

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

MARCELO MIRANDA RIBEIRO

**ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E SOCIEDADE DE CONTROLE:
eficiência e legitimidade da intervenção do Estado Fiscal Vigilante
na sociedade pós-moderna**

**MESTADO EM
DIREITO
PUCPR**

**CURITIBA
2013**

MARCELO MIRANDA RIBEIRO

**ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E SOCIEDADE DE CONTROLE:
eficiência e legitimidade da intervenção do Estado Fiscal Vigilante
na sociedade pós-moderna**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito à aprovação no Curso de Mestrado em Direito, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, linha de pesquisa “Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável”.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

**CURITIBA
2013**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

R484a
2013
Ribeiro, Marcelo Miranda
Administração tributária e a sociedade de controle : eficiência e legitimidade do estado fiscal vigilante na sociedade pós-moderna / Marcelo Miranda Ribeiro ; orientador, Emerson Gabardo. – 2013.
196 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013.
Bibliografia: p. 186-196

1. Processo tributário. 2. Tecnologia da informação. 3. Privacidade. 4. Interesse público. 5. Cidadania. I. Gabardo, Emerson. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 342.1243

MARCELO MIRANDA RIBEIRO

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E SOCIEDADE DE CONTROLE:
eficiência e legitimidade da intervenção do Estado Fiscal Vigilante
na sociedade pós-moderna

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, área de concentração Direito Econômico e Socioambiental, linha de pesquisa “Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof^a. Dr^a. Irene Patrícia Nohara
Universidade Nove de Julho (Uninove)

Prof^a. Dr^a. Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. André Parmo Folloni
Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Suplente)

Curitiba, 18 de março de 2013

Com carinho, dedico este trabalho aos meus pais, **José Ivo** e **Maria**, pelo apoio e incentivo que sempre me deram, à minha esposa **Fabiana**, maravilhosa companheira, e aos meus queridos filhos **Rafael** e **Thiago**.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Emerson Gabardo, pela acolhida, pela confiança e pela excelência da orientação prestada.

Aos ilustres professores da banca de avaliação, Prof^a. Dr^a. Cinthia Obladen de Almendra Freitas e Prof^a. Dr^a. Irene Patrícia Nohara, pela honra de terem sido minhas avaliadoras.

Ao Prof. Dr. Oksandro Gonçalves pela parceria na produção de artigos científicos no curso de sua disciplina.

A todos os professores e colaboradores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná pelo convívio, aprendizado, carinho e apoio.

Aos amigos que fiz ao longo do mestrado, companheiros que tornaram, sem dúvida, esta jornada muito menos árdua.

ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E SOCIEDADE DE CONTROLE:
eficiência e legitimidade da intervenção do Estado Fiscal Vigilante
na sociedade pós-moderna

SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
ABSTRACT	ix
PRÓLOGO.....	x
INTRODUÇÃO	1
1 CIBERNÉTICA: A CIÊNCIA DO CONTROLE.....	4
1.1 FEEDBACK, ENTROPIA E HOMEOSTASE: NOÇÕES CIBERNÉTICAS ESSENCIAIS	7
1.2 INFORMAÇÃO, COMUNICAÇÃO E CONTROLE	14
1.3 O DIREITO COMO SISTEMA CIBERNÉTICO.....	17
1.4 CIBERNÉTICA, CIBERESPAÇO E COMPUTADORES	18
2 TEORIA GERAL DOS SISTEMAS.....	26
2.1 OS SISTEMAS ABERTOS	29
2.2 OS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS	31
2.3 OS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS.....	36
2.4 O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO.....	41
2.5 O DIREITO COMO SISTEMA ALOPOIÉTICO: A REALIDADE BRASILEIRA.....	46
3 A SOCIEDADE PÓS-MODERNA, INFORMACIONAL E DE CONTROLE... 50	
3.1 SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL: O PONTO DE PARTIDA.....	53
3.2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	56
3.3 AS TEORIAS DA PÓS-MODERNIDADE.....	60
3.4 O HIPER-REAL: O “APERFEIÇOAMENTO” DO REAL	74
3.5 A SOCIEDADE CENTRADA NO LAR	76
3.6 DO PANÓPTICO AO SINÓPTICO: DA DISCIPLINA AO CONTROLE.....	77
4 A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA PÓS-MODERNA, INFORMACIONAL, CIBERNÉTICA E AUTOPOIÉTICA	87
4.1 O QUE É “ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA”?	87
4.2 A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA INFORMACIONAL.....	92
4.3 O PANÓPTICO TRIBUTÁRIO.....	95
4.3.1 <i>SPED: o panóptico fiscal</i>	96
4.3.2 <i>Nota fiscal eletrônica (NF-e)</i>	98
4.3.3 <i>Sistema de controle de bebidas (SICOBEBE)</i>	99
4.4 O SISTEMA ARRECADATÓRIO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO	100
5 A EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DO ESTADO FISCAL VIGILANTE.....	103
5.1 ESTADO SOCIAL, EFICIÊNCIA E REFORMA GERENCIAL	103

5.2	O ESTADO FISCAL: A OUTRA FACE DO WELFARE STATE.....	111
5.3	O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL	113
5.4	PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: CONTEÚDO, CONFLITOS E APLICAÇÃO ..	116
5.5	O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O PANÓPTICO FISCAL	124
6	O CONFLITO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	129
6.1	INTERESSE PÚBLICO: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA	130
6.2	A JURIDICIDADE E A FUNÇÃO JURÍDICA DO INTERESSE PÚBLICO ...	135
6.3	O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SUA NEGAÇÃO.....	140
6.4	O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NÃO MORREU	150
6.5	O INTERESSE PÚBLICO NA ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E O CONFLITO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE.....	156
6.6	CIDADANIA DIGITAL E LEGITIMIDADE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA	171
	CONCLUSÃO.....	183
	REFERÊNCIAS	186

RESUMO

O surgimento das novas tecnologias da informação e mais notadamente a criação da internet, marcam uma nova fase no processo de desenvolvimento social e econômico. Na sociedade pós-moderna, a informação é a peça-chave para a compreensão das novas relações de poder, o que aponta para inúmeros desafios que a sociedade deve enfrentar. Tais desafios envolvem também a questão do relacionamento entre a Administração tributária e seus contribuintes ao possibilitar o desenvolvimento de complexos instrumentos eletrônicos de controle das obrigações tributárias, além de propiciar a imposição de diversos deveres instrumentais digitais aos sujeitos passivos. A utilização intensa desses sistemas de controle coloca o contribuinte sob uma contínua vigilância tributária, alargando enormemente as possibilidades de interferência estatal na privacidade dos cidadãos e das empresas. Nasce, então, o denominado “Estado fiscal vigilante”, aquele que atinge um nível máximo de controle sobre todas as atividades econômicas do indivíduo com um mínimo de esforço, induzindo no sujeito uma sensação de permanente visibilidade. Tal estado de coisas coloca em conflito o interesse público na arrecadação de tributos e os direitos fundamentais dos contribuintes, assim como induz à necessidade de se verificar se o princípio da eficiência é critério suficiente para legitimar o alargamento deste poder estatal. Cabe ainda observar que neste novo contexto social o próprio conceito de cidadania está em evolução, enfrentando um conjunto de desafios que exigem a sua redefinição. A proposta de estudo é, portanto, observar a sociedade, a Administração tributária e o cidadão diante das novas tecnologias, não pela tradicional análise dogmática, que se torna limitada frente aos problemas complexos da atual sociedade, mas pela ótica da colisão entre direitos fundamentais e interesse público. Busca-se, enfim, analisar a Administração tributária da sociedade pós-moderna sob a perspectiva da sociedade de controle, avaliando se há elementos que legitimam a atuação do Estado Fiscal Vigilante.

Palavras-chave: novas tecnologias, sociedade de controle, Administração tributária, privacidade, interesse público, eficiência, cidadania.

ABSTRACT

The emergence of new information technologies and most remarkable the creation of the internet, marks a new phase in the process of social and economic development. In the postmodern society, information is the key to understand the new relations of power, pointing to numerous challenges that society must face. Such challenges also involve the question of the relationship between tax authorities and taxpayers by enabling the development of complex electronic instruments to control of tax obligations and also enabling the imposition of several digital instrumental duties to taxpayers. The intensive use of these control systems put the taxpayers under a continuous surveillance tax, greatly expanding the possibilities of state interference in the privacy of citizens and firms. Rises, then, the so-called “fiscal vigilant state”, one that reaches a maximum level of control over all economic activities of the individual with the minimum effort, inducing the subject a sense of permanent visibility. This state of things puts in conflict the public interest in tax collection and the fundamental rights of taxpayers, as well as induces the need to verify if the principle of efficiency is sufficient criterion to justify the extension of state power. It should also be noted that in this new social context the concept of citizenship itself is evolving, facing a set of challenges that require a redefinition. The proposed study is therefore to observe society, tax authorities and citizens in the face of new technologies, not by the traditional dogmatic analysis, which becomes limited compared to the complex problems of today's society, but from the perspective of collision between fundamental rights and public interest. Looking up, thereby, analyze the tax authorities of postmodern society from the perspective of the society of control, assessing whether there are elements that legitimize the actions of the “fiscal vigilant state”.

Keywords: new technologies, control society, tax management, privacy, public interest, efficiency, citizenship.

PRÓLOGO

Um diálogo necessário entre a teoria dos sistemas, a ciência do controle, as novas tecnologias, os poderes da Administração tributária e o Direito

O projeto deste trabalho baseou-se, originalmente, na ideia de estudar a influência da utilização das novas tecnologias da comunicação e da informação em alguns institutos de Direito Tributário. A proposta tratava, em suma, de examinar o Direito Tributário Cibernético, concebido como um instrumento de controle total sobre as atividades econômicas dos sujeitos passivos, valendo-se de inúmeros instrumentos tecnológicos viabilizados pela Ciência da Computação.

Iniciei, então, os estudos pela teoria cibernética de Norbert WIENER. Segundo o autor, a Cibernética seria um campo que inclui não apenas o estudo da linguagem, mas também o das mensagens como meios de dirigir as máquinas, a sociedade, o desenvolvimento de computadores e outros autômatos, assim como serviria para reflexões acerca da psicologia, do sistema nervoso e da sociedade em geral.¹ A Cibernética, como aduz Niklas LUHMANN, “originalmente entendida como a arte de conduzir a navegação, transforma-se, de modo generalizado, na arte da condução dos sistemas técnicos e, sobretudo, dos sistemas sociais”.²

Porém, “os sistemas cibernéticos são um caso especial, embora importantes, dos sistemas que apresentam autorregulação”,³ fato que me conduziu à Teoria Geral dos Sistemas, de Ludwig von BERTALANFFY, segundo ponto do percurso proposto. O objeto desta teoria é a formulação de princípios válidos para os sistemas em geral, qualquer que seja a natureza dos elementos que os compõem. Seu objetivo foi o de substituir os fundamentos mecanicistas da ciência pela visão holística.⁴ Os sistemas, é oportuno observar, já eram objeto de estudos há bastante tempo. Todavia, algo novo foi acrescentado com a teoria geral dos sistemas: a tendência a examinar os sistemas como uma entidade e não como um aglomerado de partes. Iniciava-se uma nova perspectiva

¹ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade**: o uso humano de seres humanos. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1954, p. 15.

² LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 69.

³ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas**: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 38.

⁴ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Cultrix: São Paulo, 2006, p. 23.

da ciência contemporânea em não mais isolar os fenômenos em contextos estreitamente confinados, mas abrindo-os aos exames de suas interações.⁵

O dilema que instigou BERTALANFFY a iniciar seus estudos era que a teoria evolucionista dos biólogos do século XIX mostrava que o universo evolui da desordem para a ordem; contudo, a segunda lei da termodinâmica (entropia) mostrava que o mundo seguia o caminho inverso, num processo de desordem sempre crescente.⁶ A questão a ser elucidada era: como é possível que os sistemas regidos pela entropia possam se conservar?⁷

A resposta foi dada por Humberto MATURANA e Francisco VARELA com o conceito de autopoiese. Para os autores, “a característica mais peculiar de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como diferente do meio por sua própria dinâmica, de tal maneira que ambas as coisas são inseparáveis”.⁸ Um sistema autopoietico “produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações”.⁹ Os sistemas autopoieticos, terceiro ponto do itinerário, são, assim, aqueles que se autorreproduzem.

Chegou-se à conclusão então que, para a física, o universo é um sistema fechado que está submetido, inexoravelmente, à lei da entropia. Mas tal constatação não era possível para os sistemas biológicos ou sociais, os quais teriam que ser abertos, ou seja, capazes de desenvolver neguentropia, fato que explica o esforço dos organismos vivos em sobrepor-se à lei entrópica do universo. Portanto, abertura significou comércio com o meio, tanto para a ordem biológica como para os sistemas dotados de sentido (psíquicos ou sociais). Surgiu, assim, uma nova ênfase no modelo, o intercâmbio: para os sistemas orgânicos, intercâmbio de energia; para os sistemas de sentido, intercâmbio de informação. Esses sistemas interpretam o mundo sob os preceitos da energia ou da informação e reagem conforme essa interpretação.¹⁰

Explica José Engrácia ANTUNES que, durante a década de 1980, a teoria da autopoiese sofreu um importante impulso: nascida no domínio das ciências

⁵ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 28.

⁶ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 54.

⁷ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas ...** Op. cit., p. 61.

⁸ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.** Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 55.

⁹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas. ...** Op. cit., p. 120.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas. ...** Op. cit., p. 62.

biológicas, como teoria geral da vida, “depressa a riqueza das suas analogias e modelos explicativos tornaram atractiva a perspectiva da sua extensão e aplicação ao domínio das ciências sociais”.¹¹ Com efeito, a passagem de uma autopoiese do biológico para uma autopoiese do social constituiu traço marcante da evolução científica interdisciplinar, abrangendo áreas bastante diversas como a linguística, biologia, física, matemática, cibernética, psicologia, sociologia, política e até ética. No entanto, numa primeira fase, os primeiros defensores da aplicação dessa teoria à seara social não viram mais do que simples interações entre os indivíduos ou reduziram as sociedades humanas a meros sistemas biológicos. Foi com LUHMANN que a aplicação da teoria da autopoiese ao domínio das ciências sociais ganhou uma autônoma dimensão. Deixou de ser concebida unicamente como explicativa da vida para se tornar um modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais.¹²

Para LUHMANN a sociedade é um sistema autopoietico cuja organização sustenta-se na comunicação. A sociedade, até então pensada como um conjunto de indivíduos, passa a ser tratada como um sistema que tem como elemento a informação e como organização a comunicação. A informação é elemento da sociedade e é trocada livremente com seu ambiente. A comunicação, porém, só existe na sociedade e é criada pela própria sociedade que, em última análise, visa a produzir mais comunicação.¹³ Tal situação revela a importância da teoria luhmanniana para o objeto de estudo, haja vista que as modernas tecnologias engendram novas formas de comunicação social.

Além do mais, a sociologia jurídica é estruturada, em parte, na análise da situação do “direito na sociedade”, isto é, na questão de se saber qual é a função do Direito na sua relação com o sistema social; e centrada, em outra parte, na análise da “sociedade no direito”, isto é, em se examinar suas repercussões nos comportamentos sociais, o que se identifica como a resposta social diante das diversas regulações do Direito.¹⁴ Em função disso, fez-se necessária a incursão na sociologia jurídica, vez que as novas tecnologias impõem a necessidade de se repensar os limites de utilização

¹¹ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. IX.

¹² ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema ...** Op. cit., p. IX/X.

¹³ VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais: uma crítica à concepção de Direito como sistema autopoietico. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 67-78, jul./dez. 2003, p. 73.

¹⁴ ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Farinás. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10.

dessas ferramentas pelas Administrações tributárias – o Direito na sociedade – e, por outro lado, é necessário o exame das repercussões desses novos fenômenos de manifestação do poder tributário no comportamento social – a sociedade no Direito.

Para tanto, foi necessário compreender os processos pelos quais se organizam as relações entre indivíduos e Estado num contexto social caracterizado por uma importante revolução tecnológica. Como ressalta BERTALANFFY, tecnologia e sociedade modernas tornaram-se tão complexas que os caminhos tradicionais de análise não são mais suficientes. Para o autor, há necessidade de abordagens de natureza holística, já que muitas das graves questões da sociedade atual (degradação dos ecossistemas, crises econômicas, por exemplo) são essencialmente problemas de interrelação entre um grande número de variáveis.¹⁵

Especificamente sobre o Direito Tributário, André FOLLONI muito bem destaca que é uma ciência “ciosa de seu autoconhecimento, mas não recebe, adequadamente os influxos da filosofia e da epistemologia contemporânea”,¹⁶ nem, tampouco, da nova realidade tecnológica em que está inserida. Essa influência não pode ser desconsiderada, pois, na linha do que diz BERTALANFFY:

Não é apenas a tendência da tecnologia de fazer as coisas maiores e melhores (ou, no caso oposto, destruidoras). Trata-se de uma transformação nas categorias básicas de pensamento da qual as complexidades da moderna tecnologia são apenas uma (...) manifestação.¹⁷

De posse dos conceitos da teoria geral dos sistemas, da cibernética e dos sistemas sociais autopoieticos chega-se ao quarto ponto do trajeto: examinar a mutação da sociedade disciplinar de Michel Foucault na sociedade de controle de Gilles Deleuze. Para este autor, as sociedades disciplinares e de controle estruturam de forma diferente suas informações. Na primeira, há uma organização vertical e hierárquica das informações. O problema do acesso à informação confunde-se com a posição do indivíduo numa hierarquia, seja ela de função, posto ou antiguidade. Além disso, cada instituição disciplinar detém seu pedaço de informação, como algo que pertence ao seu próprio espaço físico. Nos dispositivos disciplinares, há uma espécie de polarização

¹⁵ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 14/16.

¹⁶ FOLLONI, André Parmo. **Ciência do direito tributário no Brasil: crítica e perspectivas** a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

¹⁷ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 22.

entre a opacidade do poder e a transparência dos indivíduos. O poder, devido a sua situação privilegiada, se manteria fora do alcance dos indivíduos, enquanto estes últimos estariam numa situação de constante observação.¹⁸

Porém, com o advento da sociedade de controle, predominantemente reticular e interconectada, há uma mudança de natureza do poder, que não é mais hierárquico, mas disperso e difuso numa rede planetária. O poder é cada vez mais ilocalizável. Sua ação não se restringe apenas à contenção das massas, à construção de muros dividindo cidades, à retenção financeira para conter o consumo. Nenhuma forma de poder parece ser tão sofisticada quanto a que regula os elementos imateriais de uma sociedade: informação, conhecimento e comunicação. Na sociedade de controle, há uma vigilância contínua. É a consecução da sociedade autovigiada.¹⁹

Finalizo, com isso, a contextualização do estudo. As bases teóricas foram fincadas. Percebi, porém, que o trabalho proposto não era mais de Direito Tributário, mas para o Direito Tributário, pois o que passou a ser central deixou de ser os seus institutos influenciados pelas novas tecnologias, mas, em essência, o que legitima a sua utilização. Em função disso, passei a analisar como as novas tecnologias influenciam o relacionamento entre o contribuinte e o Estado, como ampliam a eficiência das Administrações tributárias e qual o critério legitimador deste controle cada vez mais hostil na esfera da autonomia privada dos indivíduos. Enfim, o projeto passou a ter como objeto, além da questão de se examinar a influência das novas tecnologias da informação e da comunicação no Direito Tributário sob a perspectiva cibernética e dos sistemas sociais autopoieticos, estudar também alguns critérios (eficiência e interesse público) que possam legitimar a atuação do Estado Fiscal Vigilante.

A questão da legitimação é muito importante, pois, consoante ensina Stefano RODOTÀ, a organização social contemporânea é cada vez mais baseada na acumulação e na circulação das informações que estabelecem novas relações de poder e que precisam de novos fundamentos de legitimação.²⁰ Na esteira do que ensina o autor, “é preciso questionar se tudo o que é tecnicamente possível é socialmente aceitável,

¹⁸ COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. **São Paulo em Perspectiva**. 2004, vol.18, n.1, pp. 161-167, p. 162.

¹⁹ LOPES, Ana Isabel; SANTOS, Sónia. **Da sociedade disciplinar à sociedade de controle**. Extraído <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/sociedade%20disciplinar/index.htm>. Acesso em 23/07/2012.

²⁰ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 35.

eticamente admissível, juridicamente lícito”.²¹

Essa segunda parte do caminho inicia-se com a descrição de alguns sistemas de controle já existentes nos âmbitos das Administrações tributárias brasileiras. É apenas um relato. Visa tão somente demonstrar que a cibernética, enquanto ciência do controle, já está muito presente na realidade tributária. Com tal relato será possível visualizar de que maneira esses novos sistemas informáticos revolucionam o modo de o Fisco se relacionar com os seus contribuintes, bem como, evidenciar que esses novos mecanismos de manifestação do poder estatal necessitam de legitimação que não pode se dar apenas às custas do incremento da eficiência arrecadatória. Afinal, “a moral, a lei e a eficiência, cada qual prevalente em determinada época, destacam-se como verdadeiros mitos a serviço desse processo de legitimação simbólica”.²²

Com efeito, esse poder deve-se manifestar sob a perspectiva do equilíbrio entre os direitos fundamentais e o interesse público. A linha defendida segue a esteira do pensamento de Emerson GABARDO, que sustenta que a Constituição de 1988 determina o equilíbrio entre a consagração de direitos e a garantia do bem público; entre a autonomia privada e a intervenção pública; entre um ideário socialista e outro capitalista.²³ Em decorrência, foi preciso avaliar o necessário equilíbrio entre o desenvolvimento tecnológico, a desejável concretização do princípio da eficiência e a consecução do interesse público com o aumento das receitas públicas, mas tudo isso em respeito aos direitos fundamentais.

