócio-económico.

Os cidadãos são verdadeiros actores no teatro da gestão dos resíduos, também eles estão vinculados às normas de conduta que regulam o sector<sup>30</sup>. Nessa medida, estão vinculados às regras inerentes à proibição do abandono de resíduos em locais interditos, com o que se pretende fomentar a sua colaboração na adopção de um processo integrado de gestão dos resíduos sólidos urbanos. Essa obrigação de não colocar os resíduos em locais que não estejam aptos ao depósito dos resí-

os sólidos urbanos tem, implícita, outra obrigação, a de participar activamente na gestão dos resíduos. Não basta uma conduta omissiva - não colocar onde é proibido, é necessária uma conduta activa - colocar onde é permitido - nos locais apropriados, o que reflecte uma verdadeira obrigação de participação no processo de gestão dos resíduos sólidos urbanos.

Nesse sentido, assume grande importância a obrigação que impende sobre os produtores de resíduos sólidos urbanos, de os entregarem às autoridades que, no foro administrativo, procedem à sua gestão<sup>31</sup>.

A imposição desse dever aos administrados faz emergir na esfera jurídica da Administração, um verdadeiro dever jurídico, correlativo ao cumprimento do dever que recai na esfera jurídica dos administrados, o de proceder à gestão dos resíduos. A Administração não pode recusar a recepção dos resíduos sólidos urbanos, porque está obrigada a proceder à sua recolha e tratamento. Os administrados estão submetidos a uma lógica participativa, activa, pelo que devem respeito às prescrições impostas ao nível da gestão dos resíduos e, em particular, aos serviços definidos de recolha dos resíduos.

Ao nível da elaboração das disposições normativas, ao nível da definição da planificação da gestão dos resíduos sólidos urbanos e ao nível das decisões administrativas, individuais e concretas, é imprescindível a existência de uma cabal publicidade das matérias, de uma abertura para consulta desses projectos, de vocação para a concertação e participação de todos os que demonstrem interesse em influenciar o processo em curso; deveres de informação e de fomento da participação dos administrados, que são impostos aos titulares do poder público decisório<sup>32</sup>.

## 2.2. A tendência para a municipalização

O Decreto Lei 488/85, de 25 de Novembro, estabelece as regras a que deve obedecer a recolha, o tratamento e a eliminação de resíduos sólidos urbanos, competindo às Autarquias Locais a recolha, a armazenagem, o tratamento e a eliminação dos resíduos sólidos urbanos<sup>33</sup>.

Nesse sentido, a Portaria n.º 768/88, de 30 de Novembro, definiu um modelo de mapa de registo a ser preenchido pelas Câmaras Municipais, com o relato de informações relativas à quantidade, características e destino final dos resíduos sólidos urbanos recolhidos na respectiva área<sup>34</sup>. Importa regulamentar a execução dos deveres impostos pela ordem jurídica, em termos adequados e através da coordenação entre os organismos do poder central e do poder local e regional. Só assim é possível conseguir os dados necessários à elaboração de um verdadeiro diagnóstico da situação no domínio dos resíduos sólidos urbanos.

Todavia, o preenchimento desses mapas, não constitui uma rotina na maior parte das Câmaras Municipais, verificando-se, inclusive, que alguns dos dados já recolhidos através dos citados mapas, não são fiáveis, porque a metodologia de recolha, quantificação e ca-

racterização dos dados não foi uniformizada. Essa informação é imprescindível para planear a recolha, o tratamento e o destino final dos resíduos sólidos urbanos, pelo que deve ser empreendida de forma sistemática, numa lógica de optimização da gestão dos resíduos.

Depois de 1985 e 1988, período onde se situam os diplomas legais analisados, o direito dos resíduos sofreu uma evolução acentuada, em parte devido ao crescimento das preocupações ambientais e, em particular, devido à reformulação normativa que surge um pouco por todo o mundo, mas essencialmente ao nível da ordem jurídica comunitária, com a introdução da directiva 91/156/CEE, que veio preconizar um novo regime jurídico para a problemática dos resíduos<sup>35</sup>.

O Decreto Lei 310/95, de 20 de Novembro, que regulamenta a Lei de Bases do Ambiente, revoga do Decreto Lei 488/85 de 25 de Novembro e transpõe para a ordem interna o regime vigente no direito comunitário, estabelece as regras a que se encontra sujeita a disciplina da gestão dos resíduos sólidos urbanos e envolve dois componentes fundamentais, que consistem na remoção e no destino final dos mesmos resíduos.

O citado diploma legal procura dotar o regime jurídico dos elementos necessários e através dos quais se possa conferir segurança jurídica aos administrados, o que em parte se conseguiu com a fixação de noções, no seu artigo 2º, algumas delas objecto de grandes flutuações doutrinárias, com a consequente incerteza e insegurança jurídicas, como é o caso da noção de resíduos sólidos urbanos.

Foram definidos os objectivos que passam, desde logo, por uma lógica proibitiva, onde se realça o condicionamento da descarga de resíduos, impondo-se, no artigo 4º, aos seus produtores e utilizadores, a obrigação de colocar os resíduos em locais especificamente vocacionados para o efeito. Pretende-se assim promover o ambiente, combater a existência de resíduos e evitar a anarquia na sua gestão, através da imposição de condutas aos próprios administrados, única forma de a Administração Pública poder, com eficácia, realizar a tarefa de gestão desses mesmos resíduos.

Quanto à distribuição de competências em matéria de gestão de resíduos, nos termos do disposto no artigo 5º, as Autarquias Locais, isoladamente, ou em associação entre si, assumem relevância primordial, na sequência das orientações de aproximar os processos de gestão dos locais de produção dos resíduos<sup>36</sup>. A concessão desses poderes à Administração Local, não significa ausência de competência da Administração Central, a quem continua a competir a definição da política nacional de gestão de resíduos, nos termos do disposto no artigo 14º, através do fomento da participação de todos os interessados, submetendo o projecto de plano à discussão pública, para aí beber as informações e contributos, necessários à maximização da protecção ambiental, fim último da política<sup>37</sup>.