Em suma, a nova realidade impõe a necessidade de se repensar mais esse fundamento de desigualdade entre cidadão e Estado, onde a única ética que parece prevalecer é a do pretense interesse público a ser satisfeito com o ingresso fiscal, a despeito de como se estabeleceu a relação jurídico-tributária. Não se questiona o fato de que as atividades fiscalizatória e arrecadatória devam contar com instrumentos aptos a aperfeiçoar a sua ação, mas tal atividade não pode, jamais, sacrificar as garantias individuais que alicerçam o ordenamento constitucional-tributário.²⁴ Dito de outro modo, em prol do interesse público o sujeito passivo tem o dever de suportar a

²¹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância ...** Op. cit., p. 142.

²² GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado:** uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP, Manole, 2003, p. 195.

²³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 367.

²⁴ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro:** (administrativo e judicial). 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 230.

fiscalização. Tal limitação, contudo, é relativa, pois cabe ao Fisco respeitar os direitos e garantias individuais. Requer-se, portanto, a observância de valores constitucionais para que o sistema arrecadatório não se transforme no que Emmanuel de Crouy CHANEL denominou de “despotismo” da Administração pública.²⁵

A proposta de estudo, nesse cenário, é, como se depreende, observar a sociedade, a Administração tributária e o cidadão diante das novas tecnologias, não pela tradicional análise dogmática, que se torna limitada frente aos problemas complexos da atual sociedade, mas pela perspectiva da teoria cibernética e dos sistemas sociais autopoieticos. Nessa linha de pensamento, Gladston MAMEDE observa que:

Durante muitos anos (...) acreditou-se que o Direito poderia sobreviver e atender às demandas da sociedade e de sua evolução (...), usando-se apenas de um exame dogmático, baseado na autoridade do autor. (...) Mas, lançando os olhos ao redor, voltando-se pela paisagem social, surge a oportunidade de se perguntar se há realmente uma compatibilidade entre o que é teorizado e discutido nos livros jurídicos e o que é vivido, efetivamente, pelos cidadãos em seu dia-a-dia, no qual a teoria enfrenta a aspereza da realidade.²⁶

A ideia é, portanto, analisar o Direito sem “fechar-se em uma metafísica conceitual”, como recorrentemente, aponta FOLLONI, ocorre com o Direito Tributário que, “ao refugiar-se em abstrações insuscetíveis de crítica”, não se deixa falsear.²⁷ Aliás, o dogmatismo de autoridade, completa MAMEDE, exhibe sinais de senilidade, pois a realidade atual “é mais dinâmica e insiste em fugir ao controle, em marcar o contraste, em escandalizar pelos excessos cruéis, como que exigindo que o conhecimento social humano seja reexaminado”.²⁸ Por isso, a proposta de se fazer uma análise interdisciplinar que envolve noções oriundas da cibernética, da teoria dos sistemas, da sociologia e dos Direitos Tributário, Administrativo e Constitucional para examinar se a eficiência e o interesse público são valores capazes de legitimar a atuação do Estado Fiscal Vigilante.

²⁵ CHANEL, Emmanuel de Crouy. A cidadania fiscal. In: FERRAZ, Roberto. **Princípios e limites da tributação 2**: os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 42.

²⁶ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito**: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 69.

²⁷ FOLLONI, André Parmo. **Ciência do direito tributário no Brasil ...** Op. cit., p. 23.

²⁸ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito ...** Op. cit., p. 12.

INTRODUÇÃO

Um fardo e uma benção; ganhadores e perdedores.

Em Fedro, de PLATÃO, há um diálogo entre Tamus, rei de todo o Egito, e Tot, inventor de muitas coisas, entre as quais o número, o cálculo, a geometria, a astronomia e a escrita. Tot lhe apresentou seus inventos, com a sugestão de serem ensinadas aos egípcios. À certa altura o rei perguntou para que serviam todas elas e conforme Tot ia lhe explicando, o rei Tamus as criticava ou elogiava. Porém, quando chegou na escrita, estabeleceu-se o seguinte diálogo:

Aqui está uma conquista, Majestade, que irá aperfeiçoar tanto a sabedoria como a memória dos egípcios. Descobri uma fórmula segura para a memória e a sabedoria. Ao ouvir essa declaração, Tamus observou: “caro, Tot, o inventor de uma arte não é o melhor juiz para avaliar perdas e ganhos que sua descoberta irá proporcionar aos futuros praticantes. Assim, você que é o pai da escrita, preocupado em oferecer o melhor para os egípcios, atribui a essa arte o contrário daquilo que ela irá provocar. Aqueles que a aprenderem deixarão de exercitar suas memórias e se tornarão desmemoriados, acreditando que a escrita lhes trará a lembrança por meio de sinais externos. Abandonarão, assim, seus próprios recursos internos. O que você descobriu foi uma fórmula para a recordação, não para a memória. O que ofereces aos que estudam é simples aparência do saber. Seus seguidores serão considerados sábios sem o merecerem, pois receberão grande quantidade de informação sem a instrução correspondente. Embora ignorantes, serão contraditoriamente vistos como eruditos. Cultores de um simulacro de sabedoria em vez da verdadeira sabedoria, seus seguidores serão um pesado fardo para a sociedade”.²⁹

Como observa Neil POSTMAN, no julgamento de Tamus existe um erro do qual pode-se aprender algo bastante importante: o erro não estaria na afirmação de que a escrita irá danificar a memória e criar uma falsa sabedoria, mas, sim, na crença de que a escrita não será nada mais do que um pesado fardo para a sociedade. Diz o autor: “apesar de toda a sua sabedoria, o rei não conseguiu ver seus imensos benefícios, ou seja, que é um engano supor que qualquer inovação tecnológica provoca apenas efeitos unilaterais”.³⁰

Álvaro Vieira PINTO, por sua vez, argumenta que a tecnologia é utilizada em diversos contextos históricos como uma “entidade” à qual o homem busca expiar suas culpas. Ela, muitas vezes, é julgada maléfica ou benéfica sem se refletir sobre os atos humanos que estão por detrás. A bomba nuclear de Hiroshima, por exemplo, sob o ponto de vista tecnológico, foi um sucesso. Mas, como afirma o autor, não há sentido algum em atribuir perversidade à tecnologia nuclear, como se ela fosse uma entidade dotada de vida própria, mas sim à utilização que lhe é dada pelo homem.³¹

Não obstante, o mundo está repleto de zelosos Tot, profetas de um olho só que veem apenas o que as novas tecnologias podem fazer e são incapazes de imaginar o que elas irão desfazer.

²⁹ PLATÃO. **Fedro**. Tradução de Carlos Alberto Antunes. 3. ed. Belém: Ed. UFPA, 2011, p. 183.

³⁰ POSTMAN, Neil. **Tecnopólio: a rendição da cultura à tecnologia**. São Paulo: Nobel, 1994, p. 14.

³¹ PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 178.

Tais pessoas “olham para a tecnologia da mesma forma que os amantes percebem seus amados”. De outra parte, outros profetas, também caolhos, têm inclinação para falar apenas em fardos, ao modo de Tamus, e se calam sobre as oportunidades geradas pelas novas tecnologias. Enfim, “a tecnologia dá, a tecnologia tira. Os sábios percebem isso muito bem; raramente ficam impressionados com as mudanças dramáticas provocadas pela tecnologia e jamais se enchem de satisfação”.³²

O mesmo “maravilhamento” de Tot ocorre hoje com o espantoso desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação. É certo que a revolução tecnológica aumenta a eficiência das organizações, amplia o acesso à informação, facilita o processo democrático e cria imensas outras oportunidades. Por outro lado, ao modo de Tamus, pode-se verificar, por exemplo, que se ampliam as possibilidades de interferência na privacidade das pessoas, com as videocâmeras de segurança, rastreadores de internet, bancos de dados pessoais de consumo, bancos de dados de empregados que reclamam na Justiça do Trabalho, etc.³³

A preocupação com a privacidade, anota Stefano RODOTÀ, “nunca foi tão grande como no presente e presume-se destinada a crescer no futuro”, resultado de preocupações que são determinadas não só pelas múltiplas aplicações das tecnologias da informação, mas, também, pelo modo como tais tecnologias contribuem para “construir” a esfera privada. Isso ocorre devido à diminuição da necessidade de se estabelecer certos contatos sociais cotidianos graças ao teletrabalho, às videoconferências, às compras à distância, aos *home banking* e, sobretudo, pelo fato de as tecnologias substituírem uma série de atividades de convivência interpessoal. A crescente possibilidade de o indivíduo fechar-se na “fortaleza eletrônica” oferece apenas a ilusão de um fortalecimento da esfera privada. Na verdade, o indivíduo se encontra na situação de ver rompido o liame social com o seu semelhante. Na “aldeia global” aumenta a sensação de autossuficiência, mas também a separação em relação ao outro. Deterioram-se as tradicionais formas de controle social, cujo lugar é assumido por controles mais penetrantes, tornados possíveis pelo tratamento eletrônico das informações. Daí deriva a necessidade de fortalecimento contínuo da proteção jurídica dos indivíduos e da ampliação das fronteiras do direito à privacidade.³⁴

No caso das Administrações tributárias ocorre o mesmo fenômeno. É possível, com os modernos sistemas informáticos, ampliar o controle tributário sobre milhões de contribuintes, transferir aos sujeitos passivos a tarefa de disponibilizar aos Fiscos as mais variadas informações econômico-fiscais e lhes imputar os custos financeiros oriundos da necessidade de desenvolverem sistemas de processamento de dados para tanto. Em síntese, a vida privada dos cidadãos torna-se mais acessível e a sua liberdade mais vigiada. Com a informatização dos Fiscos, as pessoas estão

³² POSTMAN, Neil. **Tecnopólio ...** Op. cit., p. 14/15.

³³ RIBEIRO, Marcelo Miranda. Leviatã fiscal: uma análise crítica do panóptico tributário. **Revista SJRJ – Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2012, vol. 19, n. 33, p. 100.

³⁴ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 94-5.

sujeitas a mais exames e possuem tarefas cada vez mais complexas e custosas. Por outro lado, amplia-se a oferta de serviços, via *web*, aos cidadãos, torna-se possível a elaboração de instrumentos de controle do cidadão sobre os atos da Administração tributária, aumenta-se a eficiência do órgão arrecadador, etc. Com efeito, na linha do que diz POSTMAN, “toda tecnologia tanto é um fardo como uma benção; não uma coisa ou outra, mas sim isto e aquilo”.³⁵

O diálogo de Fedro chama atenção também para duas outras importantes questões: o problema da cidadania eletrônica e a questão da ampliação do poder dos detentores do saber tecnológico. Afirma Tot, o inventor, que os discípulos do rei Tamus irão ganhar uma imerecida reputação de sabedoria, uma vez que cultivarão uma importante competência ao aprenderem utilizar as novas tecnologias. De fato, aqueles que dominam as tecnologias acumulam novos poderes. De outro lado, aqueles que não a conhecem são vítimas de mais um importante fator de desigualdade social, vale dizer, os benefícios das novas tecnologias não são distribuídos igualmente. Há, sempre, ganhadores e perdedores. Porém, “é intrigante e, ao mesmo tempo, doloroso verificar que os perdedores, excluídos por ignorância, aplaudem os ganhadores”.³⁶

Em síntese, a tecnologia, por si só, não é boa, nem má. Não se deve analisá-la apenas sob a perspectiva dela ser capaz de fazer as coisas maiores, melhores, mas rápidas ou mais bonitas, pois, inversamente, é apta, também, a produzir destruição, poluição ou ser totalitária. De todo o modo, se não é boa, nem má, neutra também não é. Portanto, concorda-se com Herbert MARCUSE que defende a tese de que a noção tradicional de neutralidade da tecnologia não pode ser mais sustentada, pois ela não pode ser isolada do uso que lhe é dado. Segundo o autor, o desenvolvimento da tecnologia repõe a dominação social, de modo que se torna difícil acreditar que a tecnologia é neutra se a racionalidade presente nesta é a dos setores dominantes da sociedade.³⁷

Enfim, há tempos a ciência não mais incorpora “o mito de um progresso sempre benéfico. Ressurge a imagem de uma ciência bifronte como o deus Janus, portadora do bem ou do mal de acordo com a vontade de quem a utiliza e dos contextos nos quais é aplicada”.³⁸ Dessa consciência, “nasce a imagem que acompanhará, daqui por diante, os discursos sobre os efeitos sociais das tecnologias: a do deus bifronte, Janus”.³⁹ Sob tal perspectiva é que se pretende analisar o poder e a legitimidade da Administração tributária diante dos fenômenos tecnológico e cibernético, os quais propiciaram o surgimento da sociedade de controle e do Estado fiscal vigilante.

³⁵ POSTMAN, Neil. **Tecnopólio ...** Op. cit., p. 14.

³⁶ POSTMAN, Neil. **Tecnopólio ...** Op. cit., p. 18/19.

³⁷ MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1969, p. 152.

³⁸ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância ...** Op. cit., p. 142.

³⁹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância ...** Op. cit., p. 41. Segundo a mitologia romana, o deus Jano (em latim *Janus*), que deu origem ao nome do mês de Janeiro, tem duas faces, uma olhando para frente e outra para trás. Era considerado a divindade guardiã das portas, já que estas se voltam para os dois lados. Por isso, é considerado um deus bifronte. BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis** (a idade da fábula). São Paulo: M. Claret, 2006, p. 17.

1 CIBERNÉTICA: A CIÊNCIA DO CONTROLE

Em 1948, o matemático Norbert WIENER publicou a obra “*Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*”, livro que desenvolveu a ideia de uma nova ciência: a Cibernética. A sua concepção fundamental era a de que certas funções de controle e de processamento de informações são semelhantes em máquinas e seres vivos, sendo redutíveis aos mesmos modelos e leis matemáticas. Segundo o autor, a Cibernética seria um campo que inclui não apenas o estudo da linguagem, mas também o das mensagens como meios de dirigir as máquinas, a sociedade, o desenvolvimento de computadores e outros autômatos, assim como serviria para reflexões acerca da psicologia, do sistema nervoso e dos sistemas sociais, entre outras áreas.⁴⁰ Portanto, a teoria cibernética destinava-se tanto à explicação de fenômenos biológicos observados no ser vivo, quanto à análise do comportamento humano na sociedade.⁴¹

A proposta da nova ciência “consistia em impulsionar o desenvolvimento das máquinas computacionais através de um estudo comparativo com o funcionamento do sistema nervoso humano”.⁴² WIENER utilizou o termo “cibernética” para denominar esse novo campo do conhecimento, pois “não havia palavra específica para designar este complexo de idéias e para abarcar todo o campo com um único termo”. Tal palavra, derivada do vocábulo grego *kubernetes*, era utilizada, até então, para denominar o piloto do barco, aquele que corrige constantemente o rumo do navio para compensar as influências do vento e do movimento das águas.⁴³

Entretanto, não foi WIENER o primeiro a utilizar o termo. Etimologicamente, a palavra teve sua origem no século VI a.C., quando a mitologia grega conta que Teseu fez uma viagem à Creta conduzido por dois pilotos de barco pelo mar. Para glorificar o feito, Teseu instituiu uma festa aos cibernéticos, os pilotos do mar.⁴⁴ Posteriormente, Platão (427-347 a.C.) utilizou a palavra *kybernytiky* em seus diálogos “Alcebiades” e “Górgias” com o sentido da arte de dirigir navios, em “Cítofo” com o significado da arte de dirigir homens e na “República”, significando o ato de governar.⁴⁵ Em 1834, Àmpere (1755-1836), “em seu *Ensaio Sobre a Filosofia da Ciência*, usou o termo *cybernétique* para designar a ciência do governo civil”.⁴⁶

⁴⁰ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos**. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1954, p. 15.

⁴¹ COUFFIGNAL, Louis. **A cibernética**. Tradução Raimundo Rodrigues Pereira. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1966, p. 14.

⁴² PIMENTEL, Alexandre Freire. **O Direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 64.

⁴³ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 15.

⁴⁴ CHIAVENATO, Idalberto. Tecnologia e administração: criando a infra-estrutura da empresa. In: _____. **Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 414.

⁴⁵ FRANK, Helmar G. **Cibernética e filosofia**. Tradução Celeste Aída Galeão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1970, p. 24.

⁴⁶ DECHERT, Charles R. O desenvolvimento da cibernética. In: DECHERT, Charles R. (org.). **O impacto**

Portanto, Cibernética significa, originalmente, a arte de conduzir navios por meio da comunicação e do controle. Daí resulta o significado, nos dizeres de Niklas LUHMANN, daquele que “conduz um barco de maneira estável, frente às situações variáveis de vento e mar”.⁴⁷ Com efeito, entre o capitão que diz aonde ir e o timoneiro que manobra o leme, há o piloto que determina a cana a usar: o capitão fixa o objetivo, o timoneiro executa a ordem, o piloto escolhe o programa e dá as ordens ao timoneiro, ou seja, o piloto faz cibernética.⁴⁸ Vale dizer, é o piloto quem deve corrigir o rumo, que é afetado pelos ventos e correntes marítimas, ou seja, a cada instante decide por modificações no timão, nas velas e nos remos, que compensarão os desvios produzidos. O piloto, contudo, não é a instância que decide o destino do navio; apenas utiliza uma racionalidade a serviço do responsável pela viagem.⁴⁹ Enfim, é o piloto que transforma a mensagem dada pelo capitão (o roteiro desejado) em decisões face às informações obtidas no meio exterior (ventos, correntes marítimas) para o timoneiro.⁵⁰

Transpondo essa noção para o corpo humano, WIENER fez referência às funções cibernéticas do cerebelo, órgão responsável em enviar ordem aos músculos para que um dado gesto seja executado sem comprometer o equilíbrio do corpo. Similarmente, há também órgãos cibernéticos nas máquinas. Um exemplo é o regulador de Watt de máquinas a vapor que comanda o fluxo de vapor de maneira que a velocidade de rotação da máquina permaneça constante.⁵¹

A Cibernética tem, por isso, sido aceita como uma ciência apta a propiciar o entendimento das teorias de funcionamento tanto das máquinas, quanto do comportamento dos seres humanos e das sociedades. Isso ocorre devido à relação indissociável que existe entre comunicação e controle. Na Cibernética, a mensagem é o elemento central: quando alguém comunica, transmite uma mensagem; quando comanda também transmite uma mensagem. Ambos, controle e comunicação, estão centrados em torno da noção fundamental da mensagem, seja ela transmitida por meios elétricos, mecânicos ou nervosos.⁵² Em função disso, sustenta WIENER, a “sociedade só pode ser compreendida através de um estudo das mensagens e das facilidades de comunicação de que disponha”.⁵³

Por isso, a Cibernética, “originalmente entendida como a arte de conduzir a navegação, transforma-se, de modo generalizado, na arte da condução dos sistemas técnicos e, sobretudo, dos

social da cibernética. Tradução Adilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Bloch, 1970, p. 21.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 69.

⁴⁸ COUFFIGNAL, Louis. **A cibernética.** Op. cit., p. 24/25.

⁴⁹ EPSTEIN, Isaac. **Cibernética.** São Paulo: Ática, 1986, p. 8.

⁵⁰ FRANK, Helmar G. **Cibernética e filosofia.** Op. cit., p. 26.

⁵¹ COUFFIGNAL, Louis. **A cibernética.** Op. cit., p. 25.

⁵² VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência.** 8. ed. Campinas: Papirus, 2009, p. 217.

⁵³ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 16.

sistemas sociais”.⁵⁴ Também o Direito, como se demonstrará, por comandar a ação do homem pela comunicação e pelo controle, pode ser considerado um sistema cibernético. Assim, no exemplo dado por Mario LOSANO, toda vez que um crime é cometido, o equilíbrio social é alterado. A pena aplicada ao autor do crime busca restabelecer o equilíbrio social,⁵⁵ ou seja, funciona como um mecanismo regulador do equilíbrio social, de modo a possuir uma função cibernética.

Caberia à Cibernética, então, estudar o que há de comum nos diversos mecanismos de controle. Porém, ela não tem por objeto apenas o estudo das informações ou mensagens, mas, fundamentalmente, das mensagens que implicam um comando, ou seja, daquelas que visam a modificar o comportamento de quem as recebe.⁵⁶

Nesse contexto, pode-se definir Cibernética como a ciência que visa “a controlar a comunicação nos seres vivos, na sociedade e nas máquinas”, tendo como principal atividade a “eficácia dos meios de controle”.⁵⁷ Na lição de Helmar FRANK, a Cibernética, ao compreender os processos de transformação da informação e sua concretização em processos físicos, psicológicos ou fisiológicos, é “a teoria ou técnica das mensagens e dos sistemas de processamento de mensagens”.⁵⁸ Já na concepção de LOSANO, a Cibernética “indica a arte de governar”;⁵⁹ para COUFFIGNAL “é a arte de tornar a ação eficaz”;⁶⁰ na doutrina de VASCONCELLOS é a “teoria dos sistemas de controle baseados na transferência de informação”;⁶¹ na lição de Philippe BRETON, a criação de Wiener apresenta-se como um “método de compreensão dos fenômenos naturais e artificiais que se apoiam essencialmente no estudo dos processos de comunicação e de controle entre os seres vivos e as máquinas, mas também nos processos sociais”;⁶² e para BERTALANFFY “é uma teoria dos sistemas de controle baseada na comunicação (transferência de informação) entre o sistema e o meio e dentro do sistema, e do controle da função dos sistemas com respeito ao ambiente”.⁶³

Como se vê, na teoria cibernética estão presentes, sistematicamente, os termos máquina, informação, comunicação e sistemas, todos convergindo para a noção indissociável entre controle e automação.⁶⁴ Em suma, Cibernética é a arte de controlar os homens na sociedade, visando a tornar a ação de controle eficaz pela utilização de sistemas de processamento automáticos de informações.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 69.

⁵⁵ LOSANO, Mario G. **Lições de informática jurídica**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974, p. 28.

⁵⁶ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 15-17.

⁵⁷ PIMENTEL, Alexandre Freire. **O Direito cibernético ...** Op. cit., p. 80/81.

⁵⁸ FRANK, Helmar G. **Cibernética e filosofia**. Op. cit., p. 27.

⁵⁹ LOSANO, Mario G. **Lições de informática jurídica**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974, p. 10.

⁶⁰ COUFFIGNAL, Louis. **A cibernética**. Op. cit., p. 24.

⁶¹ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico ...** Op. cit., p. 217.

⁶² BRETON, Philippe. **Historia da informática**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista - Campus Marília, 1991, p. 157.

⁶³ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 43.

⁶⁴ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder: uma visão cibernética do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 102.

1.1 FEEDBACK, ENTROPIA E HOMEOSTASE: NOÇÕES CIBERNÉTICAS ESSENCIAIS

Iniciada a segunda guerra mundial, WIENER foi designado para trabalhar num projeto de defesa antiaérea. Nesse trabalho, se interessou particularmente pelo princípio denominado *feedback* (retroalimentação ou retroação). Este consiste, basicamente, em realimentar o sistema com as informações sobre o próprio desempenho realizado a fim de compensar os desvios em relação ao desempenho desejado. Nas máquinas controladas por *feedback* é indispensável a existência de detectores que façam papel de órgãos sensórios, de forma que as informações coletadas possam ser confrontadas com o padrão de desempenho programado. A diferença entre o desempenho realizado e o esperado é transformada na informação que o mecanismo de compensação utilizará para trazer o desempenho futuro para valores mais próximos do padrão esperado.⁶⁵

No exemplo de Fritjof CAPRA, um mecanismo de *feedback* está em ação quando se aprende a andar de bicicleta. No início da aprendizagem é difícil monitorar a realimentação a partir das contínuas mudanças de equilíbrio e dirigir a bicicleta de acordo com essas mudanças. Por isso, a roda dianteira do principiante tende a oscilar fortemente. Porém, à medida que a habilidade aumenta, o cérebro monitora, avalia e responde automaticamente à realimentação, de modo que as oscilações da roda dianteira se suavizam até cessar, num movimento em linha reta.⁶⁶

Feedback, portanto, é “a capacidade de ajustar a conduta futura em função do desempenho pretérito”.⁶⁷ Trata-se de uma retroalimentação de informações, na qual a saída gerada passa a ser entrada para outro sistema, ou para o próprio sistema que a originou, estabelecendo uma forma de interação.⁶⁸ Na definição de Theodore ROSZAK, “é a habilidade de uma máquina para utilizar os resultados de sua própria *performance* como informação auto-reguladora, ajustando assim a si mesma como parte do processo em andamento”.⁶⁹ Num sentido mais amplo, “significa o transporte de informações presentes nas proximidades do resultado de qualquer processo, ou atividade, de volta até sua fonte”.⁷⁰ É, em consequência, o elemento “que permite o controle da máquina, com base no seu desempenho efetivo, para que realize seu desempenho previsto”.⁷¹ Para Wiener, ensina ROSZAK, o “*feedback* era mais do que um ardil mecânico inteligente; ele o considerava como uma característica essencial da mente e da vida. Tudo o que é vivo pratica

⁶⁵ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 24/25.

⁶⁶ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** Cultrix: São Paulo, 2006, p. 60.

⁶⁷ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 33.

⁶⁸ EPSTEIN, Isaac. **Cibernética.** Op. cit., p. 34.

⁶⁹ ROSZAK, Théodore. **O culto da informação.** Tradução de José Luiz Aidar. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 26.

⁷⁰ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 59.

⁷¹ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico...** Op. cit., p. 213/214.

alguma forma de *feedback*, à medida que se adapta ao seu meio ambiente”.⁷² Em síntese, um sistema dispõe de dispositivos de retroalimentação quando produz uma ação em resposta à entrada de informação e inclui o resultado da própria ação na nova informação pela qual seu comportamento posterior é modificado. Por isso, pode-se concluir que a retroalimentação, ou *feedback*, é uma importante noção para se modelar as máquinas, os indivíduos e os sistemas sociais.

A retroalimentação pode ser positiva ou negativa. A negativa refere-se aos processos pelos quais as informações sobre as consequências das decisões e a implementação das atividades são trazidas de volta ao sistema de forma a alterar o comportamento deste com vistas à consecução dos objetivos determinados. Sua função consiste em regular a força estabilizadora, mantendo o sistema em estado de equilíbrio. Já o *feedback* positivo ocorre quando as informações retornadas ao sistema catalisam ações que constituem um incremento da ação original. A consequência é um fenômeno de amplificação que se autoalimenta.⁷³

No *feedback* negativo, a informação atua no sentido de reduzir o desvio. A ideia está associada à manutenção do equilíbrio do sistema. Por isso, esse tipo de *feedback* é um mecanismo homeostático, ou seja, um mecanismo que atua para manter a forma de funcionamento de um sistema.⁷⁴ São exemplos de sistemas com atuação deste tipo de *feedback* o corpo humano, o sistema ecológico, as organizações sociais, os quais contêm sofisticados dispositivos de controle retroativo, destinados a manter numerosas variáveis dentro de certos limites.⁷⁵

CAPRA aduz que ao longo da história das ciências sociais numerosas metáforas foram utilizadas para descrever processos autorreguladores na vida social. Um dos mais conhecidos, diz o autor, é o da “mão invisível” do mercado na teoria econômica de Adam Smith, ou os sistemas de controle mútuo das instituições governamentais na Constituição dos EUA, ou, ainda, a interação entre tese e antítese na dialética de Hegel e de Marx. Para o referido autor, “os fenômenos descritos nesses modelos implicam padrões circulares de causalidade que podem ser representados por laços de realimentação”.⁷⁶

O *feedback* negativo está relacionado, em consequência, a processos morfoestáticos (manutenção da mesma forma), resultantes de uma retroalimentação autorreguladora, a qual conduz o sistema de volta a seu estado de equilíbrio homeostático, otimizando a obtenção da meta. Estes processos são inerentes à capacidade de autoestabilização do sistema, que é uma situação possível graças aos mecanismos de retroalimentação: recebendo informação sobre os resultados de seu desempenho passado, o sistema torna-se capaz de ajustar sua conduta futura.⁷⁷

⁷² ROSZAK, Théodore. **O culto da informação**. Op. cit., p. 12.

⁷³ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 108.

⁷⁴ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico ...** Op. cit., p. 222-3.

⁷⁵ EPSTEIN, Isaac. **Cibernética**. Op. cit., p. 34.

⁷⁶ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 64.

⁷⁷ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico ...** Op. cit., p. 220 e 225.

O *feedback* positivo, por sua vez, tem o efeito de aumentar a amplitude do desvio. Neste tipo de retroação, a parte do produto do sistema que é reintroduzida como informação provoca ampliação do desvio do *output* do sistema em relação às tendências que o vinha caracterizando até então. Intensificam-se, pois, os efeitos do processo, criando-se um círculo vicioso, o que pode conduzir o sistema a uma mudança: ou produz a ruptura do sistema, se seus parâmetros não comportarem grandes desvios; ou produz mudanças qualitativas em seu funcionamento, se suas características comportarem uma evolução qualitativa para novas formas de funcionamento.⁷⁸ A retroalimentação positiva é, portanto, “um fenômeno de amplificação que se auto-alimenta”, de modo que os sistemas que exibem este tipo de retroação tendem à desorganização terminal, ou, em certos casos, encontram uma estabilidade em outro patamar.⁷⁹

Os processos que ocorrem nesse tipo de *feedback* são chamados de morfogenéticos, pois são resultantes de uma retroalimentação amplificadora de desvios, que pode, caso não produza a destruição do sistema, levá-lo a um novo regime de funcionamento. Estão, portanto, relacionados à capacidade de automudança do sistema.⁸⁰ Um exemplo desse tipo de *feedback* é uma situação que pode ocorrer em dado ecossistema, no qual cada espécie tem potencial para experimentar um crescimento exponencial de sua população. Essa tendência, entretanto, é controlada graças às interações equilibradoras que operam internamente. Crescimentos exponenciais só aparecerão quando o ecossistema for seriamente perturbado. Então, algumas plantas se converterão em ervas daninhas, alguns animais se tornarão pestes e outras espécies serão exterminadas, e, dessa maneira, o equilíbrio de todo o sistema será ameaçado.⁸¹

O *feedback* morfogenético não está relacionado, portanto, à estabilidade do sistema, mas às mudanças que um sistema pode suportar: que quantidade de transformações é possível introduzir sem colocá-lo em risco? Duas questões exemplificam bem esses processos. No que tange ao Estado do bem-estar social a questão que se coloca é: até onde é possível o aumento das compensações do Estado, as quais exigem incremento progressivo de política tributária impositiva? No caso dos problemas ecológicos, até onde é possível o crescimento da população humana sem a ruptura de importantes processos ecológicos?⁸²

Esse segundo tipo de cibernética, aponta CAPRA, não foi estudado pelos primeiros ciberneticistas, embora já fosse conhecido a centenas de anos, na linguagem coloquial, como “círculo vicioso”, metáfora que descreve uma má situação que é piorada ao longo de uma sequência circular de eventos. Os primeiros ciberneticistas concentraram seus estudos nos processos autorreguladores homeostáticos presentes nos organismos vivos. Somente na década de 1960, o

⁷⁸ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico ...** Op. cit., p. 223.

⁷⁹ EPSTEIN, Isaac. **Cibernética.** Op. cit., p. 40/41.

⁸⁰ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico ...** Op. cit., p. 225.

⁸¹ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 65.

⁸² LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Op. cit., p. 71.

antropólogo e ciberneticista Magoroh Maruyama empreendeu o estudo dos processos de realimentação de autorreforço.⁸³ Como ensina Isaac EPSTEIN, “a arte de governar navios (ou o Estado), tal como foi descrita por Platão, é essencialmente morfoestática”. Corresponde ao que Maruyama denominou de primeira cibernética. A segunda, a da morfogênese, é a dos processos autoamplificadores que conduzem às mudanças.⁸⁴

Segundo MARUYAMA, desde a sua criação a Cibernética foi identificada como uma ciência do equilíbrio de sistemas. Termostatos, regulação fisiológica da temperatura do corpo, dispositivos de direção automática, processos econômicos e políticos foram estudados sob um modelo matemático de neutralização de desvios em redes de retroalimentações. Porém, ao focar apenas este aspecto, ela deixou de analisar os sistemas com relações causais. Enfim, a cibernética de primeira ordem, ou morfoestática, não era apta a estudar, por exemplo, os sistemas de acumulação de capital, evolução de organismos vivos, a emergência de culturas de vários tipos, processos interpessoais que produzem doenças mentais, conflitos internacionais, ou seja, todos aqueles processos relacionados aos chamados de “círculos viciosos”; simplificando, todos os processos de relação causal mútua que amplificam um impulso inicial e que constrói desvios e divergências de suas condições iniciais.⁸⁵

Um modelo de aplicação do *feedback* morfogenético, por sua vez, explica MARUYAMA, ocorre no âmbito da política do *laissez-faire* e do livre jogo das forças do mercado: as poucas pessoas privilegiadas tendem a acumular mais riqueza e poder. Por outro lado, baixo padrão de vida, saúde precária, baixa eficiência no trabalho, discriminação racial ou social são fatores que agravam-se uns aos outros e, portanto, se adicionam ao “círculo vicioso”. Da mesma forma, entre as nações do mundo, o livre comércio de bens industriais é lucrativo para os países ricos. Por isso, a reformulação morfogenética da teoria econômica pode afetar as políticas públicas de condução da economia nos países subdesenvolvidos.⁸⁶

Trazendo tais ideias para as organizações sociais, EPSTEIN aduz que o sistema social é sustentado por tradições, repressões, interesses e valores que são introjetados nas pessoas. A sua representação visível dá-se na forma das práticas correntes nas instituições, dos conflitos entre grupos ou classes sociais e que mostram cooperação e competição, alianças e conflitos. Estas organizações mostram graus variáveis de flexibilidade e adaptabilidade. Possuem dispositivos que absorvem ruídos ou desvios; em certas situações estes mesmos fatores podem, no entanto, ser responsáveis por mudanças. Tanto a permanência como a transformação depende, em última

⁸³ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 65.

⁸⁴ EPSTEIN, Isaac. **Cibernética.** Op. cit., p. 16.

⁸⁵ MARUYAMA, Magoroh. The second cybernetics: deviation-amplifying mutual causal processes, **American Scientist**, 5:2, pp. 164-79, 1963. Disponível em: <http://cleamc11.vub.ac.be/books/maruyama-secondcybernetics.pdf>. Acesso em 12/07/2012. p. 164.

⁸⁶ MARUYAMA, Magoroh. The second cybernetics ... Op. cit., p. 165.

análise, de uma multiplicidade de fatores que interagem em certo momento histórico. A evolução, nesse cenário, nada mais é do que integração de um elemento novo que, por isto, representa uma desordem porque perturba sua autopropriedade invariante. Em outras palavras, quando os mecanismos de *feedback* negativo não conseguem compensar os desvios, “os sistemas sociais mudam, buscando novos níveis homeostáticos de organização, nos quais a sua operacionalidade mostre-se viável”.⁸⁷

Em suma, todo o sistema apresenta dois modos fundamentais de funcionamento: a tendência homeostática e a capacidade de transformação. O primeiro assenta-se sobre ciclos de retroação negativos e caracteriza-se pela estabilidade ao corrigir os efeitos dos fatores que podem modificar o equilíbrio do sistema. O segundo modo estrutura-se sobre ciclos positivos e caracteriza-se pelo crescimento ou rompimento do sistema.⁸⁸ Porém, os *feedbacks* positivo e negativo somente aparentemente são tipos opostos. Eles têm uma característica em comum: os elementos dentro do sistema influenciam-se recíproca e alternativamente. A diferença entre os dois tipos de sistemas é que o primeiro tem mútuos *feedbacks* negativos entre os seus elementos, enquanto o segundo tem mútuos *feedbacks* positivos entre os seus. Em conclusão, ambos os sistemas têm mútuas relações causais em seu interior, de modo que ambos podem ser estudados pela cibernética.⁸⁹

A evolução das espécies é um ótimo exemplo de um sistema que tem, ao mesmo tempo, aspectos morfoestáticos e morfogenéticos. Os primeiros são representados pela constância na transmissão genética invariante; os outros, pela incorporação e seleção das variações aleatórias produzidas pelas mutações e recombinações de genes. Ao nível da evolução das espécies propriamente dita, o sistema é morfogênico. Por isso, estes dois tipos de retroação são complementares. O equilíbrio e a organização só podem ser mantidos pela retroação negativa. Toda retroação positiva tem um aspecto desintegrador, mas, ao mesmo tempo, tem um papel importante na criação de novos equilíbrios e novas organizações.⁹⁰

O conceito de entropia, a seu turno, surgiu para indicar a medida da perda de energia em processos físicos irreversíveis. Pela segunda lei da termodinâmica, a quantidade de calor na qual se transformou certa quantidade de trabalho não pode ser recuperada na mesma quantidade de trabalho originária. Esse consumo de energia, como um processo irreversível, indica uma tendência da natureza a estados mais uniformes, ou seja, a uma uniformidade térmica, a um caos indiferenciado, sendo a entropia a sua medida estatística.⁹¹

Explica CAPRA que de acordo com a segunda lei da termodinâmica há uma tendência

⁸⁷ EPSTEIN, Isaac. **Cibernética**. Op. cit., p. 14/15 e 19.

⁸⁸ CENTENO, Maria João. **O conceito de comunicação na obra de Bateson**: interação e regulação. Covilhã, Portugal: Labcon, 2009, p. 47.

⁸⁹ MARUYAMA, Magoroh. The second cybernetics ... Op. cit., p. 165.

⁹⁰ EPSTEIN, Isaac. **Cibernética**. Op. cit., p. 14 e 43.

⁹¹ PIGNATARI, Décio. **Informação, linguagem, comunicação**. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2002, p. 56.

nos fenômenos físicos da ordem para a desordem. Qualquer sistema físico isolado se encaminhará espontaneamente em direção a uma desordem sempre crescente. Para expressar essa direção na evolução dos sistemas físicos em forma matemática os físicos introduziram a quantidade denominada “entropia”. Esta, considerada uma medida de desordem, introduziu a ideia de processos irreversíveis, de uma “seta do tempo” na ciência.⁹²

A entropia é noção fundamental na teoria cibernética, pois significa que partes do sistema perdem a comunicação entre si, fazendo com que o sistema perca energia e informação e se degenere. Por isso, se a entropia é um processo pelo qual um sistema tende à exaustão, à desorganização e à desintegração, para sobreviver o sistema precisa abrir-se e reabastecer-se de energia e de informação a fim de manter sua estrutura. Entropia é, enfim, um conceito que relaciona ordem e caos. Caracteriza o processo de esgotamento de energia em um sistema, ou seja, com o seu aumento todos os sistemas fechados tendem naturalmente a se deteriorar, a passar de um estado de organização a um estado de caos.⁹³

Na teoria cibernética, as ordens de comando, por via das quais se exerce o controle sobre o meio ambiente, são uma espécie de informação que se transmite. Como qualquer outro tipo de informação, essas ordens estão sujeitas à desorganização em trânsito. Geralmente, chegam a seu destino de forma menos coerente do que quando foram emitidas. Esta é a noção de entropia, ou seja, a tendência natural à desorganização.⁹⁴

Como se vê, WIENER generalizou o conceito de entropia, originado das ciências físicas, relacionando-o com o de informação.⁹⁵ Como a entropia é uma medida de desorganização, a informação transmitida por um conjunto de mensagens é uma medida de organização.⁹⁶ É possível, pois, interpretar a informação conduzida por uma mensagem como sendo o negativo de sua entropia.⁹⁷ Na teoria cibernética, a função dos mecanismos de retroalimentação é, portanto, a de controlar a tendência mecânica para a desorganização, ou, em outras palavras, a de produzir uma inversão da direção normal da entropia. A tese de WIENER é a de que tanto o indivíduo, como as sociedades em geral e as máquinas são similares no esforço de dominar a entropia através da realimentação de informações.⁹⁸ Importante aplicação do conceito de entropia nos sistemas sociais é o reconhecimento de que o homem tem acelerado o processo de entropização do ambiente, ou seja, de degradação da energia, o que fundamenta os movimentos atuais de conscientização ecológica.⁹⁹

Relacionado ao conceito de entropia, a Cibernética utilizou também a noção biológica

⁹² CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 54.

⁹³ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 14.

⁹⁴ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 17

⁹⁵ PIGNATARI, Décio. **Informação, linguagem, comunicação.** Op. cit., p. 56.

⁹⁶ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 28.

⁹⁷ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 21.

⁹⁸ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 24-26.

⁹⁹ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico ...** Op. cit., p. 121.

de homeostase, a qual diz respeito à faculdade que um organismo vivo tem em se manter relativamente constante em certo estado de equilíbrio.¹⁰⁰ Os ciberneticistas “reconheceram a realimentação como o mecanismo essencial da homeostase, a auto-regulação que permite aos organismos vivos se manterem num estado de equilíbrio dinâmico”.¹⁰¹

A homeostase, no entanto, não está presente apenas em fenômenos biológicos. Uma grande variedade de sistemas na tecnologia, na natureza e nas organizações sociais segue o esquema de retroação à busca da manutenção do equilíbrio.¹⁰² Há, desse modo, estreita analogia entre organismos vivos e sistemas sociais, a qual permitiu a transferência do conceito para a sociedade.¹⁰³ Para WIENER, homeostase é o “processo pelo qual nós, seres vivos, resistimos ao fluxo geral de corrupção e desintegração”.¹⁰⁴ Daí a noção de que a retroalimentação, e a conseqüente autorregulação, é o elemento a garantir a estabilização dos sistemas mecânicos e da sociedade para corrigir os desvios em relação a um estado a ser mantido, ou seja, para a conservação da homeostase.¹⁰⁵ Homeostase é, portanto, “o estado de menor tensão de um organismo”.¹⁰⁶

Tal fenômeno também ocorre com as organizações sociais. EPSTEIN observa que os sistemas sociais abominam a desordem, razão pela qual, quando desestabilizados, buscam novos patamares homeostáticos de equilíbrio. Segundo aponta o autor, os mecanismos homeostáticos de manutenção da organização nos grupos sociais são muito poderosos. Além dos dispositivos específicos de repressão, há que se considerar os desvios como ameaça ao seu funcionamento, ao equilíbrio mantido pelas expectativas, valores e desempenhos da maioria dos participantes.¹⁰⁷

Em síntese, o *feedback* é essencial para que a tendência entrópica seja controlada em todo e qualquer sistema, de modo que, por tal mecanismo, se consegue a sua homeostase ou equilíbrio. A entropia e a homeostase representam a luta, mediada pelo *feedback*, entre desorganização e (re)organização. Tais conceitos – homeostase, *feedback* e entropia – estão, portanto, relacionados aos sistemas abertos, os quais buscam evitar o aumento da desordem (ou da entropia) para se desenvolverem em direção a um estado crescente de ordem e organização. Tais conceitos, como será visto no tópico relativo à teoria geral dos sistemas, podem ser aplicados a sistemas com níveis de complexidade absolutamente díspares, do indivíduo ao sistema social.