A aproximação às Autarquias Locais, na adopção dos processos de gestão de resíduos sólidos urbanos já fora introduzida, com o Decreto Lei 379/93, de 05 de

Novembro, que vem permitir o acesso a capitais privados, na recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos. Configuram-se dois sistemas distintos, um de cariz multimunicipal, que é directamente gerido e explorado pelo Estado, ou concessionado a uma entidade pública empresarial, ou mesmo a uma empresa que resulte da associação de várias instituições públicas, nomeadamente vários municípios, o outro, de cariz municipal, é gerido e explorado, directamente pelo município, ou concessionado a entidade pública ou privada de natureza empresarial.

Esse regime pretendeu dar eficácia à actuação da Administração Pública, nas suas diversas estruturas, centrais e locais, em matéria de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos. Os sistemas de gestão de resíduos criados, sejam multimunicipais ou municipais, devem obedecer às mais elementares regras de boa gestão ambiental. O objectivo é dotar a Administração Pública dos instrumentos necessários à prossecução de uma imposição constitucional, norteada pelo carácter público dos interesses em análise, pela necessidade de harmonizar procedimentos, para conseguir uma solução óptima e voltada para a devolução dos processos de gestão dos resíduos sólidos urbanos, a quem lhes deu causa, numa lógica de actuação empresarial, eminentemente lucrativa, onde dos processos utilizados se devem extrair o maior número de vantagens possível<sup>38</sup>.

É possível perceber que o citado regime jurídico encarnou a actividade de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos, como um verdadeiro e próprio serviço público, com o inerente interesse público na sua correcta realização<sup>39</sup>.

Existe uma vocação da Administração para contratualizar a gestão dos resíduos sólidos urbanos, reforçada pelo Decreto Lei 294/94, de 16 de Novembro, que estabelece o regime jurídico da concessão de exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos. Pretende-se abrir as portas à intervenção do sector privado na gestão dos resíduos, numa área onde compete ao Estado estabelecer as coordenadas de actuação. Reforça-se o carácter de serviço público, no art. 2º, com a assunção dos objectivos da redução e da valorização, com a necessidade de adequação às necessidades locais e com o respeito pelas normas de promoção ambiental<sup>40</sup>.

A existência de uma posição de domínio do Estado na institucionalização dos sistemas multimunicipais de tratamento de resíduos sólidos urbanos visa enquadrar a actuação dos municípios e reforçar a necessidade de actuações conjuntas dos municípios, enquanto soluções óptimas do ponto de vista da promoção ambiental e por razões de índole económica<sup>41</sup>.

Desse regime decorre a empresarialização dos sistemas de recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos e a sua progressiva abertura ao sector privado. Essa abertura, feita na perspectiva da melhoria da qualidade dos serviços prestados, requer por parte das instituições públicas uma especial atenção, porque se tratam de actividades cuja natureza é de serviço público,

onde a concessão pressupõe uma vigilância apertada da actuação do concessionário, na execução da tarefa que lhe é incumbida.

Urge garantir a prestação de um serviço público de qualidade, onde os entes públicos não podem abdicar da sua função de garante da realização do interesse público<sup>42</sup>.

Essa actividade de sindicância exercida pelos entes públicos procura várias finalidades, desde o interesse público já referido, que se pode concretizar pela protecção dos consumidores, na relação que mantém com os concessionários dos serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos, até à promoção ambiental que se pretende atingir com a instituição de um sistema de gestão de resíduos.

### 2.3. Objectivos pretendidos

O regime jurídico instituído busca, acima de tudo, a adopção de uma terminologia comum e de uma harmonização de procedimentos de gestão dos resíduos, única forma de conseguir tornar mais eficazes os processos de gestão de resíduos sólidos urbanos<sup>43</sup>.

Na sequência dos objectivos da segurança jurídica e da optimização da promoção ambiental, o legislador teve a preocupação de definir determinados conceitos básicos e, desde logo, o conceito de resíduos sólidos urbanos. Essa definição faz-se, por um lado, através do processo de remissão para a Decisão n.º 94/3/CE, da Comissão, de 20 de Dezembro de 1993, onde foi aprovado o catálogo europeu de resíduos e por uma conceptualização do carácter urbano, através da fórmula da proveniência do resíduo e do método de tratamento a que deve ser submetido. Esse critério permite identificar o conceito de resíduo, enquanto substância considerada enquanto tal, nos termos previamente definidos em termos comunitários e, por outro lado, permite a adaptabilidade da noção ao progresso social e tecnológico, através da sua configuração, enquanto resíduo de proveniência doméstica, ou com características semelhantes a esses, pela identidade de natureza, de composição e pela adaptabilidade dos métodos de tratamento<sup>44</sup>.

Esta noção protege o rigor jurídico-conceitual e, simultaneamente, permite a sua evolução, sem prejuízo da sua flexibilidade em função das necessidades de protecção ambiental e da evolução subjacente aos problemas sociais e às fórmulas técnicas e científicas de os resolver<sup>45</sup>.

O sistema a instituir assenta nos objectivos da prevenção da formação dos resíduos, na sua valorização e na eliminação restringida aos cuja existência não possa ser evitada e àqueles que não possam ser valorizados, nos termos do disposto no art. 3º.

À luz desse regime jurídico, o processo de gestão começa com a deposição do resíduo, em locais previamente definidos, condicionada em função do sistema adoptado para a recolha, onde o uso de contentores é a situação mais vulgarizada, sem que seja a melhor em

termos de promoção ambiental, mas a adoptada em Portugal, essencialmente pelo reduzido custo comparativo com outras estruturas, mais eficazes, como são os exemplos dos recipientes especiais para recolha hermética. Tais contentores são colocados em função da densidade populacional, das capitações previstas e da frequência das recolhas, o que também faz variar a sua capacidade.