¹⁰⁰ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 107.

¹⁰¹ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 61.

¹⁰² BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 64.

¹⁰³ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 107.

¹⁰⁴ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 94.

¹⁰⁵ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico ...** Op. cit., p. 221.

¹⁰⁶ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 107.

¹⁰⁷ EPSTEIN, Isaac. **Cibernética.** Op. cit., p. 17/18.

1.2 INFORMAÇÃO, COMUNICAÇÃO E CONTROLE

O *feedback*, como visto, é elemento central da Cibernética. Sua matéria-prima é a informação, a qual permite que o sistema ajuste seu comportamento futuro em virtude de seu desempenho pretérito. O mecanismo de autorregulação dos sistemas opera pela retroalimentação de informações, na qual a saída gerada passa a ser entrada para outro sistema, ou para si próprio, estabelecendo uma forma de circularidade. Portanto, é a informação que permite o controle das máquinas, dos seres vivos, da sociedade e dos sistemas em geral. Enfim, o *feedback* é um mecanismo informacional, responsável pelo controle, no sentido de comando ou pilotagem.¹⁰⁸

Desse modo, ao comandar o *feedback*, a informação envolve um processo de redução da incerteza ao diminuir a entropia. Como diz WIENER, “assim como a entropia é uma medida de desorganização, a informação conduzida por um grupo de mensagens é uma medida de organização”.¹⁰⁹ Por isso, “a grandeza informação é definida por uma expressão formalmente idêntica à entropia negativa”.¹¹⁰ Desse modo, a manutenção da estabilidade evita o aumento da entropia e pode ser desenvolvida em direção a estados de uma ordem e organização maiores, como é o caso da evolução das espécies. Então, se a entropia é uma medida de desordem, a “neguentropia” ou informação é uma medida de ordem e organização.¹¹¹

A informação é, assim, o termo que designa o conteúdo daquilo que se permuta com o mundo exterior, processo responsável pelo ajuste do ser humano às contingências do meio ambiente.¹¹² Por isso, a noção de informação desempenha um importante papel na cibernética. De fato, todos os processos de controle se verificam em comunicação de informação mediante o uso de mensagens adequadas e veiculadas por um canal de comunicação. A mensagem é o invólucro da informação. Em função disso, a Cibernética, como ciência que cuida dos processos de elaboração, transmissão, recepção, transformação e armazenamento de informação,¹¹³ visa assegurar a estabilidade e a eficiência de um sistema, regulando a informação recebida e redistribuindo-a no seu interior, de modo a desenvolver ações em função dessas informações. O modelo proposto é, por conseguinte, circular, na medida em que todo o efeito retroage sobre a sua causa.¹¹⁴

A informação é, em síntese, o elemento de controle, ou autorregulação, de um sistema, haja vista que ela tem o condão de neutralizar os desvios de um sistema pelo mecanismo do *feedback*. A base do modelo dos sistemas cibernéticos, sistemas abertos por definição, é a interação

¹⁰⁸ BRETON, Philippe. **Historia da informática**. Op. cit., p. 153.

¹⁰⁹ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 21.

¹¹⁰ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 196.

¹¹¹ CENTENO, Maria João. **O conceito de comunicação na obra de Bateson ...** Op. cit., p. 46.

¹¹² WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 16/17.

¹¹³ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 104.

¹¹⁴ CENTENO, Maria João. **O conceito de comunicação na obra de Bateson ...** Op. cit., p. 46.

dinâmica dos seus elementos, ou seja, o ciclo de retroalimentação de informações através do qual o controle é mantido e uma meta é alcançada.¹¹⁵ O controle pode ser entendido, portanto, como uma forma de o sistema se modificar de acordo com as respostas recebidas por ele próprio. Desvios de objetivos provocam correções de curso, conduzidas pelo *feedback* e pela informação.

A informação é, desse modo, “a principal contra-ofensiva da vida ao impulso entrópico que, no fim, levará o universo a esgotar”. Por conseguinte, a informação é o requisito para a sobrevivência humana, pois permite o necessário intercâmbio entre o homem e seu meio ambiente. Como diz Krishan KUMAR, “viver é efetivamente viver com informação adequada. A comunicação e o controle, portanto, são integrantes da essência da vida interior do homem, na mesma medida em que fazem parte de sua vida em sociedade”.¹¹⁶

Informação, cabe ressaltar, está ligada ao conteúdo semântico das mensagens, isto é, o seu significado é elemento indissociável do conceito de informação. Sob esta perspectiva, observa LEMOS que Wiener criou um modelo informacional onde a relação entre o homem e seu ambiente deve ser analisada a partir de trocas de informação, uma vez que toda a vida, biológica e social, é estruturada a partir de processos de comunicação.¹¹⁷ Como diz LUHMANN, informação “é uma diferença que leva a mudar o próprio estado do sistema; tão-somente pelo fato de ocorrer, transforma”. Assim, por exemplo, lê-se que o fumo e o álcool colocam a saúde em risco e passa-se a ser outro, quer se acredite, ou não, na informação. Independentemente da forma como se decide, a comunicação fixa uma posição no receptor, de modo que “não importa, então, a aceitação ou a rejeição, nem a imediata reação à informação. O fundamental é que a informação tenha realizado uma diferença: a diferença que faz a diferença”.¹¹⁸

Porém, para que a informação faça a diferença é necessário que se realize o processo de comunicação. Em outros termos, se a vida em sociedade realiza-se pela troca de informação, o mediador da interação com o outro é a comunicação. O fenômeno comunicacional seria a explicação de todos os comportamentos humanos.¹¹⁹

Para a teoria dos sistemas autopoieticos, à frente analisada, sociedade é sinônimo de comunicação. A comunicação é o que permite distinguir a sociedade do ambiente que a envolve, ou seja, é a operação que faz a sociedade funcionar. Sobre esta questão Celso Fernandes CAMPILONGO é enfático: “não se trata de uma abstração ou de um tipo ideal. O pressuposto é empírico: sociedade é comunicação”.¹²⁰

¹¹⁵ CENTENO, Maria João. **O conceito de comunicação na obra de Bateson ...** Op. cit., p. 46/47.

¹¹⁶ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo.** Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 18.

¹¹⁷ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea.** 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 102.

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Op. cit., p. 83.

¹¹⁹ CENTENO, Maria João. **O conceito de comunicação na obra de Bateson ...** Op. cit., p. 2.

¹²⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a

Cabe ainda observar que a comunicação é o fator que permite a existência organizada de qualquer grupamento animal, não sendo uma exclusividade da sociedade humana. A comunicação constitui o canal pelo qual se coordena a interação entre os diversos membros do grupo, possibilitando a interação entre os seus membros e permitindo a cooperação, a divisão do trabalho e a sincronia nas atividades do grupo. Especificamente quanto à espécie humana, “a comunicação faz-se através de diversos sistemas de significação, dos quais destaca-se a língua; tais linguagens culminam por recriar, como visto, a realidade na consciência do indivíduo, sob a forma de um simulacro intelegido”.¹²¹

Ademais, alerta Stefano RODOTÀ que a ampliação das possibilidades de intervenção e de controle gerados com o surgimento das novas tecnologias da informação e da comunicação torna-se, efetivamente, mais concreta. As mudanças tecnológicas incidem sobre as formas de relação entre o cidadão e coletor das informações. Este último é cada vez mais o fornecedor de um serviço, o que gera novos e significativos contextos. As informações fornecidas pelas pessoas para que obtenham determinados serviços são tais, em quantidade e qualidade, que possibilitam uma série de usos secundários, especialmente lucrativos para os gestores dos sistemas interativos. Estes, elaborando as informações obtidas quando do fornecimento dos serviços, podem criar informações novas (perfis de consumo individual ou familiar, análises de preferência, informações estatísticas, etc), que interessam a outros sujeitos, a quem estas informações podem ser vendidas. Enfim, as tecnologias interativas criam uma nova “mercadoria”¹²² e novas relações de poder.

Deve-se considerar, por fim, na linha do que ensina Gladston MAMEDE, que a comunicação é o fator que viabiliza a existência do Direito. Para autor, Direito é significação ou semiose, o que quer dizer que “é o signo que lhe permite ser diferenciado do puro exercício da força física. Enfim, as normas jurídicas são estabelecidas, comumente, através da língua; e através da linguagem concretizam-se as relações jurídicas”.¹²³ Em função disso, pode-se concluir que a existência do Direito na sociedade está diretamente ligada à existência de processos comunicacionais, consubstanciados nas mais diversas formas. Afinal, para que as determinações normativas estatais possam organizar a vida em sociedade, possam ser cumpridas ou aplicadas pelos órgãos de repressão instituídos, não há como se desconhecer a necessidade de um mecanismo de transmissão de informações.¹²⁴

observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 12.

¹²¹ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito**: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 91.

¹²² RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 45-6.

¹²³ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito ...** Op. cit., p. 73.

¹²⁴ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito ...** Op. cit., p. 93.

1.3 O DIREITO COMO SISTEMA CIBERNÉTICO

Para WIENER, os problemas do Direito “podem ser considerados problemas de comunicação e cibernética, vale dizer, problemas de controle sistemático e reiterável de certas situações críticas”.¹²⁵ Segundo o autor:

A lei pode ser definida como o controle ético aplicado à comunicação e à linguagem enquanto forma de comunicação, especialmente quando tal aspecto normativo esteja sob mando de alguma autoridade suficientemente poderosa para dar às suas decisões o caráter de sanção social efetiva. É o processo de ajuste dos “acoplamentos” que ligam o comportamento dos diferentes indivíduos de maneira tal que aquilo a que chamamos justiça possa ser levado a cabo e as disputas evitadas, ou, pelo menos, decididas judicialmente.¹²⁶

Sobre a questão, argumenta LEITE que o Direito é um sistema que pode ser analisado por meio de conceitos cibernéticos. Diz o autor que como o Direito tem *inputs* e *outputs* externos ele é, por isso, um sistema de retroalimentações, com autorregulação, sendo, pois, um sistema cibernético. Ademais, como a ação dos sujeitos de direito é orientada por normas jurídicas de conduta que lhe são destinadas, o sistema jurídico possui uma relação funcional com o seu meio ambiente social, de modo que se, por um lado, entram no sistema jurídico exigências a serem controladas, por outro, as normas criadas para regular essas novas situações retroagem sobre o meio ambiente social. Com efeito, as estruturas sociais são determinadas pelo Direito e como da sociedade partem, novamente, impulsos sobre o sistema regulador, ocorrem retroalimentações contínuas entre este e o seu meio ambiente.¹²⁷

Cabe ainda observar que o Direito possui controles que regulam as interrelações entre suas partes, como, por exemplo, o sistema de divisão de poderes do Estado, que vai articular as relações entre o sistema político e o sistema jurídico. E, por fim, possui suas próprias regulações, o que lhe dá autonomia diante das flutuações do seu ambiente.¹²⁸ Nesse sentido, é o próprio Direito que determina como se criam normas jurídicas válidas, quais são os procedimentos para extirpar uma norma jurídica inconstitucional do ordenamento jurídico, e assim por diante.

Por isso, o Direito, sistema que tem como finalidade manter a ordem por meio de normas é um importante instrumento de controle social. Ele tem a função de determinar o que se pode e o que não se pode fazer para evitar o caos social, controlando o processo de degradação da sociedade. Visa evitar a guerra de “todos contra todos”, na concepção de Hobbes, para quem era do interesse de cada indivíduo entrar em acordo com os demais para estabelecer um governo comum.

¹²⁵ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 109.

¹²⁶ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 104.

¹²⁷ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 122/123.

¹²⁸ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 122.

Em conclusão, uma das funções mais importantes do Direito é a de estabilizar expectativas de condutas e regular conflitos mediante a constituição de procedimentos. Por isso, o Direito tem de estar, sempre, se adaptando às transformações da sociedade, ou seja, deve estar em um processo contínuo de retroalimentação. É, portanto, o instrumento mais importante de controle da tendência natural à entropia social. Nesta perspectiva, MAMEDE aduz que o “fim último do Direito é manter a estrutura de Estado o mais estável possível, com o que culmina por garantir que um modelo de vida e organização social, referenciados pelos interesses dos que detêm o poder necessário para validá-los e efetivá-los”.¹²⁹

Para tanto, o Direito vale-se de signos, informação e comunicação. Como visto, a informação tem o objetivo de criar um efeito no receptor da mensagem. Para que a transferência da mensagem se viabilize e a comunicação se efetive é necessário o uso de signos, isto é, “se a existência da sociedade pressupõe a existência do Direito, pressupõe, igualmente, a existência da linguagem. E o Direito pressupõe, inegavelmente, a existência da linguagem, pois ela é o seu meio de expressão, de comunicação”.¹³⁰ Portanto, a norma em “sua dimensão semiológico-linguística, ou seja, enquanto mensagem, pode ser vista como uma encenação verbal de um exercício de força, isto é, uma ameaça que visa induzir um comportamento que lhe seja conforme”.¹³¹

Em suma, a partir de seus elementos básicos – *feedback*, entropia, autorregulação e homeostase - a Cibernética encerra uma verdadeira sistematização de uma teoria geral do controle. Por isso, como instrumento de controle social, certamente, ela é um eficiente mecanismo a ser utilizado tanto na ciência penal, quanto na tributária. Se bem usada pode engendrar, por exemplo, uma diminuição das penas privativas de liberdade e da sonegação, o aumento da segurança pública e da eficiência fiscal; porém, por outro lado, pode provocar uma restrição intolerável a alguns direitos fundamentais dos cidadãos como liberdade, igualdade e privacidade.

1.4 CIBERNÉTICA, CIBERESPAÇO E COMPUTADORES

Para finalizar o estudo da Cibernética é de bom alvitre relacioná-la aos conceitos de informática, computadores, ciberespaço e internet. Afinal, não raro, o termo “cibernética” é utilizado como sinônimo de computadores ou sistemas eletrônicos, como, por exemplo, na expressão “guerra cibernética”, a qual induz o leitor a pensar que se trata de uma guerra que se opera no âmbito das redes eletrônicas de transmissão de informações, mais precisamente na internet. Cabe observar, entretanto, que mesmo na expressão “guerra cibernética” o termo está corretamente utilizado, uma vez que a expressão quer significar a guerra que busca conseguir o

¹²⁹ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito ...** Op. cit., p. 123.

¹³⁰ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito ...** Op. cit., p. 14.

¹³¹ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito ...** Op. cit., p. 23.

controle das informações que circulam nas redes de computadores. É, pois, a guerra do controle da informação. De acordo com o glossário do Ministério da Defesa do Estado brasileiro:

Guerra cibernética é o conjunto de ações para uso ofensivo e defensivo de informações e sistemas de informações para negar, explorar, corromper ou destruir valores do adversário baseados em informações, sistemas de informações e redes de computadores. Estas ações são elaboradas para obtenção de vantagens tanto na área militar quanto na área civil.¹³²

A guerra cibernética é aquela que ocorre no “espaço cibernético”. E é aqui que começam as confusões com a utilização do termo “cibernética”, ou seria melhor dizer, com a mudança de seu sentido original. Isso porque a expressão “espaço cibernético” é utilizada como sinônimo de ciberespaço. É assim que o define o “Livro verde: segurança cibernética no Brasil”, produzido pelo Governo Federal do Brasil.¹³³ Desse modo, “crime cibernético”, “ataque cibernético” ou “segurança cibernética”, entre outras, são expressões relacionadas às redes de comunicação, internet inclusive. O referido “livro verde” tem como base para tal definição a doutrina de Pierre LÉVY, que assim define espaço cibernético:

O espaço cibernético é um terreno onde está funcionando a humanidade, hoje. É um novo espaço de interação humana que já tem uma importância enorme, sobretudo, no plano econômico e científico e, certamente, essa importância vai ampliar-se e vai estender-se a vários outros campos, como por exemplo na Pedagogia, Estética, Arte e Política. O espaço cibernético é a instauração de uma rede de todas as memórias informatizadas e de todos os computadores.¹³⁴

Ciberespaço foi uma expressão cunhada por William GIBSON, em 1984, que, reunindo os termos ‘cibernética’ e ‘espaço’, em seu romance de ficção científica *Neuromancer*, criou o termo ciberespaço. O livro trata de uma realidade que se constitui através da produção de um conjunto de tecnologias, enraizadas na sociedade, que modificam suas estruturas e princípios, assim como dos indivíduos que nela estão inseridos. Na definição do autor, ciberespaço é:

Uma alucinação consensual vivida diariamente por bilhões de operadores autorizados, em todas as nações, por crianças aprendendo altos conceitos matemáticos ... Uma representação gráfica de dados abstraídos dos bancos de dados de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz abrangendo o não-espaço da mente; nebulosas e constelações infundáveis de dados. Como marés de luzes da cidade.¹³⁵

¹³² BRASIL. Ministério da Defesa. Portaria n° 196/EMD/MD, de 22 de fevereiro de 2007.

¹³³ BRASIL. Presidência da República. Gabinete de Segurança Institucional. Departamento de Segurança da Informação e Comunicações. MANDARINO JÚNIOR, Raphael; CANONGIA, Claudia (Org.). **Livro verde: segurança cibernética no Brasil**. Brasília, 2010, p. 17.

¹³⁴ LÉVY, Pierre. Palestra realizada no Festival Usina de Arte e Cultura, promovido pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre, em Outubro, 1994. Tradução: Suely Rolnik. Disponível em: <http://www.secsp.org.br/seccsp/images/upload/conferencias/35.rtf>. Acesso em 31/07/2012.

¹³⁵ GIBSON, William. **Neuromancer**. São Paulo: Aleph, 1991, p. 56/57.

Posteriormente, em 1999, utilizando-se da noção dada por Gibson, LÉVY definiu o ciberespaço como o “espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores”.¹³⁶ Essa definição inclui o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos, na medida em que transmitem informações oriundas de fontes digitais. Ressalta LÉVY que a codificação digital é elemento essencial do ciberespaço, pois condiciona o caráter plástico, fluido, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e virtual da informação que é a sua marca distintiva. Tal característica, previa o autor em 1999, “tornará o ciberespaço o principal canal de comunicação e suporte de memória da humanidade a partir do início do próximo século”.¹³⁷

O ciberespaço representa “o processo de desmaterialização do espaço e de instantaneidade temporal contemporâneos após dois séculos de industrialização que insistiu na dominação física de energia e de matérias e na compartimentalização do tempo”.¹³⁸ No ciberespaço, o espaço é um local real, porém não físico, é um ambiente no qual qualquer pessoa pode interagir sem estar fisicamente presente. Porém, ciberespaço e internet não se confundem. O ciberespaço é um espaço virtual, sem domínio físico e, portanto, desterritorializado, no qual as pessoas se relacionam por meio de uma infraestrutura tecnológica, qual seja, a internet. O ciberespaço, assim, é dependente de um suporte físico para funcionar. Consoante assevera LÉVY, o ciberespaço, local de comunicação ao mesmo tempo coletivo e interativo, não é uma infraestrutura, mas “uma forma de usar as infra-estruturas existentes e de extrapolar seus recursos por meio de uma inventividade distribuída e incessante que é indissociavelmente social e técnica”.¹³⁹ Contudo, apesar de não se confundirem, internet e ciberespaço são duas realidades totalmente relacionadas, vez que a internet é a infraestrutura de comunicação que sustenta o ciberespaço, sobre as quais se montam diversos ambientes, como a *web*, os fóruns, os *chats* e o correio eletrônico, entre diversos outros exemplos.

Há, pois, uma relação mutualística entre ciberespaço e internet, fator que desloca para o ambiente virtual o local preponderante para as técnicas contemporâneas de controle social, que outrora ocorriam no ambiente físico. Isso se dá porque, na linha do que argumenta Tatiana Malta VIEIRA, no ciberespaço há uma excessiva acumulação de informações de caráter pessoal, já que poucos serviços prestados nesse canal dispensam a coleta, o armazenamento, o tratamento e a difusão de dados relacionados com a intimidade e com a vida privada dos internautas. Qualquer acesso à rede deixam gravados registros do usuário: suas relações pessoais, suas opiniões e gostos, hábitos de consumo, o nível social, entre outros.¹⁴⁰

¹³⁶ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 92.

¹³⁷ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Op. cit., p. 92.

¹³⁸ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 128.

¹³⁹ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Op. cit., p. 193.

¹⁴⁰ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito

Entretanto, o ciberespaço não é uma entidade puramente cibernética, mas o seu novo *locus*, pois “todas as formas de sociabilidade contemporâneas encontram, nesse ambiente, um potencializador, um catalisador, um instrumento de conexão”.¹⁴¹ Essa é uma constatação deveras importante para o objeto de estudo, vez que é o ciberespaço o novo espaço de relacionamento entre o Fisco e o cidadão, é o ambiente que propicia a origem dos dados para a quase totalidade dos procedimentos de fiscalização tributária e por meio do qual se opera o lançamento tributário da maioria dos tributos por meio da transmissão de declarações eletrônicas enviadas pela internet. Enfim, o advento da internet impõe uma nova configuração da estrutura de poder das Administrações tributárias. Esse novo espaço é inteiramente constituído de informação e comunicação. Tem, por isso, um papel central na sociedade pós-moderna.

Portanto, sob a perspectiva do novo *locus* de interação social, espaço cibernético e ciberespaço se confundem. De todo o modo, tal utilização do termo “cibernética” não se coaduna com a origem do termo. Porém, de tão enraizada que já está na consciência das pessoas, cabe salientar que, não raramente, cibernética e ciberespaço são utilizadas como sinônimos. Neste estudo, porém, sua utilização seguirá fiel às suas origens: cibernética, entendida como ciência do controle e ciberespaço, definido como o local, o novo ambiente de interação humana.

A confusão, aliás, perpassa a noção de espaço cibernético. Outras vezes, o termo “cibernética” é utilizado no sentido de máquina ou computador. Aqui, porém, pode-se afirmar que há uma utilização equivocada do termo. Afinal, a cibernética foi a percussora do desenvolvimento dos computadores, porém, com ele não se confunde. Sobre tal questão, afirma Fritjof CAPRA que a invenção dos computadores recebeu importantes influências dos estudos cibernéticos. Ensina o autor que quando os ciberneticistas exploraram padrões de comunicação e de controle, o desafio era entender “a lógica da mente” e expressá-la em linguagem matemática. Estudos realizados por ciberneticistas sobre o sistema nervoso humano levaram ao modelo do cérebro como um circuito lógico tendo os neurônios como seus elementos básicos. Essa visão teve importância crucial para a invenção dos computadores digitais. A invenção do computador por John von Neumann e sua analogia entre os funcionamentos do computador e do cérebro estão intimamente entrelaçadas. A ideia básica era a de que a inteligência humana assemelha-se de tal maneira à de um computador que a cognição - o processo de conhecimento - pode ser definida como processamento de informações. Os cientistas do computador contribuíram fortemente para o firme estabelecimento do dogma do processamento de informações ao utilizar expressões como “memória” e “linguagem” para descrever computadores, o que levou a maior parte das pessoas a pensar que essas expressões se referiam a esses fenômenos humanos bem conhecidos. Este equívoco, ressalta CAPRA, ajudou a

fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 198.

¹⁴¹

LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social ...** Op. cit., p. 132.

perpetuar a imagem cartesiana dos seres humanos como máquinas.¹⁴²

Também LEMOS destaca a importância da cibernética para o desenvolvimento de computadores. Segundo ele, noções de realimentação, informação, programação, regulação, controle, sistemas complexos, todos estes conceitos cibernéticos foram utilizados na construção dos computadores. Diz o autor que “as ‘máquinas cibernéticas’, ou os primeiros computadores, vão tentar imitar o cérebro humano e simular seres vivos”. Este é o período metafísico da informática, no qual a teoria cibernética de WIENER estabelece a relação entre a individualidade humana e as trocas de informação.¹⁴³

As noções introduzidas pela teoria cibernética foram, portanto, importantes bases teóricas para o surgimento e o desenvolvimento dos computadores. Em função de uma evolução tecnológica impressionante que se deu desde então, o ambiente tecnológico contemporâneo, fruto da denominada Revolução da Tecnologia da Informação, surgiu nos anos 1970, com o aparecimento de artefatos tecnológicos como a internet, os computadores pessoais, as redes de telecomunicações, etc.¹⁴⁴ No mesmo sentido, aponta LÉVY que “a virada fundamental data, talvez, dos anos 70. O desenvolvimento e a comercialização do microprocessador (...) dispararam processos econômicos e sociais de grande amplitude”. Elas abriram uma nova fase na automação da produção industrial: robótica, linhas de produção flexíveis, máquinas industriais com controles digitais, etc. Permitiram também a automação de alguns setores do terciário (bancos e seguradoras, por exemplo). Desde então a busca sistemática de ganhos de produtividade por meio de várias formas de uso de aparelhos eletrônicos, computadores e redes de comunicação de dados aos poucos foi tomando conta do conjunto das atividades econômicas. Por outro lado, um verdadeiro movimento social nascido na Califórnia na efervescência da contracultura apossou-se das novas possibilidades técnicas e inventou o computador pessoal. Desde então, o computador iria escapar progressivamente dos serviços de processamento de dados das grandes empresas e dos programadores profissionais para tornar-se um instrumento de criação, de organização, de simulação e de diversão nas mãos de uma proporção crescente da população.¹⁴⁵

Há, todavia, um aspecto que deve ser posto em destaque: quando, para realizar operações que são próprias aos sistemas de informação utilizam-se meios automáticos, penetra-se no terreno da informática, vale dizer, da ciência que estuda o tratamento automático da informação.¹⁴⁶ Automação envolve dois outros conceitos de importância cardinal na cibernética: o

¹⁴² CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 67/68.

¹⁴³ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social ...** Op. cit., p. 102.

¹⁴⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 64.

¹⁴⁵ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Op. cit., p. 31/32.

¹⁴⁶ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 116.

de informação e de sistema¹⁴⁷, o que remete ao estudo da informática, “ciência baseada na cibernética de produção, organização, armazenamento e distribuição automatizada da informação traduzida em *bits*”.¹⁴⁸

Portanto, a informática constitui uma ciência particular,¹⁴⁹ integrada a outra de maior amplitude: a cibernética. Esta ultrapassa os domínios da informática, pois tem por objeto as leis gerais do controle, tanto na natureza como na sociedade.¹⁵⁰ Enfim, a informática, também, tem suas origens na ciência cibernética, sendo seu objeto de ação a realização automática de operações que são próprias aos sistemas de informação, vale dizer, é “a ciência que estuda o tratamento automático da informação”.¹⁵¹

LEMOS divide a evolução da informática em quatro fases. Relata que sua formação deveu-se ao desenvolvimento de variados domínios científicos: cibernética (1948), inteligência artificial (1956), teoria dos sistemas (1960), a tecnologia de comunicação de massa (rádio, televisão e telefone) e a telemática (1950). Os primeiros passos no tratamento automático da informação foram dados entre 1940 e 1960, período no qual os princípios essenciais e as inovações estratégicas foram fortemente influenciadas pela cibernética. O segundo, de 1960 a 1970, caracteriza-se por sistemas ligados às universidades e à pesquisa militar e o terceiro, de 1970 a 1990, pelo surgimento dos microcomputadores e das redes telemáticas. A partir da metade dos anos 80 surge a quarta fase, caracterizada pela popularização do ciberespaço e sua inserção na cultura contemporânea.¹⁵²

Entretanto, pouco a pouco a cibernética vai se separar da informática. Passada a primeira fase, a etapa seguinte da evolução da informática é caracterizada pelo autonomização da informação e dos processos de transmissão. A informática, então, passará a ser uma técnica de manipulação de informação, enquanto a cibernética torna-se uma ciência de reflexão sob os usos das ferramentas de comunicação.¹⁵³

Por sua vez, a telemática é o termo que designa o procedimento de circulação automática de dados e informações que ocorre entre os computadores. Com a telemática, a informação ganhou plena autonomia de circulação.¹⁵⁴ O processamento eletrônico da informação necessitou ser transportado de um lugar para outro. Foi preciso, então, criar um meio adequado do transporte da informação, que, além de rápido, fosse seguro e independente da distância existente

¹⁴⁷ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 103.

¹⁴⁸ LEMOS. André. **Cibercultura, tecnologia e vida social ...** Op. cit., p. 101.

¹⁴⁹ O termo informática foi criado pelo francês Philippe Dreyfus, em 1962, pela condensação dos termos informação e automático. A regulação por realimentação irá influenciar os ciberneticistas e os primeiros informaticistas. A ideia era desenvolver autômatos capazes de calcular e processar informação. BRETON, Philippe. **Historia da informática.** Op. cit., p. 43.

¹⁵⁰ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 116.

¹⁵¹ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 113.

¹⁵² LEMOS. André. **Cibercultura, tecnologia e vida social ...** Op. cit., p. 101/102.

¹⁵³ LEMOS. André. **Cibercultura, tecnologia e vida social ...** Op. cit., p. 102.

¹⁵⁴ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 114.

entre os pontos de entrada e saída. Demandava-se, assim, uma tecnologia que, reunindo os recursos da informática e da telecomunicação, tornasse possível a interconexão à distância entre computadores. Unindo tais tecnologias nasceu a telemática, que possibilitou a transmissão de grandes quantidades de dados entre computadores localizados em qualquer ponto do planeta.¹⁵⁵

Por volta dos anos 1960, ocorreu outro importante impacto na sociedade. Surgiu uma rede de computadores denominada de ARPANET, nos Estados Unidos. Tratava-se de um sistema de interligação em redes dos computadores militares norte-americanos, os quais permitiriam, em caso de ataque inimigo a algumas de suas bases militares, que as informações existentes não se perderiam, uma vez que não existia uma central de informações. Posteriormente, esse sistema passou a ser usado para fins civis, inicialmente em algumas universidades americanas, sendo utilizado como um canal de divulgação e troca de conhecimentos acadêmicos. Entretanto, o grande marco dessa tecnologia se deu em 1987, quando foi convencionalizada a possibilidade de sua utilização para fins comerciais, passando-se a denominar, então, internet.¹⁵⁶ Como se vê, o papel militar dos Estados Unidos proporcionou tanto o motivo como a oportunidade para o desenvolvimento de sistemas de tecnologia da informação cada vez mais sofisticados. Porém, origens não determinam destinos. Assim, por exemplo, embora o átomo tenha sido fissionado como resultado direto de planejamento militar, a energia nuclear tem hoje diversos usos.¹⁵⁷

A internet propiciou a modificação de diversos paradigmas. O modelo do pensamento linear foi superado pelo do pensamento hipertextual. Tecnicamente o hipertexto traduz-se “em um conjunto de nós, ligado por conexões, permitindo a exploração através de um processo de leitura e navegação não-linear e associativo, descentralizado e rizomático”,¹⁵⁸ vale dizer, a circulação de informações não obedece mais à hierarquia de árvore (um-todos), mas sim à multiplicidade do rizoma (todos-todos).¹⁵⁹ A formação de um hipertexto e uma metalinguagem integra, pela primeira vez na história da humanidade, no mesmo sistema, as modalidades escrita, oral e audiovisual da

¹⁵⁵ PIMENTEL, Alexandre Freire. **O Direito cibernético...** Op. cit., p. 83.

¹⁵⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59. Tecnicamente, a internet consiste na interligação de milhares de dispositivos do mundo inteiro, interconectados mediante protocolos (IP – internet protocol). Essa interligação é possível porque utiliza um mesmo padrão de transmissão de dados. A conexão do computador com a rede pode ser direta ou através de outro computador, conhecido como servidor. Este servidor pode ser próprio ou, no caso dos provedores de acesso, de terceiros. O usuário navega na internet por meio de browser, programa utilizado para visualizar páginas disponíveis na rede, que interpreta as informações do website indicado, exibindo na tela do usuário textos, sons e imagens. A interligação física e a uniformização do sistema de transmissão de dados entre as redes, por meio de protocolos, permitiu que a internet conquistasse maior amplitude no globo. PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

¹⁵⁷ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 19/20.

¹⁵⁸ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social ...** Op. cit., p. 124.

¹⁵⁹ Rizoma é um modelo descritivo criado por Gilles Deleuze e Félix Guattari. Segundo os autores, diferentemente das árvores ou de suas raízes, o rizoma conecta um ponto qualquer com outro ponto qualquer. Ele não tem começo, nem fim, mas sempre um meio pelo qual ele cresce e transborda. No modelo rizomático, a organização dos elementos não segue linhas de subordinação hierárquica, mas, ao contrário, qualquer elemento pode afetar ou incidir em qualquer outro. DELEUZE, GILLES; GUATTARI, Félix. **Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia**. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1995, p. 32-3

comunicação humana. Tal integração, interagindo a partir de pontos múltiplos, no tempo escolhido em uma rede global, em condições de acesso aberto e de preço acessível, muda de forma fundamental o caráter da comunicação.¹⁶⁰

Em virtude disso, uma das características mais marcantes do mundo atual é, sem dúvida, o surgimento das novas tecnologias da comunicação e da informação e o advento da internet, elementos essenciais na transformação da “Sociedade Industrial” na “Sociedade da Informação”. Cabe observar, nesse contexto, que a internet modificou drasticamente a comunicação. Como diz CAMPILONGO:

A multiplicação das possibilidades de comunicação, ou seja, a diferenciação da sociedade produz informação, variabilidade e incremento incessante de novas possibilidades de comunicação. Quanto maiores as oportunidades de comunicação, maior também a complexidade social.¹⁶¹

Por isso, concorda-se com RODOTÀ, que sustenta que “a internet se mostra, ao mesmo tempo, como o exemplo significativo e a metáfora mais poderosa de um mundo novo, de uma nova ordem”. Como argumenta o autor, as novas tecnologias da informação “têm um caráter invasivo, apoderam-se das relações sociais e pessoais, das transações comerciais, das atividades políticas”. Por isso, vida privada, mercado, democracia, transformam-se quotidianamente.¹⁶² Em suma, desse novo ambiente tecnológico resultam comunicação e complexidade, surgindo daí a necessidade de se analisar a teoria dos sistemas e da autopoiese.

¹⁶⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Op. cit., p. 354.

¹⁶¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem aquilo que não vêem” ... Op. cit., p. 12.

¹⁶² RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância...** Op. cit., p. 142.

2 TEORIA GERAL DOS SISTEMAS

A Cibernética é, porém, consoante lição de Ludwig von BERTALANFFY, apenas uma parte da teoria geral dos sistemas. Para o autor, “os sistemas cibernéticos são um caso especial, embora importante, dos sistemas que apresentam autorregulação”.¹⁶³ Por isso, faz-se necessário, para compreendê-la melhor, estudar a teoria geral dos sistemas e a teoria dos sistemas autopoieticos.

A teoria geral dos sistemas de Bertalanffy, explica CAPRA, buscou substituir os fundamentos mecanicistas da ciência pela visão holística. Antes da década de 1940, os termos “sistema” e “pensamento sistêmico” já haviam sido utilizados por vários cientistas. Porém, foram as concepções de Bertalanffy que estabeleceram o pensamento sistêmico como um movimento científico de primeira grandeza. Com o forte apoio subsequente recebido da teoria cibernética, as formulações da teoria sistêmica tornaram-se parte integrante da linguagem científica estabelecida, propiciando o surgimento de numerosas metodologias e novas aplicações: engenharia dos sistemas, análise de sistemas, dinâmica dos sistemas, etc.¹⁶⁴

Para BERTALANFFY, a “teoria geral dos sistemas é uma ciência geral de totalidade”.¹⁶⁵ O seu objetivo era precisamente formular princípios válidos para os sistemas em geral, qualquer que fosse a natureza de seus componentes.¹⁶⁶ Enquanto no passado a ciência procurava explicar os fenômenos observáveis reduzindo a complexidade à interação de unidades elementares investigáveis independentemente uma das outras, as novas concepções referiam-se aos problemas de organização, ou seja, a fenômenos que não se resolvem em acontecimentos locais. Surgem, então, os sistemas que não são inteligíveis mediante a investigação de suas respectivas partes isoladamente.¹⁶⁷

De acordo com a visão sistêmica, as propriedades essenciais de um sistema vivo são as propriedades do todo, que nenhuma das partes possui isoladamente. Elas surgem das interações e das relações entre as partes e são destruídas quando o sistema é dissecado, física ou teoricamente, em elementos isolados. Isso significa dizer que a natureza do todo é sempre diferente da mera soma de suas partes.¹⁶⁸

Aduz BERTALANFFY que o esquema da análise científica pela metodologia das unidades isoláveis mostrou-se insuficiente, daí porque surgiu, em todos os campos da ciência,

¹⁶³ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 38.

¹⁶⁴ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Cultrix: São Paulo, 2006, p. 53.

¹⁶⁵ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 62.

¹⁶⁶ CENTENO, Maria João. **O conceito de comunicação na obra de Bateson: interação e regulação**. Covilhã, Portugal: Labcon, 2009, p. 43.

¹⁶⁷ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 61/62.

¹⁶⁸ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 41.

“noções, tais como totalidade, holístico, organísmico, *gestalt*, etc., significando todas que, em última instância, temos de pensar em termos de sistemas de elementos em interação mútua”.¹⁶⁹ O significado da expressão “o todo é mais que a soma das partes” consiste, simplesmente, em que as características constitutivas não são explicáveis a partir das características das partes isoladas. As características do complexo, portanto, parecem novas ou emergentes.¹⁷⁰ O método sistêmico consiste, por isso, numa ruptura com o método racionalista clássico, de estilo analítico, herdado de Descartes. Recusa o reducionismo, que se manifesta com a prioridade dada à análise.¹⁷¹

A emergência do pensamento sistêmico, ressalta CAPRA, representou uma profunda revolução na história do pensamento científico ocidental. Na abordagem analítica, ou reducionista, as próprias partes não podem ser analisadas ulteriormente, a não ser reduzindo-as a partes ainda menores. Com a teoria geral dos sistemas, porém, percebeu-se que os sistemas não podem ser entendidos pela análise. Pelo novo paradigma, as propriedades das partes só podem ser compreendidas dentro de um contexto mais amplo, a partir da organização do todo. Os átomos, por exemplo, são constituídos de vários componentes. Todavia, as partículas subatômicas não podem ser entendidas como entidades isoladas, devendo ser definidas por meio de suas interrelações.¹⁷²

Exatamente por isso, o conceito de *feedback* é central para a teoria geral dos sistemas, uma vez que esta parte do princípio de que todos os elementos de uma totalidade sistêmica devem comunicar-se entre si para desenvolver interrelações coerentes: sem comunicação não há ordem e sem esta não há totalidade.¹⁷³

A partir da teoria geral dos sistemas, os sistemas vivos passaram a ser considerados totalidades integradas cujas propriedades não podem ser reduzidas a das partes menores. Suas propriedades essenciais, ou sistêmicas, são propriedades do todo, que nenhuma das partes possui isoladamente. Elas surgem das “relações de organização” das partes, de uma configuração de relações ordenadas que é característica de uma certa classe de organismos ou sistemas. Com a visão sistêmica compreende-se que os objetos são redes de relações embutidas em redes maiores. Para o pensador sistêmico, as relações são fundamentais.¹⁷⁴

Em função dessas constatações, BERTALANFFY definiu sistema como “um complexo de elementos em interação”.¹⁷⁵ É a existência de relações entre os componentes o aspecto a identificar a existência do sistema como entidade. Por isso, quanto menor for a relação entre seus

¹⁶⁹ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 72.

¹⁷⁰ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 83.

¹⁷¹ ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Farinãs. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos.** Tradução de Eduardo Pellet Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 302.

¹⁷² CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 41/42.

¹⁷³ LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder: uma visão cibernética do direito.** São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 108.

¹⁷⁴ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 46/47.

¹⁷⁵ BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 127.

componentes, mais o sistema se parecerá com um conjunto de elementos independentes. Em suma, são as relações que dão coesão ao sistema, conferindo-lhe um caráter de totalidade.¹⁷⁶

Como se vê, com a teoria geral dos sistemas, o sistema deixou de ser definido pelos elementos que o compõem e passou a ser concebido como um conjunto de elementos organizados. Os elementos são os componentes do sistema, mas não o caracterizam. O que caracteriza um sistema estelar, por exemplo, é sua organização e não o número de planetas, o tamanho dos corpos celestes, sua composição química ou sua temperatura.¹⁷⁷

A organização, entendida como a relação entre os elementos do sistema, é o que permite ao observador isolá-lo de seu ambiente. A força de gravidade, por exemplo, faz com que todos os corpos celestes de um sistema estelar girem em torno de um centro comum. Se a gravidade deixa de existir, o sistema, em consequência, também deixa de existir ou torna-se um novo sistema com natureza diversa do anterior.¹⁷⁸

Sobre a questão da organização, explica CAPRA que Maturana e Varela aprimoraram a distinção entre “organização” e “estrutura”. Para eles, a organização de um sistema vivo é o conjunto de relações entre os seus componentes, o que o caracteriza como pertencente a uma dada classe, tal como uma bactéria, um girassol, um gato ou o cérebro humano. A descrição dessa organização é uma exposição abstrata de relações e não identifica seus componentes. A estrutura de um sistema vivo, ao contrário, é constituída pelas relações efetivas entre os componentes físicos, ou seja, é a corporificação física de sua organização.¹⁷⁹

Para ilustrar a diferença entre padrão e estrutura, CAPRA recorre, novamente, ao exemplo da bicicleta. Diz que para que algo seja chamado de bicicleta deve haver várias relações funcionais entre seus componentes (chassi, pedais, guidão, rodas, etc). A configuração dessas relações constitui o padrão de organização da bicicleta. A estrutura da bicicleta, por sua vez, é a incorporação física de seu padrão de organização em termos de componentes específicos. O mesmo padrão “bicicleta” pode ser incorporado em muitas estruturas diferentes. O guidão será diferentemente modelado para uma bicicleta de passeio, de corrida ou de montanha; o chassi pode ser pesado e sólido ou leve e delicado; os pneus podem ser estreitos ou largos, e assim por diante. Todas essas combinações são reconhecidas como diferentes materializações do mesmo padrão de relações que define uma bicicleta.¹⁸⁰

O importante é, entretanto, observar que tal concepção de sistema limita a aplicação dos

¹⁷⁶ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 8. ed. Campinas: Papyrus, 2009, p. 199.