A segunda etapa na gestão consiste na actividade de recolha, que deve ser efectuada de forma normalizada, regular, em condições de assegurar o correcto transporte das matérias.

A última e decisiva etapa é a do destino final do resíduo. Aqui existem várias hipóteses, e uma delas é a eliminação, que pode implicar uma prévia e temporária armazenagem do resíduo para, posteriormente o extinguir do circuito económico<sup>46</sup>. Uma das formas de eliminação é a incineração, que permite a redução substancial do volume e do peso dos resíduos sólidos urbanos, mas é um meio susceptível de provocar ou desencadear outras formas de poluição, nomeadamente a poluição atmosférica. Em alternativa, pode-se optar pelo método dos aterros sanitários, aliás o mais frequente em Portugal, pelo sua funcionalidade, porque, tecnicamente, são pouco complexos, com custos relativamente reduzidos, até porque são versáteis à forma de cooperação intermunicipais<sup>47</sup>.

Os aterros sanitários colocam essencialmente problemas de espaço e de localização, onde as condições topográficas, geológicas, climáticas, acessibilidades, possibilidade de contaminação das águas e utilizações futuras dos aterros, com o conseqüente problema da ocupação de espaço que tal medida preconizada acarreta, necessariamente, são verdadeiros condicionantes<sup>48</sup>.

Os inconvenientes e dificuldades apontadas aos referidos processos de eliminação fazem emergir a necessidade de adopção de outras soluções, nomeadamente as que não impliquem propriamente um destino final para os resíduos sólidos urbanos, mas que se assumam como formas de tratamento desses resíduos, através de processos mecânicos, físicos, químicos ou biológicos, com o objectivo de alterar as características dos resíduos, de forma a reduzir o seu volume e a sua nocividade, facilitando a sua movimentação e a sua valorização. Estas formas de tratamento não servem como destino final dos resíduos, mas são instrumentos que permitem a adopção de processos de valorização e eliminação dos resíduos, ambientalmente compatíveis.

A valorização assume papel de destaque na óptica da gestão dos resíduos sólidos urbanos, porque a reciclagem e a recuperação de certos componentes dos resíduos sólidos urbanos traduz-se em vantagens sob diversos aspectos, nomeadamente porque permitem a redução do volume de resíduos a sujeitar aos processos de tratamento, reduz as despesas de recolha e transporte, caso a recuperação se faça na origem, é um importante instrumento de economia das fontes naturais de matérias primas e favorece a diminuição da poluição<sup>49</sup>.

Esta política de valorização dos resíduos sólidos

urbanos defronta alguns problemas ao nível da sua aplicação prática, nomeadamente ao nível das indústrias receptoras dos bens recuperados, porque em regra a qualidade das matérias primas recuperadas é, nitidamente, inferior à das matérias primas naturais que são, em regra, mais homogêneas, mais puras, no que diz respeito à sua composição, pelo que o seu mercado é mais fiável e, por último, porque grande parte da tecnologia empresarial está concebida para a utilização de matérias primas naturais, onde a utilização de matérias primas recuperadas, recicladas ou reaproveitadas, implicaria alterações tecnológicas, com custos económicos, por vezes, incomportáveis<sup>50</sup>.

### 3. Perspectivas de evolução

A gestão dos resíduos sólidos assenta na relação entre a Administração Pública, nas suas diversas acepções e os administrados. É hoje inconcebível continuar a perspectivar essa relação numa perspectiva paternalista, onde a Administração Pública assumia a função de verdadeiro guardião dos interesses dos mesmos administrados.

À Administração Pública compete a procura do interesse público e o respeito pelos interesses particulares, dos administrados, mas a defesa destes centra-se, cada vez mais, na esfera do próprio administrado, competindo à Administração Pública a criação das condições para que os mesmos possam ser defendidos, com eficácia. É o que sucede com a dimensão participativa na actuação administrativa, com o fomento pela auto-regulamentação da própria sociedade, com a dinamização da programação, o estímulo à cooperação e a procura do mais amplo consenso possível.

O tema dos resíduos sólidos urbanos, no contexto das problemáticas ambientais vive uma realidade aparentemente paradoxal, quando relacionado com outros temas, porque nestes se pretende afastar a intervenção administrativa, numa lógica minimalista, naqueles pugna-se pela intervenção administrativa.

A actuação administrativa regulada pela ordem jurídica assume as preocupações ambientais e suscita a intervenção de todas as suas componentes, nomeadamente a técnica, cuja influência, condicionadora da actuação das entidades administrativas, postula a existência de novas figuras, nomeadamente as normas técnicas. A componente técnica é fundamental no processo de criação normativa e vital à actuação administrativa, no cumprimento desse tecido normativo<sup>51</sup>.

Foi nesse contexto e para satisfazer essas exigências que foi introduzido na nossa ordem jurídica o novo regime dos resíduos sólidos urbanos, através do D. L. 239/97, de 09 de Setembro, que vem revogar o anterior regime instituído pelo D. L. 310/95, de 20 de Novembro e pela Portaria 374/87, de 04 de Maio. Com o novo regime pretende-se instituir a gestão adequada dos resíduos sólidos urbanos, no sentido de defender o ambiente e de preservar os recursos naturais.

O novo regime jurídico assenta na gestão inte-

geral dos resíduos sólidos urbanos, estabelecendo um tecido normativo que percorre todo o circuito, desde a decisão do produtor de produzir um produto, apto à produção de resíduos, até à sua eliminação final. É este o sentido global, abrangente, que vimos defendendo ao longo deste trabalho e que é sustentado pelo disposto nos artigos 1º, 3º, 4º e 5º da citada disposição normativa.