¹⁷⁷ VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais: uma crítica à concepção de Direito como sistema autopoiético. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 67-78, jul./dez. 2003, p. 67/68.

¹⁷⁸ VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 68.

¹⁷⁹ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 89.

¹⁸⁰ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 134.

procedimentos analíticos na ciência, uma vez que os sistemas não são inteligíveis por meio da investigação de suas partes isoladamente.¹⁸¹ Por isso, cada elemento depende do todo e o conjunto ultrapassa em complexidade a simples adição dos seus componentes. Uma modificação num elemento do conjunto desencadeia uma modificação em todos os outros, uma vez que os seus elementos são partes envolvidas numa interação dinâmica. O mesmo é dizer que as interações entre os elementos de um sistema são circulares e não lineares, como pretendia a ciência clássica.¹⁸²

Definido o que é um sistema, fica claro que o restante do universo que não participa da organização do sistema é seu ambiente. Este é “um importante conceito da teoria dos sistemas: a organização, ao mesmo tempo em que define o que é o sistema, define o que ele não é”.¹⁸³

2.1 OS SISTEMAS ABERTOS

BERTALANFFY iniciou os estudos da teoria geral dos sistemas na década de 1920. O dilema que o intrigava era relativo ao seguinte paradoxo: o pensamento evolucionista dos biólogos do século XIX mostrava que o universo evolui da desordem para a ordem, em direção a estados de complexidade sempre crescentes; contudo, a segunda lei da termodinâmica (entropia) mostrava que o mundo seguia o caminho inverso, num processo de desordem sempre crescente. O autor se questionava: quem estaria certo, Darwin ou Carnot?¹⁸⁴ Na visão de LUHMANN, a questão correlata a ser elucidada era: como é possível que os sistemas regidos pela entropia possam se conservar?¹⁸⁵

A teoria geral dos sistemas não resolveu tais dilemas, mas deu o primeiro passo ao reconhecer que os organismos vivos são sistemas abertos que não podem ser descritos pelas leis da termodinâmica. A abertura significa que tais sistemas precisam se alimentar continuamente de energia extraída do seu meio ambiente para permanecerem vivos. Nestes sistemas, a entropia decresce e a segunda lei da termodinâmica não se aplica. Diferentemente dos sistemas fechados, os quais se estabelecem num estado de equilíbrio térmico, os sistemas abertos se mantêm afastados do equilíbrio, num “estado estacionário” caracterizado por fluxo e mudança contínuos.¹⁸⁶

Chegou-se à conclusão então que, para a física, o universo é um sistema fechado que está submetido, inexoravelmente, à lei da entropia. Mas essa mesma constatação não era possível para os sistemas biológicos ou sociais, os quais teriam que ser necessariamente abertos, fato que

¹⁸¹ VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico ...** Op. cit., p. 199.

¹⁸² CENTENO, Maria João. **O conceito de comunicação na obra de Bateson ...** Op. cit., p. 45.

¹⁸³ VIANNA, Túlio Lima. **Da ditadura dos sistemas sociais ...** Op. cit., p. 68.

¹⁸⁴ De acordo com a segunda lei da termodinâmica, formulada pelo francês Sadi Carnot, para as máquinas térmicas há uma tendência nos fenômenos físicos da ordem para a desordem. Qualquer sistema físico isolado, ou fechado, se encaminhará espontaneamente em direção a uma desordem sempre crescente. Daí nasceu o conceito matemático de entropia, segundo o qual a evolução é acompanhada sempre de desordem. CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 53/54.

¹⁸⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 61.

¹⁸⁶ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 54.

explica o esforço dos organismos vivos em sobrepor-se à lei entrópica do universo. Abertura significa comércio com o meio, tanto para a ordem biológica como para os sistemas dotados de sentido (psíquicos ou sociais). Surgiu, assim, uma nova ênfase no modelo, o intercâmbio: para os sistemas orgânicos, intercâmbio de energia; para os sistemas de sentido, intercâmbio de informação. Esses sistemas interpretam o mundo sob os preceitos da energia ou da informação e reagem conforme o interpretam.¹⁸⁷

Em função disso, a teoria dos sistemas abertos ocupava-se em explicar que existem sistemas que não estão sujeitos à lei da entropia e que, portanto, estão em condições de construir neguentropia. Precisamente por sua dependência do meio ambiente, estão aptos a reforçar sua diferença em relação ao meio.¹⁸⁸ Em síntese, o sistema aberto “define-se como um sistema em troca de matéria com seu ambiente, apresentando importação e exportação, construção e demolição dos materiais que o compõem”.¹⁸⁹

Todo organismo vivo é um sistema aberto, pois se mantém em um contínuo fluxo de entrada e de saída, conserva-se mediante a construção e a decomposição de componentes, nunca estando, enquanto vivo, em um estado de equilíbrio químico e termodinâmico, mas mantendo-se no chamado estado estacionário. Sistemas fechados, por sua vez, são aqueles que são isolados em seu ambiente. Na química, por exemplo, estudam-se as reações, sua velocidade e os equilíbrios estabelecidos em um recipiente fechado no qual são reunidos alguns reagentes.¹⁹⁰

Túlio Lima VIANNA observa que a troca de energia e matéria de um sistema com seu ambiente em nada altera sua organização. Diz o autor que os sistemas biológicos recebem, a todo instante, elementos novos que serão utilizados pela organização interna do sistema (ar, alimentos, bebidas, etc), da mesma forma que excretam uma série de substâncias. Mas esta troca de elementos não altera sua organização. No caso dos sistemas computacionais e dos sistemas sociais, por exemplo, os seus elementos constitutivos são as informações que são trocadas livremente com seu ambiente. Um computador recebe e emite informações, mas isto em nada altera sua organização, ou seja, o modo como opera estas informações.¹⁹¹

Pode-se afirmar, enfim, que em um sistema aberto é possível o aumento da ordem e a diminuição da entropia. Com a teoria geral dos sistemas, portanto, chegou-se à conclusão de que o conceito de entropia não é aplicável aos sistemas vivos. O princípio da entropia da física é contraposto aos princípios da evolução e da adaptação oriundos da biologia, que expressam o aumento da informação.¹⁹²

187

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 62.

188

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 80.

189

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 186.

190

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 64/65.

191

VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 68/70.

192

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas ...** Op. cit., p. 196/198.

A partir, então, da teoria dos sistemas abertos, LUHMANN buscou elucidar a seguinte questão: como é possível a partir de um acontecimento único fundador da vida, a célula, chegar a tão distintas formas orgânicas? No âmbito social, o problema que intrigava LUHMANN era: como é possível explicar a diversidade de línguas e de culturas, uma vez que a linguagem é um fenômeno universal de socialização?¹⁹³

2.2 OS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

Tais questões foram resolvidas por MATURANA e VARELA com o conceito de autopoiese. Para os autores, “a característica mais peculiar de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como diferente do meio por sua própria dinâmica, de tal maneira que ambas as coisas são inseparáveis”.¹⁹⁴ Como explica CAPRA, Maturana e Varela definiram a autopoiese como uma organização comum a todos os sistemas vivos. O conceito de autopoiese diz respeito “a uma rede de processos de produção, nos quais a função de cada componente consiste em participar da produção ou da transformação de outros componentes da rede”, de modo que, toda a rede, continuamente, “produz a si mesma”, ou seja, é produzida pelos seus componentes que, por sua vez, produz esses componentes.¹⁹⁵

Marcelo NEVES ensina que a palavra autopoiese deriva do grego *autos* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção), significando que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói. Os sistemas vivos são, então, concebidos como máquinas autopoieticas, ou seja, uma rede de processos de produção, transformação e destruição de componentes que, através de suas interações e transformações, regeneram e realizam continuamente essa mesma rede de processos.¹⁹⁶

Os sistemas autopoieticos são, portanto, uma espécie peculiar de sistemas abertos. Consoante preconiza VIANNA, sob o ponto de vista de sua organização, os sistemas abertos podem ser considerados alopoieticos ou autopoieticos. A alopoiese é um processo pelo qual determinada organização produz algo diferente de sua própria organização. Um exemplo deste seria uma linha de produção em uma indústria automobilística, a qual é capaz de produzir carros, mas não as máquinas usadas na própria linha de produção. Por outro lado, sistemas autopoieticos são aqueles que se autoproduzem,¹⁹⁷ ou, em outras palavras, aqueles cuja “organização é tal que seu único

¹⁹³

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 62.

¹⁹⁴

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 55.

¹⁹⁵

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 89.

¹⁹⁶

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. In: **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 5. Recife, 1992, pp. 273-298, p. 273.

¹⁹⁷

VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 69.

produto são eles mesmos”.¹⁹⁸ Esse tipo de sistema “produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações”.¹⁹⁹

Enfim, com a autopoiese, Maturana e Varela criaram uma nova e revolucionária ideia: o que define vida em cada sistema vivo individual é a autonomia e constância de uma dada organização das relações entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema, organização essa que é autorreferencial no sentido de que a sua ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e autorreprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interação circular e recursiva.²⁰⁰

O sistema autopoietico tem, em consequência, uma estrutura circular, que produz a si mesma circularmente, o que explicaria o surgimento da vida. Esta surgiu em um determinado momento da evolução sem que suas causas possam ser exatamente definidas. A partir do momento em que a operação do ser vivo pôde reproduzir-se, teve início um processo de diversificação múltipla, baseado, porém, em um só princípio de operação. Com isso, garante-se a formação de sistemas de características bem diversas (vermes, répteis, seres humanos, etc), mas que têm seu fundamento no fato de que a vida surge da vida.²⁰¹

Como se depreende, o sistema autopoietico foi criado para descrever o surgimento da vida na Terra. A origem dos seres vivos não estaria relacionada a um criador. Os elementos constitutivos de um sistema vivo teriam se auto-organizado após bilhões de anos de caos quando, em dado momento, ocorreu no planeta uma série de circunstâncias físico-químicas que permitiram o êxito desta auto-organização. O sistema autopoietico nasce do caos a partir de uma auto-organização bem sucedida após uma série quase infinita de tentativas fracassadas. A partir daí o sistema organiza-se de tal forma a ter como principal função a sua própria manutenção, pois a “desordem para um sistema autopoietico corresponde à sua morte, que é o fim da distinção entre o que é sistema e o que é ambiente”.²⁰²

Em função disso, para LUHMANN a autorreferência e a circularidade constituem o ‘princípio vital’ não apenas dos organismos biológicos, mas dos próprios sistemas sociais. Deste modo, a autopoiese deixou de ser concebida como a condição necessária e suficiente da vida para assumir a dimensão de modelo explicativo de todo e qualquer sistema, seja ele biológico, psíquico ou social.²⁰³ A ideia de autorreferência é, então, libertada das suas raízes biológicas e elevada a mecanismo gerador abstrato de todo e qualquer sistema, servindo de hipótese teórica explicativa de

¹⁹⁸ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento ...** Op. cit., p. 57.

¹⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Op. cit., p. 120.

²⁰⁰ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico.** Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. III.

²⁰¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Op. cit., p. 89.

²⁰² VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 70.

²⁰³ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. IX/X.

base para a emergência do sistema social.²⁰⁴

Os sistemas autopoieticos são, assim, sistemas homeostáticos, caracterizados pelo fechamento na produção e reprodução dos elementos. Rompe-se, desse modo, com a tradição segundo a qual a conservação e evolução da espécie seriam condicionadas por fatores ambientais. Ao contrário, a conservação dos sistemas vivos fica vinculada à sua capacidade de reprodução autopoietica, que os diferencia num espaço determinado.²⁰⁵

Como se vê, a teoria autopoietica “rasgou novos horizontes no quadro da teoria geral dos sistemas”, ao superar a clássica dicotomia “aberto-fechado”. Pode afirmar-se que a tradicional oposição entre sistemas fechados e sistemas abertos é completamente pulverizada pelo paradoxo autopoietico da “clausura autorreprodutiva”, ou seja, independentemente de o sistema ser biológico, psíquico ou social, a abertura sistêmica ao meio envolvente é assegurada pela clausura operativa do próprio sistema. Isso significa que um sistema será tanto mais aberto e adaptável ao seu meio envolvente quanto mais conseguir manter intacta a sua própria autorreferenciabilidade.²⁰⁶

A clausura operacional ocupa um papel fundamental na teoria autopoietica. Os estudos de Maturana e Varela provaram que qualquer organismo vivo, desde o mais simples até o mais complexo, constitui um sistema organizacionalmente fechado, ou seja, opera segundo uma lógica circular e autorreferencial e não sob uma lógica linear e causal que envolve uma troca direta de *inputs* e *outputs* com esses sistemas.²⁰⁷

Os sistemas autopoieticos são, assim, autônomos, já que a produção de novos elementos depende das operações precedentes e constitui pressuposto para as operações posteriores. A ideia do fechamento operacional indica a situação na qual a cada operação o sistema entra em contato consigo mesmo. Porém, o fechamento operacional não implica dizer que o sistema possa existir sem um ambiente, mas traduz apenas a noção de que os sistemas não aceitam qualquer influência externa que não possa ser traduzida em elementos internos.²⁰⁸ Enfim, a autonomia de cada organismo biológico reside na unidade da sua própria organização autorreferencial, organização essa que vive em clausura operativa já que a rede dos elementos de cada sistema vivo individual se refere sempre para si mesma, jamais para o seu envolvimento ou para outros sistemas vivos.²⁰⁹

O conceito de clausura (ou fechamento) operacional é bastante importante na teoria luhmanniana. Significa que conforme o sistema realiza suas operações, ele se fecha em relação ao ambiente, o que não quer dizer que o sistema esteja totalmente isolado de meio, em virtude da

²⁰⁴ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. XI.

²⁰⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 273.

²⁰⁶ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. XVI.

²⁰⁷ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. VII.

²⁰⁸ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 227/228.

²⁰⁹ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. IV.

constante troca de informações que há com o seu ambiente. A clausura operacional representa, portanto, a dicotomia “fechamento operacional” e “abertura cognitiva”. Um sistema é fechado operacionalmente, já que processa as informações do ambiente de acordo com operações e estruturas próprias do sistema, mas é aberto cognitivamente, pois realiza contínuas trocas de informações com o ambiente, as quais são processadas internamente.²¹⁰ Paradoxalmente, “o fechamento operacional é condição para sua abertura”.²¹¹ O fechamento, por conseguinte, não significa a falta de meio ambiente, mas apenas a autonomia do sistema.

Há que se ressaltar, contudo, que as interações entre sistemas e seu ambiente podem ser meras perturbações (irritações ou ruídos) ou interações destrutivas. Enquanto um sistema não entrar numa interação destrutiva com o seu meio haverá entre ele e seu ambiente uma série de perturbações que desencadearão, mutuamente, mudanças de estado. A esse processo denomina-se acoplamento estrutural.²¹²

O acoplamento estrutural consiste na forma de o sistema realizar distinções para selecionar no ambiente as informações relevantes para as suas operações internas. Aquilo que vem de fora entra no sistema via acoplamento estrutural e deve ser transformado em elemento compatível para ser processado no sistema. Verifica-se que o sistema pode reagir às irritações e aos estímulos advindos do ambiente somente quando processadas por meio de suas próprias operações. Assim, o acoplamento estrutural é responsável pela troca de informações, gerando uma nova comunicação no interior do sistema.²¹³ O acoplamento estrutural, por isso, carrega a ideia de adaptação do sistema ao meio ambiente. Isso implica dizer que os sistemas sociais são cognitivamente abertos, porque, devido à peculiaridade de sua operação (comunicação), eles dão sentido às perturbações vindas do ambiente; e são fechados, porque a operação só pode ser produzida pelo próprio sistema.²¹⁴

Na explicação de CAPRA, um sistema vivo interage com seu meio ambiente por intermédio de “acoplamento estrutural. Por exemplo, uma membrana celular incorpora continuamente substâncias extraídas do seu meio ambiente, que são introduzidas nos processos metabólicos da célula. No entanto, esses sistemas vivos são autônomos. O meio ambiente apenas desencadeia as mudanças estruturais; ele não as especifica nem as dirige. O acoplamento estrutural, porém, estabelece uma clara diferença entre as maneiras pelas quais sistemas vivos e não vivos interagem com seus meios ambientes. Chutar uma pedra e chutar um cão são duas situações bem diferentes. A pedra reagirá ao chute de acordo com uma cadeia linear de causa e efeito. Seu comportamento pode ser calculado aplicando-se a ela as leis básicas da mecânica newtoniana. O

²¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 111/112.

²¹¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 275.

²¹² VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 72.

²¹³ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 136-140.

²¹⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 131.

ção responderá com mudanças estruturais de acordo com sua natureza e padrão de organização. O comportamento resultante é, em geral, imprevisível. Assim como um organismo vivo responde a influências ambientais com mudanças estruturais, essas mudanças, por sua vez, alterarão seu comportamento futuro. Em outras palavras, um sistema estruturalmente acoplado é um sistema de aprendizagem. Enquanto permanecer vivo, um organismo se acoplará estruturalmente com seu meio ambiente. Suas mudanças estruturais contínuas em resposta ao meio ambiente e, em consequência, sua adaptação, sua aprendizagem e desenvolvimento contínuos, são características chave do comportamento dos seres vivos. Devido ao acoplamento estrutural, chama-se inteligente o comportamento de um animal, qualificação não aplicável ao comportamento da rocha.²¹⁵

Enfim, é por meio do acoplamento estrutural que os sistemas sociais podem se relacionar com elementos do seu ambiente ou com outros sistemas. Por este mecanismo, um sistema utiliza os elementos de outro para operar os seus próprios processos comunicativos. Sob essa perspectiva, quando há um acoplamento estrutural, o processo comunicativo de um sistema aparece no outro não apenas como uma perturbação, mas como uma ferramenta auxiliar de funcionamento das operações. Seu significado, no entanto, vai ser construído apenas dentro do próprio sistema em que foi realizado o processo comunicativo, de forma independente do significado que possuía no sistema original.²¹⁶

Rômulo NEVES dá um interessante exemplo de acoplamento estrutural entre três sistemas, a que dá o nome de processos sobrecomunicativos. Diz que algumas formas de financiamento das campanhas eleitorais constituem, claramente, uma forma de ingerência do sistema econômico sobre o político, já que, obviamente, há vantagens para o candidato que utiliza mais recursos financeiros. Exatamente para controlar a influência da economia sobre a política existe na legislação eleitoral do Brasil mecanismos para limitar a utilização de recursos nas campanhas eleitorais.²¹⁷

Como se percebe, as interferências recíprocas existentes entre economia e política irritam o Direito apenas na medida em que sua estrutura pode tolerar. Isto significa dizer que tais repercussões só entram no Direito se puder ser “descodificada” juridicamente em legal e ilegal.²¹⁸ Por isso, o acoplamento estrutural tem um papel importante no processo de evolução de um sistema, “já que lhe impinge perturbações freqüentes provocadas pela evolução do ambiente acoplado, que admite e estimula indiretamente a evolução do sistema”.²¹⁹

²¹⁵ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 177.

²¹⁶ NEVES, Rômulo. A ocorrência de influência externa em sistemas sociais autopoieticos - os processos sobrecomunicativos. **Plural - Revista de Ciências Sociais – Universidade de São Paulo – USP**, São Paulo, 2006, vol. 13, p. 35-60, p. 37.

²¹⁷ NEVES, Rômulo. A ocorrência de influência externa em sistemas sociais ... Op. cit., p. 45-6.

²¹⁸ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria ... Op. cit., p. 228.

²¹⁹ NEVES, Rômulo. A ocorrência de influência externa em sistemas sociais ... Op. cit., p. 38.

Autopoiese e acoplamento estrutural não são, porém, conceitos incompatíveis, pois há a possibilidade de o ambiente influir no sistema, desde que não atente contra sua autopoiese. Isso implica dizer que o sistema pode reagir a irritações ou perturbações, quando puder processar informações e transformá-las em estruturas. É possível dizer, então, que a seleção de acontecimentos ocorridos no meio capazes de produzir efeitos no sistema é condição de possibilidade para que o sistema empreenda algo.²²⁰

Pode-se concluir que os conceitos luhmannianos de fechamento operacional e autopoiese não implicam que os sistemas sociais sejam totalmente isolados de seu meio circundante. Pelo conceito de fechamento operacional os sistemas sociais não aceitam qualquer influência externa que não possa ser traduzida em elementos internos, de modo que tais elementos são frutos da produção cognitiva do próprio sistema. Por sua vez, a autopoiese garante ao sistema social autonomia em relação ao ambiente, no que diz respeito à produção dos elementos de operação do próprio sistema. Por fim, resta observar que o conceito de acoplamento estrutural é bastante importante para o estudo, uma vez que propicia a análise das relações intersistêmicas. Quando há um acoplamento estrutural o processo comunicativo de um sistema aparece no outro não apenas como uma perturbação, mas também como uma ferramenta auxiliar de funcionamento das operações. Em outros termos, o acoplamento estrutural é o ponto de partida para a elaboração de conceitos que visam explicar como podem ocorrer interferências externas recíprocas entre sistemas na vigência do fechamento operacional e da autopoiese. É, portanto, sob essa perspectiva que serão analisadas as perturbações entre Direito, tecnologia e sistema arrecadatório.

2.3 OS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS

A teoria da autopoiese sofreu um importante impulso durante a década de 1980: nascida no domínio das ciências biológicas, como teoria geral da vida, “depressa a riqueza das suas analogias e modelos explicativos tornaram atractiva a perspectiva da sua extensão e aplicação ao domínio das ciências sociais”.²²¹ Com efeito, a passagem de uma autopoiese biológica para uma autopoiese social constituiu traço marcante da evolução científica interdisciplinar, abrangendo áreas bastante diversas como a linguística, biologia, física, matemática, cibernética, psicologia, sociologia e política. No entanto, numa primeira fase, os defensores da aplicação dessa teoria à área social não viram mais do que simples interações entre os indivíduos ou reduziram as sociedades humanas a meros sistemas biológicos. Foi com Luhmann que a aplicação da teoria da autopoiese ao domínio das ciências sociais ganhou uma autônoma dimensão. Deixou de ser concebida unicamente como

²²⁰

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 132.

²²¹

ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. IX.

explicativa da vida para se tornar num modelo teórico geral aplicável aos fenômenos sociais.²²²

Explica Gunther TEUBNER que a autopoiese social deve ser concebida como independente da autopoiese dos organismos vivos, uma vez que os sistemas sociais não são apenas auto-organizados, no sentido de que produzem espontaneamente uma ordem, mas verdadeiramente autoproduzidos, já que produzem a si próprios a partir da rede dos seus próprios elementos. A base reprodutiva desses sistemas sociais é constituída pelo sentido e os seus elementos constitutivos são comunicações e não seres humanos individuais. As comunicações, diz o autor, “enquanto bases realizadoras da unidade entre mensagens, informação e compreensão, constituem sistemas sociais que reproduzem circular e recursivamente comunicações”.²²³

CAPRA, analisando a questão da compatibilidade da teoria autopoietica aos sistemas sociais humanos, assevera que, embora o comportamento, no domínio físico, seja governado pelas leis de causa e efeito, as chamadas “leis da natureza”, no domínio social é governado por regras geradas pelo sistema social e, com frequência, codificadas em lei. A diferença crucial é que as regras sociais podem ser quebradas. Os seres humanos podem escolher se querem ou como querem obedecer a uma regra social, mas as moléculas não podem escolher se devem ou não interagir. Por tal razão, explica CAPRA que Maturana e Varela não conceberam os sistemas sociais humanos como autopoieticos, mas sim como o meio no qual os seres humanos realizam sua autopoiese biológica por intermédio da linguagem. Para estes autores, a concepção de uma rede de processos de produção, que está no próprio âmago da definição de autopoiese, pode não ser aplicável além do domínio físico, mas que uma concepção mais ampla de “fechamento organizacional” pode ser definida para os sistemas sociais. Essa concepção mais ampla é semelhante à de autopoiese, mas não especifica processos de produção.²²⁴

Outros autores, porém, afirmam que uma rede social autopoietica pode ser definida se a descrição de sistemas sociais humanos permanecerem inteiramente dentro do domínio social. Essa escola de pensamento foi introduzida pelo sociólogo Niklas Luhmann. O ponto central desta teoria consistiu em identificar os processos sociais da rede autopoietica como processos de comunicação. Por exemplo, um sistema familiar pode ser definido como uma rede de diálogos que exhibe circularidades próprias. Os resultados das conversas dão origem a mais conversas, formando laços de realimentação auto-amplificadores. O fechamento da rede resulta num sistema compartilhado de crenças, explicações e valores (um contexto de significados) continuamente sustentado por mais conversas. Os atos comunicativos da rede de conversas incluem a autoprodução dos papéis por cujo intermédio os vários membros da família e suas fronteiras são definidas. Uma vez que todos esses

²²² ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. IX/X.

²²³ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989, p. 64.

²²⁴ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 172.

processos ocorrem no domínio social simbólico, a fronteira não pode ser física. É uma fronteira de expectativas, de confidências, de lealdade, e assim por diante. Tanto os papéis familiares, como as fronteiras, são continuamente mantidos e renegociados pela rede autopoiética de conversas.²²⁵

Como se depreende, o elemento escolhido por LUHMANN para fazer a distinção da sociedade com o seu ambiente foi a comunicação, isto é, a delimitação do sistema social perante o seu entorno se dá por meio de operações comunicativas. Assim, nenhuma comunicação existe fora da sociedade e não há nada na sociedade que não possa ser comunicado. O sistema é definido por uma única operação: a comunicação. Porém, não basta a existência dessa operação; é necessária a sua recursividade, ou seja, uma operação deve ser capaz de se conectar em outra operação do mesmo tipo.²²⁶ Como diz o autor:

No âmbito social não existe uma multiplicidade de alternativas de modo a escolher, entre elas, a operação que defina o social. A comunicação é o único fenômeno que cumpre com os requisitos: um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação.²²⁷

Por isso, a sociedade é “concebida como um sistema autopoiético de comunicação, ou seja, um sistema caracterizado pela organização auto-reprodutiva e circular de actos de comunicação”.²²⁸ Até então concebida como um conjunto de indivíduos, a sociedade passa a ser tratada como um sistema que tem como elemento a informação e como organização a comunicação. A informação é elemento da sociedade e é trocada livremente com seu ambiente. A comunicação, porém, só existe na sociedade e é criada pela própria sociedade que, em última análise, visa a produzir mais comunicação.²²⁹

Na perspectiva luhmanniana, na vida cotidiana, o conceito de comunicação se baseia na metáfora da transferência (transmissão). Contudo, a ideia de comunicação requerida pela Teoria dos Sistemas, na visão do autor, contradiz essa metáfora. Quanto se parte da ideia de transmissão pensa-se que pela comunicação se transfere informação. Entretanto, tal ideia não é adequada. No processo comunicativo, não há perda, assim como no ato de pagar, no qual há a pressuposição de se desfazer de uma quantia em dinheiro. Contrariamente, na comunicação há uma sucessão de efeitos multiplicadores: primeiramente, um a tem, e depois dois, e logo ela pode ser estendida a milhões, dependendo da rede comunicacional utilizada. Há um caráter de multiplicação e não de perda.²³⁰

Outra objeção à metáfora da transmissão é que tal modelo não pressupõe o conhecimento de cada participante. Como há uma grande diversidade de níveis de conhecimento em

²²⁵ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 172.

²²⁶ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Op. cit., p. 90.

²²⁷ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Op. cit., p. 90.

²²⁸ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. XIII.

²²⁹ VIANNA, Túlio Lima. **Da ditadura dos sistemas sociais ...** Op. cit., p. 73.

²³⁰ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Op. cit., p. 294.

cada indivíduo, é difícil concluir que a comunicação consiste na utilização de uma igualdade. Assim, para especificar que A e B sabem a mesma coisa é necessário conhecer o que existe em A e em B. Isso significa dizer que para ocorrer o processo comunicacional deve haver, simultaneamente, o ato de comunicar e entender.²³¹ Por isso, nem toda troca de mensagens constitui uma comunicação. Afinal, deve ser levada em consideração a capacidade de o receptor apreender o conteúdo da mensagem.²³²

Em resumo, a metáfora da transmissão não é útil, pois sugere algo que é recebido pelo receptor. Este não é o caso, contudo, pois o emissor nada dá, no sentido de se perder algo. Ademais, a metáfora da transmissão coloca a essência da comunicação no ato de partilhá-la. Mas o ato de partilhar a comunicação não é mais do que uma proposta de seleção, uma sugestão. Somente quando se processa o estímulo é que se gera a comunicação. Assim, ao se recorrer à metáfora da transferência “seduz-nos a idéia de que a informação transmitida é a mesma para o emissor e para o receptor”. Mas tal identidade não está garantida pela qualidade do conteúdo da informação, isto é, o seu significado pode ser distinto para o emissor e para o receptor.²³³ Como leciona LUHMANN:

Obtém-se a comunicação mediante uma síntese de três diferentes seleções: a) a seleção da informação; b) a seleção do ato de comunicar; c) a seleção realizada no ato de entender (ou não entender) a informação e o ato de comunicar. (...) Nenhum desses componentes, isoladamente, pode constituir a comunicação.²³⁴

Pode-se concluir que no processo comunicacional não há propriamente transmissão de alguma coisa; mas sim redundância criada, no sentido de que a comunicação pode ser evocada por diferentes pessoas e de diferentes maneiras. Quanto A comunica algo a B, a comunicação seguinte pode ser dirigida tanto a A como a B. E assim por diante. Portanto, o sistema de comunicação cria os elementos mediante os quais ele mesmo se reproduz. Nesse sentido, “a comunicação é um sistema autopoietico, que, ao reproduzir tudo o que serve de unidade de operação ao sistema, reproduz-se a si mesmo”.²³⁵ Marcelo NEVES, na mesma linha, entende que a comunicação é a unidade elementar de todos os sistemas sociais. Para este autor, os sistemas sociais parciais (Direito, Economia, Política, etc) desenvolvem comunicações com o seu meio ambiente, somente quando um sistema social dispõe de um específico código-diferença binário, como é o caso do Direito (legal/ilegal), é que ele pode ser caracterizado como autorreferencialmente fechado.²³⁶

A comunicação é, ademais, o elo entre a teoria cibernética e a autopoietica. WIENER,

²³¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 295/296.

²³² PIGNATARI, Décio. **Informação, linguagem, comunicação**. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2002, p. 94/95.

²³³ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 296/297.

²³⁴ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 297.

²³⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Op. cit., p. 300/301.

²³⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. In: **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 5. Recife, 1992, pp. 273-298, p. 279.

assim definiu o objeto de seu estudo:

A tese deste livro é a de que a sociedade só pode ser compreendida através de um estudo das mensagens e das facilidades de comunicação de que disponha; e de que, no futuro desenvolvimento dessas mensagens e facilidades de comunicação, as mensagens entre o homem e as máquinas, entre as máquinas e o homem, e entre a máquina e a máquina, estão destinadas a desempenhar papel cada vez mais importante.²³⁷

Como explica CAPRA, enquanto Ludwig von Bertalanffy trabalhava em cima de sua teoria geral dos sistemas, tentativas para desenvolver máquinas autorreguladoras levaram a um campo inteiramente novo de investigações, que exerceu um dos principais impactos sobre o desenvolvimento posterior da visão sistêmica da vida. A nova ciência representava uma abordagem unificada de problemas de comunicação e de controle, envolvendo todo um complexo de ideias que inspiraram Wiener a inventar a Cibernética. Os ciberneticistas, diz CAPRA, eram cientistas vindos das mais diversas áreas (matemáticos, neurocientistas, cientistas sociais, engenheiros, entre outros) que estavam preocupados com um diferente nível de descrição, concentrando-se em padrões de comunicação, e, especialmente, em laços fechados e em redes. Suas investigações os levaram as concepções de realimentação, autorregulação e, mais tarde, à de auto-organização.²³⁸ Como é possível perceber, a teoria autopoietica buscou na teoria cibernética importantes noções.

Aliás, o binômio comunicação e controle possui uma relação tão estreita que até mesmo a definição de poder pressupõe comunicação. Como define Décio PIGNATARI, poder é “uma comunicação regulada por um código. Poder não é dominação, mas influência. Poder não é força, mas controle. Assim, o poder é entendido como meio de comunicação”.²³⁹ Norberto BOBBIO, porém, distingue poder de influência. Influência, diz o autor, é o “modo de controle que determina a ação do outro incidindo sobre sua escolha”; poder, por sua vez, é “o modo de controle que determina o comportamento do outro pondo-o na impossibilidade de agir diferentemente”.²⁴⁰

De todo o modo, tudo o que existe e pode ser designado como social, está constituído por um mesmo tipo de acontecimento: a comunicação. A comunicação se realiza somente quando alguém, ainda que de maneira grosseira, entende a comunicação e percebe que ela constitui um processo que pode ter continuidade. A comunicação se situa, portanto, além da mera utilização da linguagem, que pode ser imaginada como um ato solitário. Ela supõe que o outro deve ser localizável e ter atributos específicos para a comunicação: entender, saber e ler.²⁴¹

Segundo esta perspectiva, os seres humanos são mero ambiente da sociedade. Isto porque um único ser humano não produz comunicação. A comunicação só pode ser produzida

²³⁷ WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade ...** Op. cit., p. 16.

²³⁸ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida ...** Op. cit., p. 56.

²³⁹ PIGNATARI, Décio. **Informação, linguagem, comunicação.** Op. cit., p. 57.

²⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 39.

²⁴¹ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Op. cit., p. 91.

socialmente, donde se conclui que a comunicação é a organização do sistema social que tende a produzi-la cada vez mais e gerar uma sociedade mais complexa e organizada.²⁴²

Em suma, na teoria social autopoietica há uma autonomia entre sistemas sociais e biológicos. Os sistemas sociais não são meros sistemas autopoieticos de segundo grau, desenvolvidos a partir dos indivíduos humanos, enquanto sistemas autopoieticos por excelência ou de primeiro grau, mas sistemas dotados de uma autopoiese própria e particular. A seu turno, os indivíduos constituem sistemas biológicos cuja base reprodutiva é constituída pela vida, os sistemas sociais constituem sistemas noéticos, cuja base reprodutiva é o sentido, o que quer dizer que seus elementos constitutivos não são os seres humanos, mas comunicações. Com efeito, no domínio dos fenômenos sociais, a unidade básica de análise é o ato comunicativo, isto é, toda a interação que sucede a desenvolver um dado padrão intersubjetivo de conduta. Como diz ANTUNES, “ora é nisso justamente que consiste o sistema social, um sistema autopoietico de comunicação”.²⁴³

Por derradeiro, deve-se observar que com o conceito de sistema autopoietico reduz-se a complexidade social, pois, sob tal perspectiva, os elementos de um sistema se autorreproduzem. Esta autorreferência permite que o sistema social altere o seu ambiente e se altere ao mesmo tempo, movendo-se com base em seu código binário específico. Enfim, a autopoiese propicia uma análise teórica mais dinâmica e, por isso, mais adequada à complexidade da atual sociedade.

2.4 O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

A teoria da autopoiese social “surgiu como uma espécie de ‘ovo de colombo’ capaz de oferecer ao Direito a possibilidade de ultrapassar a falsa alternativa entre um sistema normativo autônomo ou um sistema decisional socialmente condicionado”.²⁴⁴ Na avaliação de ANTUNES, a autopoiese abre novas possibilidades à análise do Direito, pois pressupõe que o Direito se recria com base nos seus próprios elementos. Em outros termos, a autorreferência permite que o Direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo, movendo-se com base em seu código binário (lícito/ilícito).

Explica ANTUNES que Luhmann argumenta que no seio do sistema social novos e específicos circuitos comunicativos vão se desenvolvendo. A partir do momento que estes circuitos atingem certo grau de complexidade na sua organização autorreprodutiva, o que pressupõe a emergência de um código binário específico apto a guiar as operações autorreprodutivas sistêmicas, eles se autonomizam do sistema social geral, originando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau. Assim, o sistema jurídico tornou-se um subsistema funcionalmente diferenciado

²⁴² VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 73.

²⁴³ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. XI/XII.

²⁴⁴ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. XX.

graças ao desenvolvimento de um código binário próprio (legal/ilegal): é esse código que, operando no centro de uma rede circular e fechada de operações sistêmicas, assegura a autorreprodução dos seus elementos básicos e a sua autonomia em face dos restantes subsistemas sociais.²⁴⁵

A diferenciação do Direito na sociedade moderna pode ser, portanto, interpretada como controle do código-diferença “lícito/ilícito” por um sistema funcional para isso especializado. De acordo com o modelo luhmanniano, essa nova posição do Direito pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, na qual o Direito era sobredeterminado pela política e pelas representações morais, político-legitimadoras, não dispondo de um código-diferença específico. A positivação do Direito na sociedade moderna implicou no controle do código-diferença lícito/ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquiriu dessa maneira seu fechamento operativo. No entanto, se o fato de dispor do código lícito/ilícito conduz à clausura operacional, a escolha entre um e outro é condicionada pelo meio ambiente.²⁴⁶ Como apregoa TEUBNER, o Direito “constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da Sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição autorreferencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo”.²⁴⁷

Aponta TEUBNER, ademais, que o sistema jurídico atinge a sua clausura ou autonomia autorreferencial com o ato jurídico, que se autoreproduz continuamente, gerando novos atos jurídicos. No entendimento do autor, a clausura autopoietica configura-se quando o sistema jurídico constitui elementos próprios, os atos jurídicos, que operam como agentes de mudança, colocando o sistema em movimento: um ato jurídico gera uma mudança jurídica, que por sua vez gera outro ato jurídico. O ato jurídico é, assim, o elemento a conferir autonomia ao sistema jurídico.²⁴⁸

Entretanto, as unidades básicas do sistema jurídico não são as normas legais, como sustentam os juristas, nem as organizações, como defendem os sociólogos, mas sim as comunicações. O Direito é um subsistema social autopoietico de comunicação que se autonomizou do sistema social geral graças à emergência de um código próprio e suficientemente estável para funcionar como um processo de autoprodução recursiva, fechada e circular de comunicações especificamente jurídicas.²⁴⁹

A consequência é que, em se tratando do sistema jurídico, a assunção da teoria autopoietica implica que apenas o Direito pode determinar o que é legal ou ilegal. O problema é que esta autorreferência conduz a uma tautologia: é Direito aquilo que o Direito diz que é Direito. Para romper esse círculo, é preciso introduzir condicionamentos, o que é feito através das orientações cognitivas. Como sistema autopoietico, o sistema jurídico é normativamente fechado e

²⁴⁵ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. XIII/XIV.

²⁴⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 280-281.

²⁴⁷ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Op. cit., p. 53.

²⁴⁸ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Op. cit., p. 57.

²⁴⁹ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. XXI.

cognitivamente aberto. Isto significa que o sistema possui autorreferência no que se refere às normas e heterorreferência no que tange aos fatos.²⁵⁰

O surgimento do Direito deriva, assim, de uma diferenciação funcional na organização do sistema social como um todo que, em sua autopoiese, gera subsistemas encarregados de funções específicas. Assim, caberá ao sistema Direito definir o que é Direito e não Direito. O produto do Direito (decisões, leis, jurisprudência) gera mais Direito que é incorporado ao sistema, aumentando a complexidade de sua organização. O juiz, ao decidir, gera jurisprudência, que por sua vez influenciará novas decisões. O legislador, ao aprovar leis, gera novas normas, que influenciarão magistrados e novos legisladores. Este caráter de realimentação é próprio dos sistemas autopoieticos: o produto do Direito é sempre mais Direito.²⁵¹

Sob tal perspectiva, o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas. Tudo isso vai depender de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema.²⁵² Isso quer dizer que a capacidade de reciclagem (dimensão cognitivamente aberta) do Direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao meio ambiente complexo. O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu meio ambiente. A diferenciação do Direito na sociedade é o resultado da mediação dessas duas orientações.²⁵³ Pode-se verificar que a hipótese de autonomia do sistema jurídico, delineada pela teoria autopoietica, de modo algum exclui a existência de interdependência entre o sistema jurídico e os restantes subsistemas sociais, mas apenas pressupõe que as normas extrajurídicas (sociais, éticas, etc) só adquirem validade jurídica após sua seleção pelo código interno próprio do sistema jurídico. Por outro lado, sempre que as normas jurídicas entrem no cálculo de outros subsistemas, apenas o fazem porque as mesmas foram consideradas importantes à luz de critérios de relevância próprios do sistema em causa, como, por exemplo, relação custo-benefício no caso do sistema econômico, repercussões eleitorais no caso do sistema político e implicações morais no caso do sistema religião.²⁵⁴

Apesar de autopoietico, o Direito observa seu ambiente e a todo instante troca informações com ele, as quais poderão desencadear mudanças no Direito, mas jamais determiná-las. Assim como a invasão de um meteoro no sistema solar afetará o sistema tão somente de acordo com a própria organização deste sistema, também nos sistemas sociais as “invasões” de informações neste sistema apenas desencadeiam perturbações, pois será a própria organização do sistema que

²⁵⁰ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria ... Op. cit., p. 236.

²⁵¹ VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 73.

²⁵² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 281-2.

²⁵³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 282.