A responsabilidade pela gestão dos resíduos assenta no seu produtor, numa clara alusão ao princípio do poluidor - pagador, nos termos do artigo 6º, mas o seu destino final, a sua gestão é uma atribuição dos municípios, ou das associações de municípios onde se achem integrados. Procura-se a interiorização dos custos da gestão no circuito produtivo, personalizada pela responsabilidade do produtor, mas sem descurar a exterioridade que o resíduo consubstancia, razão pela qual sempre a Administração Pública deve proceder à sua gestão, sob pena de a existência e malefícios dos resíduos afectarem a população em geral, que não contribuiu para a sua existência.

A Administração Pública pretende desenvolver uma função disciplinar, fiscalizadora e de garante da correcta gestão dos circuitos dos resíduos. O mais recente regime jurídico dos resíduos sólidos urbanos, instituído pelo citado acto normativo, assenta na responsabilização do produtor, institui proibições, nomeadamente do depósito incontrolado de resíduos, no seu artigo 7º, regulamenta as mais diversas operações, desde a armazenagem ao tratamento, estabelece um quadro disciplinador do exercício das tarefas de gestão de resíduos, através de processos de autorização, previstos nos artigos 8º, 9º e 10º; mas assegura aos administrados a correcta gestão dos resíduos, porque se os produtores, obrigados pelo princípio do poluidor - pagador à gestão dos resíduos produzidos, não cumprirem as obrigações a que se encontram adstritos, sempre a Administração Pública terá essa incumbência, atento o preceituado no artigo 6º, n.º 2, a exercer pela estrutura mais próxima dos administrados, as Autarquias Locais.

As atribuições das Autarquias Locais, em matéria de gestão de resíduos foi reforçada com a Lei 159/99, de 14 de Setembro, que estabeleceu o quadro de transferências de atribuições e competências para as Autarquias Locais, na prossecução dos princípios da descentralização e autonomia do poder local, para reforço da coesão nacional, para promoção da eficiência e eficácia da gestão pública, na preservação dos direitos individuais dos administrados. Nos termos do disposto no art. 13º, n.º 1, al. l), esta matéria é uma atribuição dos municípios.

A descentralização é, aliás, corolário do princípio da subsidiariedade, pelo qual as atribuições e competências devem ser exercidas pelo nível da Administração Pública que se encontre melhor colocado para prosseguir, com racionalidade, eficácia e proximidade aos administrados, os objectivos pretendidos.

A actuação da Administração Pública na gestão dos resíduos insere-se numa problemática mais ampla, a da gestão territorial, cujo regime jurídico, regulador

dos instrumentos de gestão territorial, foi introduzido, através do Decreto Lei 380/99, de 22 de Setembro, na sequência da Lei 48/98, de 11 de Agosto.

Esse regime faz depender o modelo de gestão territorial da intervenção do Estado, das Autarquias Locais e dos próprios administrados, no quadro da sustentabilidade dos ecossistemas, assente na concertação, participação e discussão pública, no âmbito da planificação com conteúdo vinculativo.

No mais recente desenvolvimento desse regime podemos realçar o recém criado programa polis - programa de requalificação urbana e valorização ambiental das cidades, introduzido pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 26/00, de 15 de Maio, com o qual se pretende fazer face aos problemas ambientais sentidos directamente pela população, fomentados pela vida urbana e carecedor de medidas de planeamento, baseado em parcerias, ao nível do poder central e local.

O tema dos resíduos sólidos urbanos não é, por isso, um problema que se possa isolar dos demais, mas uma parte do conjunto de problemas hoje sentidos, relacionados com as mais recentes formas de vida e que deve influenciar a actuação das nossas estruturas administrativas, numa lógica global, gestora e de planificação. Gerir os resíduos sólidos urbanos é um processo complexo, inserido numa teia normativa, onde os sujeitos públicos desenvolvem projectos, programas, instrumentos de acção, a concretizar pelos administrados, na protecção dos seus interesses, porque o ambiente merece essa personificação.

## BIBLIOGRAFIA

- ALPHANDÉRY, P., *L'Équivoque Écologique*, in *La Découverte*, Paris, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim GOMES, *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3794, 3795, 3798, 3799, 3800 e 3802, ano 123º, 1991.
- CORREIA, José Manuel SÉRVULO, *Os Contratos Económicos Perante a Constituição*, in "Nos dez anos da Constituição", org. de Jorge de Miranda, Lisboa, 1986.
- GIANNINI, Massimo SEVERO, *Planificazione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII.
- MACHADO, Santiago MUÑOZ, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. 1, Civitas, Madrid, 1982.
- MACHETE, RUI, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa, 1995.
- MORÓN, Miguel SÁNCHEZ, *La Participación del Ciudadano en la Protección y Gestión del Medio Ambiente*, in *Derecho y Medio Ambiente*, Madrid, 1981.
- OLIVEIRA, Mário ESTEVES de/GONÇALVES, PEDRO/AMORIM, João PACHECO de, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 1993.
- ORIANNE, P., *La Planification Local et ses Instruments*, Bruylant, Bruxelles, 1971.

ORIVE, José Luís AVILA, *El Suelo como Elemento Ambiental. Perspectiva Territorial y Urbanística*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.

PARADO, José ESTEVE, *Derecho del Medio Ambiente y Administracion Local*, Civitas, Barcelona, 1ª ed., 1996.

REIS, João PEREIRA, *Comunicação Apresentada ao III Congresso do Ministério Público*, in Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º 5, Março, 1991.

SILVA, Vasco PEREIRA da, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação*, Almedina, Coimbra, 1989.

SOARES, Rogério EHRHARDT, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântida Editora, Coimbra, 1989.

WALLABANK y TAYLOR, *Civilization Past and Present*, Scott, Foresman y Co., Chicago, 1949, vol. 1.

<sup>1</sup> Licenciado em Direito pela Universidade Lusíada do Porto, onde lecciona as disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito, Direito Administrativo e Contencioso Administrativo. Pós – Graduado em Direito do Ambiente. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra onde, sob a orientação do Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho, defendeu dissertação mestrado subordinada ao tema dos resíduos sólidos urbanos. Autor de diversos artigos sobre Direito do Ambiente. Advogado.

<sup>2</sup> A esse propósito, cfr. P. ALPHANDÉRY, *L'Équivoque Écologique*, in La Découverte, Paris, 1991, pp. 6 e 7, onde o autor caracteriza a sociedade actual nos "... prolegómenos ecológicos...", enquanto iniciação da era ambiental.

<sup>3</sup> A conferência do Rio de Janeiro, de 1992, sobre Ambiente e Desenvolvimento, reforça essa perspectiva, através do princípio oitavo, segundo o qual: "Os Estados deverão reduzir os padrões insustentáveis de produção e de consumo e promover políticas demográficas adequadas, a fim de se alcançar um desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida para todos os povos". A separação, a reutilização e a reciclagem das matérias primas depois de utilizadas são, como veremos infra, passos decisivos no sentido dessa sustentabilidade, porque a poluição e, *maxime*, os resíduos, não são sinal de progresso, mas de regressão, descuido e ineficiência.

<sup>4</sup> Contudo, na vida animal, os resíduos embora existam, não constituem, contudo, um verdadeiro problema, porque por natureza se incorporam, facilmente, no circuito dos sistemas ecológicos.

<sup>5</sup> Cfr. WALLABANK Y TAYLOR, *Civilization Past and Present*, Scott, Foresman y Co., Chicago, 1949, vol. 1, p. 8.

<sup>6</sup> Sensibilidade que é visível quando, por exemplo, existe uma greve nos serviços de recolha do lixo, ou quando se procede a uma alteração dos processos de recolha, questões que afectam o dia a dia de todos os cidadãos. Não se estranha por isso que, dentro dos problemas ambientais, seja aquele onde a consciência social se encontra mais desenvolvida. Exemplificação mais presente, fornecida pela colocação dos ecopontos, para recolha selectiva dos resíduos sólidos urbanos, onde o detentor do resíduo, antes de o abandonar, determina, ou ajuda a determinar, qual o melhor destino para o "seu" resíduo.

<sup>7</sup> Cfr. Rogério SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântida Editora, Coimbra, 1969, onde se pode encontrar o desenvolvimento, circunstanciado, do tema referido e para onde se remete, para um estudo mais exaustivo.

<sup>8</sup> Neste plano, o Estado persegue, como objectivos fundamentais, a realização de uma democracia politicamente participada, economicamente livre, socialmente justa e ambientalmente equilibrada, cfr. Vasco Pereira da SILVA, *Para um Contencioso Administrativo dos Particulares – Esboço de uma Teoria Subjectivista do Recurso Directo de Anulação*, Almedina, Coimbra, 1989., p. 56.

<sup>9</sup> Cfr. Massimo Severo GIANNINI, *Planificazione*, in Enciclopedia del Diritto, XXXIII, p. 629.

<sup>10</sup> Sobre as diversas funções do procedimento, relevantes, mas que escapam ao âmbito deste trabalho, onde nos interessam, particularmente, as funções garantística, de consenso e organizatória, cfr. José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Procedimento Administrativo e Defesa do Ambiente*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.º 3794, ano 123ª, pp. 266 a 270.

<sup>11</sup> Para uma noção de contrato administrativo, cfr. Mário Esteves de OLI-

VEIRA, Pedro GONÇALVES e João Pacheco de AMORIM, *Código do procedimento Administrativo Comentado*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1993, p. 805.

<sup>12</sup> Aliás, como já acontece no âmbito do já referido contrato – programa de redução da carga poluente, previsto no artigo 35º da Lei de Bases do Ambiente.

<sup>13</sup> Cfr. José Manuel Sérvulo CORREIA, *Os Contratos Económicos Perante a Constituição*, in "Nos Dez Anos da Constituição". Org. de Jorge de Miranda, Lisboa, 1986, pp. 88 a 99.

<sup>14</sup> Como já resulta, pelo menos de forma indiciária, da análise deste trabalho, a educação ambiental é um aspecto importante na gestão dos problemas ambientais e, desde logo, dos resíduos sólidos urbanos. Princípio consagrado, sob o n.º 19º, na Declaração de Estocolmo de 1972 e influenciador do princípio da intervenção obrigatória do Estado, também consagrado, sob o princípio 17º.

<sup>15</sup> Cfr. Miguel Sánchez MÓRON, *La Participación del Ciudadano en la Protección y Gestión del Medio Ambiente*, in Derecho y Medio Ambiente, Madrid, 1981, pp. 172 e ss.

<sup>16</sup> Cfr. Rui MACHETE, *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Lisboa, 1995, pp. 19 e ss.

<sup>17</sup> A planificação é, aliás, um instrumento importante ao nível da política comunitária para o ambiente e, mais concretamente, para os resíduos sólidos urbanos, como resulta do artigo 130 R do Tratado da União e da directiva 75/442/CEE, artigo 6º, ao impor aos Estados membros a necessidade de planificarem a gestão dos resíduos.

<sup>18</sup> Cfr. P. ORIANNE, *La Planification Locale et ses Instruments*, 1971, Bruylant, Bruxelas, 1971, p. 109.

<sup>19</sup> Política incrementada com a directiva 91/156/CEE, artigo 7º, que impõe aos Estados membros a obrigação de comunicar à Comissão Europeia os seus planos de gestão dos resíduos.

<sup>20</sup> Veja-se que o citado preceito normativo, ao mesmo tempo, atribui direitos a todos os cidadãos, através dos quais podem exigir prestações de outrem, ou sobre eles fazer precipitar efeitos jurídicos e impõe deveres, numa clara alusão a princípios fundamentais, como o da reciprocidade de tratamento e o da liberdade, enquanto limite à liberdade dos outros. Por outro lado, faz recair sobre o Estado, em primeiro lugar, mas também sobre outros entes administrativos – numa clara alusão à necessidade de descentralização – e sobre os próprios cidadãos, o dever de preservar o ambiente. Tudo numa clara perspectiva de afirmação do princípio de que o ambiente é de todos e a todos compete o seu tratamento. Não há sujeitos activos e sujeitos passivos, todos ocupam, em simultâneo ambos os lados dessa imaginária relação jurídica.

<sup>21</sup> Cfr. João Pereira REIS, *Comunicação apresentada ao III Congresso do Ministério Público*, in Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º 5, Março de 1991, p. 183. Em sentido contrário, Cfr. Luís Filipe Colaço ANTUNES, *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito do Ambiente*, Livraria Almedina, 1989, onde se defende a inexistência de direitos subjectivos ao ambiente, onde a relação entre o sujeito e o ambiente não passa de um interesse difuso, figura aí suficientemente desenvolvida.

<sup>22</sup> O corpo do citado preceito normativo consagra vários princípios, base de qualquer política de ambiente, aliás na sequência das normas comunitárias, das directivas 75/442/CEE e 91/156/CEE, nomeadamente os princípios da prevenção, da interacção ou equilíbrio entre todas as políticas, da participação de todos os elementos sociais na gestão do problema, da unidade de gestão, com função programadora e orientativa, da cooperação internacional, entre os diversos Estados, da procura do nível mais adequado de protecção para o ambiente, fim último das políticas, da recuperação dos danos produzidos e da responsabilização do poluidor, pelo restabelecimento da situação anterior à poluição, ou, quando isso não seja possível, suportar mecanismos que sirvam de compensação pelo dano produzido.

<sup>23</sup> A noção de resíduo presente é, claramente, a noção importada do artigo 2º do Decreto Lei 488/85 de 25 de Novembro, actualmente revogado pelo Decreto Lei 310/95, de 20 de Novembro, como "o conjunto de matérias, podendo compreender o que resta de matérias-primas após a sua utilização e que não possa ser considerado subproduto ou produto, de que o seu possuidor pretenda ou tenha a necessidade de se desembaraçar".

<sup>24</sup> Aliás, o carácter genérico da Lei de Bases do Ambiente não faria prever outra coisa, porque a intenção normativa não é regular um sector, mas estabelecer as coordenadas para a solução de um problema, o ambiental.

<sup>25</sup> O referido diploma legal distribuía as competências na gestão dos resíduos sólidos urbanos entre o Governo e as Câmaras Municipais. Quanto ao Governo, competia a definição das políticas gerais, das directrizes e dos planos aplicáveis a todo o território nacional. As Câmaras Municipais competia a gestão dos problemas específicos da sua circunscrição administrativa, em obediência aos planos gerais definidos pelo Governo, mas com autonomia suficiente para definir políticas específicas e próprias, nos termos do disposto no artigo 3º, n.º 3.

<sup>26</sup> Os resíduos sólidos urbanos podem ter uma abordagem totalmente desenraizada das preocupações ambientais. Independentemente dos danos ao ambiente, que os resíduos possam provocar, eles são em si um problema, pelo que urge removê-los. A remoção é complexa e exige dispêndios monetários, daí as políticas preventivas. Daqui concluímos que os resíduos sólidos urbanos não são, exclusivamente, um problema ambiental e não foi com essa preocupação que o citado diploma legal foi aprovado.

<sup>27</sup> Apesar da apologia pela concertação e conjugação de esforços entre todas as pessoas de direito público, desde a Administração Central à Administração Local, não quer dizer que aqui não se coloquem dificuldades, porque no domínio das competências conjuntas ou cumulativas, não é fácil determinar, com o necessário rigor, os poderes que subjazem a cada uma dessas estruturas administrativas.

<sup>28</sup> Cfr. Santiago Muñoz MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1982, pp. 168 e ss., onde se relata, de forma bastante precisa, a evolução do conceito de autonomia, no direito comparado, com especial incidência para o direito italiano.

<sup>29</sup> Essa preocupação de concretização motivou o legislador a criar uma estrutura administrativa, o Instituto Nacional do Ambiente – artigo 39º - com o qual se pretende dar resposta às preocupações reflectidas na Lei de Bases do Ambiente.

<sup>30</sup> Nesse sentido, importa salientar que no âmbito comunitário, a directiva 75/442/CEE, com a redacção que lhe foi dada pela directiva 91/156/CEE, define o produtor de resíduos como toda a pessoa que produza resíduos, o chamado produtor inicial, como todos os que efectuem qualquer actividade de transformação e tratamento dos resíduos e todo aquele que detenha os resíduos em sua posse, porque tem o poder de, materialmente, determinar o destino de um objecto ou de uma substância.

<sup>31</sup> Nesse sentido, cfr. o art. 8º da directiva n.º 91/156/CEE.

<sup>32</sup> No sentido do princípio décimo da Declaração do Rio de Janeiro, sobre o meio ambiente e o desenvolvimento, realizada sob os auspícios das Nações Unidas, no Rio de Janeiro, entre 03 e 14 de Junho de 1992.

<sup>33</sup> Nos termos do disposto no artigo 3º, n.º 3 do já citado Decreto Lei, compete aos municípios, isoladamente ou através de associações representativas, definir os sistemas municipais para a remoção, tratamento e destino final dos resíduos sólidos urbanos produzidos na sua área de jurisdição.

<sup>34</sup> A citada Portaria serve, desde logo, como importante fonte de informação das instituições públicas, na elaboração dos programas de gestão de resíduos sólidos urbanos, na sequência do disposto no Decreto Lei 488/85, de 25 de Novembro.

<sup>35</sup> O Decreto Lei 488/85 de 25 de Novembro, a legislação que o pretendeu regulamentar e a Lei de Bases do Ambiente, Lei 11/87 de 07 de Abril, são diplomas cujo objectivo foi estabelecer o regime jurídico que sirva de base à gestão das problemáticas ambientais e, desde logo, dos resíduos, nomeadamente os sólidos urbanos. Por isso, são diplomas com carácter genérico, com um quadro normativo vago, que necessita de ser adaptado ao progresso social e tecnológico.

<sup>36</sup> Pese embora a necessidade de, nos termos do disposto no artigo 9º, ser necessária autorização do Ministério do Ambiente, através da Direcção Regional do Ambiente e Recursos Naturais, para a elaboração dos processos de gestão e de eliminação dos resíduos sólidos urbanos, a executar pelas Câmaras Municipais.

<sup>37</sup> Programas que são secundarizados por programas sectoriais, a cargo das Câmaras Municipais – artigo 15º n.º 1, al. c) e n.º 2 – enquanto processos de concretização dos programas centrais e como método de informação dos programas gerais, na perspectiva de evolução futura, através da sua capacidade de influenciar a programação central.

<sup>38</sup> Nesse sentido, o artigo 2º, n.º 1 do citado acto normativo, introduz, como princípios fundamentais do regime de exploração e gestão dos sistemas, o princípio da prossecução do interesse público, do carácter integrado dos sistemas, da eficiência e da prevalência da gestão empresarial.

<sup>39</sup> Aliás, o artigo 9º, n.º 1, al. c) concebe, expressamente, os serviços de recolha e tratamento de resíduos sólidos, como um serviço público.

<sup>40</sup> O citado Decreto Lei pretende introduzir um regime exaustivo, impondo um conteúdo rígido aos contratos de concessão, a celebrar no âmbito dos sistemas multimunicipais de tratamento dos resíduos sólidos urbanos, onde o Estado, que ocupa a posição de concedente pretende criar todas as condições para que o concessionário exerça a sua função na rigorosa observância dos princípios inerentes à correcta gestão dos resíduos sólidos urbanos, onde o Estado mantém a posição de garante do correcto funcionamento das empresas ou instituições concessionárias, na busca de uma adequada gestão dos resíduos sólidos urbanos.

<sup>41</sup> Veja-se, por exemplo, o caso do Decreto Lei 297/94, de 21 de Novembro, que criou o sistema multimunicipal de valorização e tratamento de resíduos

sólidos urbanos de Lisboa Norte, abrangendo os municípios de Lisboa, Amadora, Loures e Vila Franca de Xira, o caso do Decreto Lei 109/95, de 20 de Maio, que criou o sistema multimunicipal de valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos do Algarve, abrangendo os municípios de Albufeira, Alcoutim, Aljezur, Castro Marim, Faro, Lagoa, Lagos, Loulé, Monchique, Olhão, Portimão, São Brás de Alportel, Silves, Tavira, Vila do Bispo e Vila Real de Santo António, o caso do Decreto Lei 89/96, de 03 de Julho, que criou o sistema multimunicipal de valorização e tratamento de resíduos sólidos urbanos de Vila Nova de Gaia e Santa Maria da Feira, abrangendo os citados municípios. Em qualquer um dos exemplos apontados, procura-se uma solução integrada para os resíduos gerados nas respectivas áreas de jurisdição, tendo em conta a busca do equilíbrio ambiental e a desejável economia de meios. Sistema que não se pretende fechado, mas aberto a outros municípios, numa óptica evolutiva e de prossecução de um verdadeiro serviço público. Aliás, na criação dos sistemas do Algarve e do de Vila Nova de Gaia com Santa Maria da Feira, procedeu-se, inclusive, à identificação da sociedade concessionária e à definição dos seus elementos estatutários.

<sup>42</sup> Por essa razão, o Decreto Lei n.º 147/95 de 21 de Junho veio criar o Observatório Nacional dos Sistemas Multimunicipais e Municipais de Recolha e Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos.

<sup>43</sup> Nessa sequência, a Portaria 15/96, de 23 de Janeiro, que aprova a tipologia das operações de valorização e de eliminação de resíduos, estabelece os métodos de valorização e eliminação de resíduos, estabelecendo, em dois anexos, os processos considerados de eliminação de resíduos e os que se consideram processo de valorização.

<sup>44</sup> Nesse sentido, a Portaria 818/97, de 05 de Setembro, veio, nos termos do disposto no art. 2º, al. a) do citado Decreto Lei, identificar as substâncias ou objectos que possam corresponder à definição de resíduos, sem prejuízo da adopção da lista constante do Catálogo Europeu dos Resíduos, aprovado pela Decisão n.º 94/3/CE, da Comissão, de 20 de Dezembro de 1993, com a preocupação de assegurar as normas vigentes em matéria de resíduos na União Europeia e, em simultâneo, facilitar aos agentes económicos o conhecimento do regime a que ficam sujeitos em função da actividade que exercem e das matérias com que trabalham. Quanto aos resíduos considerados sólidos urbanos, a lista defendida é uma reprodução fiel do Catálogo Europeu de Resíduos, ao passo que as novidades se situam nos resíduos considerados perigosos e que não são objecto específico deste trabalho.

<sup>45</sup> Cfr. art. 2º, onde se definem os conceitos em análise, além de outros, como o de valorização, de reutilização e reemprego e o de aterro sanitário, todos com relevância para a matéria em análise.

<sup>46</sup> O nosso sistema jurídico, através da Portaria n.º 15/96, de 23 de Janeiro, do Ministério do Ambiente, onde se pretende transportar para a ordem interna a Directiva 75/445/CEE, alterada pela Directiva 91/156/CEE, estabeleceu um conjunto de operações que são consideradas operações de eliminação de resíduos, como são os exemplos dos depósitos à superfície ou em subsolo, nos aterros, o tratamento biológico, a incineração em terra e a armazenagem permanente.

<sup>47</sup> Os aterros são, em geral, construídos por células que podem variar entre 1.2 e 5 metros de espessura, com a largura entre 2.5 e 7.5 metros e com um comprimento muito variável. Os resíduos são descarregados e espalhados em faixas de pequena espessura, entre 40 e 75 centímetros e compactados, comprimidos pela força exercida sobre os mesmos. Sobre essa camada de resíduos é colocada uma camada de terra, com uma espessura entre 10 e 15 centímetros. Completado o aterro, este é coberto com uma camada de terra, com uma espessura entre 1 e 2 metros.

<sup>48</sup> Até porque o solo é um factor ambiental de inegável relevância, e a sua ocupação com os aterros sanitários, além dos problemas de ordenamento do território, levanta problemas ao nível dos limites da ocupação desses solos. Para um maior desenvolvimento desta temática, cfr. José Luís Avila ORIVE, *El Suelo como Elemento Ambiental. Perspectiva Territorial y Urbanística*, Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, pp. 325 e segs.

<sup>49</sup> A já referida Portaria 15/96 estabelece, com os objectivos já enunciados, o conjunto de operações consideradas de valorização dos resíduos sólidos urbanos, onde destacamos as que implicam recuperação, regeneração e reciclagem dos materiais.

<sup>50</sup> Sublinhe-se que existe um plano estratégico dos resíduos sólidos urbanos, segundo o qual se estabelecem recomendações que visam disciplinar o sector e encaminhar o seu futuro, no sentido de uma gestão integrada, sustentável, sendo previsível que no presente ano de 2000, 35% dos resíduos sejam eliminados através dos aterros sanitários, 30% sejam incinerados, 20% seja reciclados e 15% sejam objecto de compostagem.

<sup>51</sup> Cfr. José Esteve PARADO, *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Civitas, Barcelona, 1ª ed., 1996, p. 455.

## II FÓRUM SOCIAL MUNDIAL – UM DEPOIMENTO

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN\*

Entre 31/01/2002 e 05/02/2002 realizou-se em Porto Alegre o II Fórum Social Mundial, ao mesmo tempo que reuniam-se, excepcionalmente este ano, em Nova York, os participantes do Fórum Econômico Mundial, que comumente acontece em Davos, na Suíça.

O Fórum Social Mundial foi criado como um espaço no qual as organizações não governamentais pudessem dialogar entre si e pessoas vindas de vários países pudessem discutir alternativas ao pensamento único representado por uma das facetas da globalização, aquela que nos acostumamos durante os anos 80 e, em especial, no anos 90, a chamar de neoliberalismo.

Como sabemos, nesta parte do mundo em que vivemos, no hemisfério sul do planeta, o neoliberalismo tem um dos seus significados, intensa participação do capital financeiro internacional em nossas economias, sem que tal significasse necessariamente maior desenvolvimento, maior capacidade de criar tecnologia, aumentando a número de empregos qualificados, privatização de empresas públicas, com alguns acertos como no caso da telefonia e erros muito grandes como no caso do setor elétrico. Entretanto, a contrapartida prometida, melhoria dos serviços públicos, maiores investimentos e leveza do Estado para atuar na redistribuição de renda, não aconteceu.

É interessante como o Fórum Social Mundial representa também uma das facetas da globalização, como a possibilidade de compartilhar culturas, cujos integrantes comunicam-se cada vez mais rápido utilizando-se da Internet. No Fórum Social Mundial, todos querem falar de problemas comuns, mas apontando saídas próprias.

Portanto, não se trata de rejeitar a globalização, ou como preferem os franceses, a mundialização, como se tal expressão fosse um bloco monolítico, mas sim de se discutir o que se quer ver universalizado por todo o globo.

Várias das análises feitas pela imprensa detiveram-se em uma questão: os participantes do Fórum Social Mundial não conseguiriam apontar uma saída eficiente ou um caminho alternativo para o neoliberalismo, que pudesse enfrentar o domínio das relações políticas na âmbito nacional pelas decisões econômicas determinadas pelos grandes conglomerados financeiros, em âmbito transnacional.

A chave talvez seja exatamente esta: não existe solução única, mas sim várias soluções.

Na verdade, o Fórum Social Mundial demonstra através de suas manifestações, de suas oficinas, de

suas conferências, que a democracia representativa, com sua estrutura baseada em partidos políticos, precisa ser complementada por mecanismo de democracia participativa: as pessoas precisam atuar em suas comunidades, de forma a emitir opiniões, que serão traduzidas no âmbito dos órgãos integrantes da democracia representativa.

Cabe destacar que antecedendo o II Fórum Social Mundial, foi realizado nos dias 28 a 30 de Janeiro, o II Fórum das Autoridades Locais pela Inclusão Social, com a presença de prefeitos de algumas das maiores cidades do mundo.

Não é possível falar em melhor qualidade de vida ou em maior participação democrática, sem que isso aconteça nas nossas cidades, espaço privilegiado das nossas preocupações cotidianas.

A variedade dos temas das oficinas, conferências e atividades paralelas demonstra que o Fórum Social Mundial é um laboratório, no qual durante 05 dias, pessoas de todas as partes do mundo, têm a oportunidade e expor suas idéias, suas culturas, seus projetos de desenvolvimento.

O Fórum aconteceu em várias partes da cidade de Porto Alegre e envolveu organizações não governamentais, órgãos públicos, universidades e pessoas comuns da cidade.

Na sede principal do evento, na PUC/RS era possível participar de uma conferência sobre Quilombos, caminhar até a feira de produtos orgânicos cultivados em programas de agricultura familiar e retornar para uma oficina sobre Mídia e direitos humanos.

É essa diversidade de opções que caracteriza o nosso presente: para vivermos em um planeta mais saudável e ambientalmente mais equilibrado, no qual nossa participação política seja realmente eficaz, é necessário que estejamos interligados e nos sintamos conectados, em rede, com todos os habitantes do planeta.

Esta universalidade e amplitude é assustadora, mas ao mesmo tempo dá sentido à palavra humanidade.

Ter participado do II Fórum Social Mundial representou para mim oportunidade única de perceber que a teoria da universalidade dos direitos humanos, de compartilhar culturas, de construção da igualdade, com respeito a singularidades, é possível.

---

Membro do Ministério Público Federal, compareceu ao II Fórum Social Mundial como delegada da Associação Nacional dos Procuradores da República-ANPR