²⁵⁴ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. XXIV.

definirá o quão importante é a informação oriunda de seu ambiente. Em um exemplo: se um pai recebe a informação que seu filho foi reprovado na escola, esta informação, por si só, não gerará o fim da comunicação entre pai e filho. Se, porém, o pai resolve suicidar-se, por uma deficiência em sua organização psíquica, sua conduta colocará um fim à comunicação entre ambos. Não se pode dizer, todavia, que foi a informação da reprovação que causou o colapso do sistema, mas a forma como foi processada. A informação desencadeou o fim do sistema, mas não o determinou.²⁵⁵

Similarmente ao sistema jurídico, o sistema econômico ganha a sua autonomia enquanto sistema autorreprodutivo de atos de pagamento; o sistema político também adquire sua autopoiese enquanto sistema autorreprodutivo de decisões coletivamente vinculantes; e assim por diante. Em outros termos, Direito, Economia e Política constituem sistemas autopoieticos de segundo grau, alcançando tal *status* em função da constituição autorreferencial dos seus componentes sistêmicos. A autonomia de cada um deles é uma necessidade inevitável, de modo que nenhum pode reivindicar supremacia sobre os restantes ou pretender substituí-los nas respectivas funções específicas.²⁵⁶

TEUBNER entende que a autonomia e a autopoiese do sistema jurídico deveriam ser entendidas como conceitos gradativos. Para o autor, quer se analise a evolução histórica do Direito ou de um particular sistema jurídico-positivo, é sempre possível identificar neles diferentes graus de autonomia. Entende o autor que um sistema jurídico se torna autônomo na medida em que consegue constituir os seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em ciclos autorreferenciais, só atingindo a plena autonomia autopoietica quando os componentes do sistema se articulam entre si próprios, formando um hiperciclo.²⁵⁷

Por isso, pode-se concluir que os sistemas são autônomos, mas não isolados. Existe entre eles uma dupla via de intercâmbio. O sistema político, por exemplo, oferece ao sistema jurídico premissas decisórias na forma de Direito positivamente estatuído, enquanto recebe a realização do poder político que passa pelo Direito.²⁵⁸ Por sua vez, o Direito perturba o sistema econômico ao criar, por exemplo, regras ambientais para investimentos de produção de energia, mas, também, o sistema econômico influencia o sistema jurídico ao exigir, *verbi gratia*, um marco regulatório para investimentos em determinado setor econômico.

Em síntese, o sistema autopoietico pode receber choques exógenos, mas estes não atuam como informação que contribua para programar o sistema, antes provocando apenas reações compensadoras internas, para manter invariável o equilíbrio homeostático do sistema. É a coerência interna do sistema que determina seu desenvolvimento. Produz-se a chamada “clausura organizacional”, significando dizer que o sistema opera segundo uma lógica circular e

²⁵⁵ VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 73/74.

²⁵⁶ ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. Op. cit., p. XIV.

²⁵⁷ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Op. cit., p. 58.

²⁵⁸ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria ... Op. cit., p. 237.

autorreferencial. Em função disso, na teoria autopoietica não há Direito fora do Direito.²⁵⁹ Pode-se afirmar, por conseguinte, que o sistema jurídico é forçado a descrever os seus componentes utilizando as suas próprias categorias. Este sistema começa por estabelecer as normas reguladoras das suas próprias operações, estruturas, processos, limites, meio envolvente e até da sua própria identidade. Uma vez que estas autodescrições tenham sido utilizadas operativamente, o sistema começa a constituir seus próprios componentes. Mas o sistema jurídico apenas se torna autorreprodutivo quando seus componentes constituídos se encontram de tal modo articulados que atos e normas jurídicas se produzem reciprocamente entre si, e que processo jurídico e doutrina jurídica relacionem tais interrelações.²⁶⁰

Conclui-se, portanto, que o sistema autopoietico é aberto e fechado ao mesmo tempo: aberto por meio do acoplamento estrutural e fechado pela noção de autorreferência e autorreprodução. Por isso, o Direito não é determinado por fatores externos, mas sim por ele mesmo, ou seja, o sistema jurídico é autônomo, mas usufrui de uma relação de interdependência com outros sistemas (político, econômico, familiar, tecnológico, etc).

O Direito é, ademais, um subsistema autopoietico de segundo grau, formado pelo desenvolvimento de um código binário “lícito/ilícito”. Entretanto, em função da noção de fechamento operacional, apenas o Direito pode dizer o que é o Direito, isto é, dizer o que é lícito ou ilícito. Isso, obviamente, amplia a autonomia do sistema jurídico em relação aos demais subsistemas parciais, mas o limita como instrumento de consecução de justiça. Afinal, a mera operação “lícito/ilícito” não admite valoração, vale dizer, o Direito como sistema autopoietico não questiona valores. Além disso, cabe observar que o Direito como um sistema autopoietico e cujas interações não recebem informações estranhas ao sistema, possibilita a sua utilização como instrumento de domínio e manipulação, na medida em que pode excluir a absorção das demandas populares, submetendo-se, mais facilmente, às pressões do sistema econômico. Apesar de o mecanismo do acoplamento estrutural propiciar a superação da clausura operacional, possibilitando ao Direito uma abertura a influências externas, retroalimentando-o, visualiza-se que esse canal de ligação do sistema jurídico com o seu meio ambiente pode não ser suficiente para torná-lo um sistema, verdadeiramente, justo. Isso porque, tais interferências permanecem sob o controle do próprio sistema jurídico, que garante a sua integridade por suas próprias regras.

De todo o modo, o surgimento da teoria autopoietica representa uma revolução epistemológica para o estudo do Direito, já que ela parte, em consonância com a teoria dos sistemas, da observação de determinado objeto pela relação entre seus componentes. Porém, cabe avaliar se a autopoiese do Direito retira-lhe a qualidade de instrumento de mudanças sociais. O que

259

LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder ...** Op. cit., p. 107/108.

260

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico.** Op. cit., p. 70/71.

se questiona é: o Direito deveria ser considerado um sistema alopoiético?

2.5 O DIREITO COMO SISTEMA ALOPOIÉTICO: A REALIDADE BRASILEIRA

Na visão de VIANNA, a concepção de Direito como sistema autopoietico retoma o organicismo social de forma infinitamente mais bem elaborada, mas não consegue superar seus principais problemas. Para o autor, o grande problema da Teoria dos Sistemas é que ao conceber a sociedade como um ser vivo, ela coloca o indivíduo em segundo plano. Se a sociedade é um sistema autopoietico, sua organização a leva a se preservar a todo custo, mesmo que o preço desta autopreservação seja a própria vida humana. Por isso, como conclui, a manutenção de uma parcela de seres humanos em condições sociais miseráveis seria perfeitamente lícita desde que não prejudique a autopoiese do sistema. Como o fim último da sociedade é a manutenção de sua autopoiese, os meios empregados para a conservação da organização do sistema são absolutamente irrelevantes, haja vista que o homem é mero ambiente deste sistema. Nesse contexto, as condições humanas de liberdade, igualdade e bem estar social não são importantes, desde que a comunicação seja mantida.²⁶¹ Conclui o autor que:

Um hipotético estado do *total control* em que indivíduos fossem mantidos sobre uma eterna vigilância de câmeras de vídeos seria absolutamente lícito desde que necessário para a manutenção da autopoiese social. As guerras e o terrorismo também podem ser facilmente justificadas dentro da Teoria dos Sistemas, pois são formas de comunicação e, como tais, inerentes à autopoiese social.²⁶²

Na mesma linha, aduz Marcelo NEVES que se torna irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior do sistema jurídico, uma vez que é “pressuposto que à positividade do Direito é inerente não apenas à supressão da determinação imediata do Direito pelos interesses, vontades e critérios políticos dos ‘donos do poder’, mas também a neutralização moral do sistema jurídico”.²⁶³

Sob essa perspectiva, a função última do Direito não é garantir o bem estar do ser humano, mas garantir a preservação da comunicação destes seres humanos, ainda que com um claro predomínio de uma parcela de indivíduos sobre outros. No exemplo dado por VIANNA, se uma sociedade precisa de varredores de ruas e a inclusão social destes trabalhadores implica em um caos social com as cidades imundas, então, pela autopoiese do sistema, melhor será que continuem varrendo as ruas, pois o sacrifício individual é justificado pelo benefício da coletividade. O foco do sistema não é a proteção da vida humana (seu ambiente), mas a proteção da sociedade, que é o

²⁶¹

VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 74-5.

²⁶²

VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 76.

²⁶³

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 283.

próprio sistema. Em consequência, são irrelevantes as condições em que se encontram os seres humanos. A racionalidade do indivíduo é superada pela racionalidade do sistema.²⁶⁴

TEUBNER julga exagerados tais receios. Para o autor parece infundado que a teoria sistêmica marginaliza o ser humano no contexto social. Entende que o sujeito humano não deixa jamais de produzir certas repercussões no seio da sociedade. Consoante assevera:

Apesar de prognósticos negativos algo prematuros, o sujeito pensante autónomo não se perdeu com a *autopoiesis*, tendo sido, quando muito, descentrado: dir-se-ia que a *autopoiesis* veio apenas aumentar os seus concorrentes, pondo em evidência a existência de sistemas sociais de comunicação (entre os quais o direito) que têm ao seu dispor mecanismos (de comunicação) próprios para a compreensão do mundo e para a auto-reflexão.²⁶⁵

De todo o modo, não há como negar que, de acordo com a teoria autopoietica, a justiça só possa “ser considerada a partir do interior do sistema jurídico”.²⁶⁶ Por isso, no entender de VIANNA, ainda que se admita a concepção sistêmica da sociedade, visto que os seres humanos se encontram em permanente acoplamento estrutural com outros seres humanos, o Direito é um sistema alopoiético. Disso decorre que a função do sistema social não pode ser concebida como sua própria preservação, mas como a preservação do homem enquanto homem, o que só pode ser alcançado com o progressivo incremento da autonomia individual, através da garantia pelo sistema social dos direitos humanos individuais, sociais e políticos. Defende o autor que:

A sociedade não pode ser concebida como uma célula que vive para manter-se viva. A sociedade deve ser concebida como uma linha de produção em benefício do homem, cuja finalidade é produzir um incremento da autonomia individual e do bem estar social de cada ser humano.²⁶⁷

A alopoiese é uma palavra derivada etimologicamente do grego *alo* (um outro, diferente) + *poiesis* (produção, criação), designando a “(re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio ambiente”. O respectivo sistema é determinado, então, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente.²⁶⁸

Sob a perspectiva alopoiética, “o problema da justiça é reorientado para a questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência de duas decisões”,²⁶⁹ ou, em outros termos, “as normas não valem por que são verdadeiras, ou por que são justas, ou por que são racionais, mas por que são postas por decisões, cuja capacidade de conexão garanta a contínua

²⁶⁴ VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 76.

²⁶⁵ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Op. cit., p. 93/94.

²⁶⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 284.

²⁶⁷ VIANNA, Túlio Lima. Da ditadura dos sistemas sociais ... Op. cit., p. 77.

²⁶⁸ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 287.

²⁶⁹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 285.

reprodução do sistema”.²⁷⁰ Em função disso, também NEVES argumenta que “o modelo luhmanniano do Direito é suscetível de restrições, de modo que a determinação alopoiética do Direito prevalece na maior parte das sociedades modernas”.²⁷¹

NEVES entende, também, que há uma falta de autonomia operacional do Direito positivo estatal, o que significa dizer que há uma sobreposição de outros códigos de comunicação, especialmente do econômico (ter/não ter) e do político (poder/não poder), sobre o código lícito/ilícito, em detrimento da eficiência, funcionalidade e mesmo racionalidade do Direito.²⁷² Nesse sentido, para o autor “as fronteiras entre sistema jurídico e meio ambiente social não só se enfraquecem, elas desaparecem”.²⁷³

Além do mais, considera o referido autor que é “intransponível o modelo luhmanniano da autopoiese à realidade jurídica da modernidade periférica latino-americana”. Aduz que as “sobreposições dos códigos políticos e econômicos às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade de um sistema jurídico. Em lugar da autopoiese, está a alopoiese do Direito”. Por isso, não surge “uma esfera de juridicidade apta, e de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político”.²⁷⁴ Há, pois, uma confusão de códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente, como também do intrincamento destes com os códigos do poder e da economia, ou seja, a influência externa impõe uma sobreposição do código lícito/ilícito por códigos oriundos de outros sistemas sociais. Nas palavras de NEVES:

O intrincamento do(s) código(s) jurídico(s) com outros códigos sociais atua autodestrutivamente e heterodestrutivamente. O problema não reside, primariamente, na falta de abertura cognitiva (heterorreferência ou adaptação), mas sim no insuficiente fechamento operacional (autorreferência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico.²⁷⁵

No mesmo sentido, aduz Moacir Camargo BAGGIO que, por força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código “lícito/ilícito”, pode-se falar de alopoiese social do Direito. Afirma que não só a preferência “ter/não-ter” atua no sentido de impedir a reprodução sistemicamente autoconsistente do direito, como também, em decorrência dos abismos de rendimento entre as camadas sociais, o código econômico reproduz-se exageradamente, implicando privilégios ilegais. Assim sendo, a legalidade como generalização igualitária de conteúdos jurídicos

²⁷⁰ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria ... Op. cit., p. 239.

²⁷¹ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 285.

²⁷² NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 290.

²⁷³ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 291.

²⁷⁴ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**, Ijuí - RS, v. 5, p. 07-37, 1995, p. 17.

²⁷⁵ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Do pluralismo jurídico à miscelânea social ... Op. cit., p.18.

é deturpada no processo de concretização do Direito. Ademais, no caso brasileiro, prevalecem formas unilaterais de legalismo e de impunidade em uma relação paradoxal de complementariedade.²⁷⁶

Enfim, a determinação alopoiética do Direito implica na insegurança destrutiva com relação à prática de solução de conflitos e à orientação das expectativas normativas. Com isso, impossibilita-se a “generalização includente do código ‘lícito/ilícito’ e promove-se a interferência direta e bloqueante de fatores sociais os mais diversos na reprodução do Direito, sobretudo a injunção heteronomizante dos interesses econômicos e políticos concretos”.²⁷⁷

A perspectiva alopoiética obscurece a identidade sistêmica do Direito, porquanto seus pilares (adoção dos seus próprios critérios e independência autônoma) são destruídos, colocando em perigo a autorreferência sistêmica do código binário “lícito/ilícito” por conta da sobreposição de outros sistemas sociais (o ter - economia, o poder - política, etc.) em detrimento de esferas tópicas de juridicidade. Como afirma BAGGIO:

Nessas circunstâncias, os procedimentos predominantemente jurídicos do Estado Democrático de Direito, tais como o jurisdicional e o administrativo de estrita execução da lei, sobretudo o policial, são invadidos por critérios extrajurídicos que de forma incontrolável corrompem o processamento de casos jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente. É ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais. Do ponto de vista sistêmico, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Portanto, antes se trata de quebra do fechamento operacional, por força da qual se diluem as fronteiras entre o 'campo jurídico' e outras esferas de comunicação. Disso resulta que o direito encontra-se permanentemente em crises de identidade, muito mais graves do que as crises de adaptação porque passa o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito da modernidade central. (...) A chamada 'corrupção sistêmica' tem tendência à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na alopoiese do direito.²⁷⁸

No que se refere ao sistema “Administração Tributária”, entende-se que este sistema é relativamente autônomo, em função das ingerências dos sistemas político e econômico, cada vez mais excludente (em virtude do desenvolvimento dos sistemas de controle), cibernético (no sentido de controle) e autopoietico, o que significa que é um sistema que olha para si, para seu fim, a despeito do ambiente que o circunda. Esse tema será desenvolvido com mais vagar no capítulo quatro. Por ora, faz-se necessário, entender a sociedade – informacional e de controle – em que essa Administração tributária se insere.

²⁷⁶ BAGGIO, Moacir Camargo. Normativismo, hermenêutica e teorias sistêmicas: uma aproximação inicial da teoria autopoietica e sua visa sobre as matrizes do Direito – vislumbre de possibilidades e limitações. In: **Revista de Direitos Culturais**, v. 4, n. 6. Santo Ângelo/RS, jun/2009, pp. 25-44, p. 37.

²⁷⁷ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do direito. Op. cit., p. 292.

²⁷⁸ BAGGIO, Moacir Camargo. Normativismo, hermenêutica e teorias sistêmicas ... Op. cit., p. 37/38.

3 A SOCIEDADE PÓS-MODERNA, INFORMACIONAL E DE CONTROLE

As inovações tecnológicas dos últimos trinta anos vêm revolucionando o modo de vida da sociedade atual. A tecnologia está tão intimamente ligada ao cotidiano que se torna quase impossível apontar um só campo de ação humana em que ela não esteja presente. “Rapidez, mobilidade e conectividade são as palavras-chave”²⁷⁹ dessa nova onda tecnológica. Na ordem social contemporânea, os átomos são substituídos por *bits*²⁸⁰ e a informação se desvincula de seus suportes físicos para circular sem fronteiras e de modo instantâneo. Enfim, “uma revolução tecnológica concentrada nas tecnologias da informação está remodelando a base material da sociedade em ritmo acelerado”, o que reestrutura a própria dinâmica do sistema capitalista.²⁸¹

Esse novo cenário suscita as seguintes questões: qual seria o melhor termo a caracterizar a atual sociedade? Informacional, pós-industrial, pós-moderna, pós-fordista? Se a primeira sociedade foi a agrária e a segunda foi a industrial, terá a vida social se modificado tão drasticamente a ponto de se poder falar que se vive numa época pós-moderna?²⁸² Ou a “terceira onda”, utilizando aqui a expressão cunhada por Alvin Toffler, não seria apenas a “segunda onda” temperada por avanços tecnológicos importantes?

Para complicar ainda mais a situação, leve-se em conta, como ressalta Domenico DE MASI, que as denominações atribuídas à atual sociedade são mais de trezentas: vão desde sociedade em impasse (M. Crozier) e sociedade despreparada (D. Michael) à idade do equilíbrio (L. Mumford), século casual (M. Harrington), estado de entropia (H. Henderson), sociedade narcisista (Ch. Lasch), sociedade programada (A. Touraine), sociedade pós-moderna (J. F. Lyotard), sociedade pós-civil (K. Boulding), sociedade pós-capitalista (R. Dahrendorf), sociedade do capitalismo avançado (C. Offe), sociedade pós-materialista (R. Inglehart), terceira onda (A. Toffler), era da descontinuidade (P. Drucker), entre tantas outras.²⁸³ Outras denominações importantes são as cunhadas por Anthony Giddens (modernidade reflexiva) e Ulrich Beck (sociedade de risco).

Na avaliação de DE MASI, a diversidade de rótulos demonstra que, pelo menos por enquanto, não existe a certeza científica necessária quanto ao aspecto caracterizador da sociedade contemporânea, tampouco se sabe se haverá esse elemento, assim como existiram em épocas

²⁷⁹ FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Redes sociais: sociedade tecnológica e inclusão digital. In: Marcos Wachowicz. (Org.). **Direito da sociedade da informação & propriedade intelectual**. Curitiba: Juruá, 2012, v. 1, p. 43-65, p. 60.

²⁸⁰ NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 17.

²⁸¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 21.

²⁸² HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 13. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 18.

²⁸³ DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. 3. ed. São Paulo: Senac, 2000, p. 31.

passadas a caça, o pastoreio, a agricultura, o mercado e a indústria. Aliás, “é provável que um dos novos traços distintivos do novo sistema social seja exatamente o fato de ser policêntrico”, ou seja, de se basear em uma estrutura reticulada de processos, nenhum dos quais, por si só, consegue determinar a dinâmica do todo.²⁸⁴

De qualquer forma, o fato é que, como aponta Anthony GIDDENS, muita gente começou a argumentar, no final do século XX, que a humanidade estava no limiar de uma nova era, que estaria “nos levando para além da própria modernidade”. Aduz o autor que uma “estonteante variedade de termos tem sido sugerida para esta transição”, algumas das quais se referem à emergência de um novo tipo de sistema social. Porém, entende que a maioria das expressões utilizadas sugere que a humanidade está chegando a uma época de encerramento (pós-modernidade, sociedade pós-industrial, e assim por diante).²⁸⁵ Enfim, a partir dos anos 1960 começou a surgir nos países desenvolvidos a consciência de que o mundo atravessava uma fase de transição de um tipo de sociedade para outro. Até então acreditava-se que a nova etapa seria maior e mais rica do que a anterior. Percebiam-se grandes mudanças relacionadas à difusão da eletrônica, da informática, da genética, etc, o que gerava grandes expectativas de que o sucesso tecnológico experimentado só contribuiria por melhorar a vida das pessoas. Na década seguinte, porém, exatamente quando a eletrônica e a informática começaram a entrar de forma capilar na vida cotidiana dos indivíduos, deixou-se de pensar no futuro com entusiasmo e começou-se a discutir a “crise do Ocidente”, impelidos por uma sensação de degradação da sociedade. Paradoxalmente, nunca se falou tanto em crise desde que se começaram a difundir as novas tecnologias que eliminavam a fadiga física do homem, potencializavam suas capacidades de memória e de cálculo, socorriam sua saúde física, ampliavam seus conhecimentos, abriam novos horizontes para a biogenética e a agricultura, permitiam transformar o tempo do trabalho em tempo livre. Em síntese, duas sensações opostas – crise e euforia - dominavam a sociedade da época. Compreendeu-se, então, que o modo de se analisar a sociedade também estava em crise, vale dizer, “as categorias mentais assimiladas da época industrial não podiam mais explicar o que estava acontecendo”.²⁸⁶

Nasceu, nesse cenário de crise, a teoria da sociedade pós-industrial, expressão cunhada pelo sociólogo de Harvard, Daniel Bell.²⁸⁷ A formulação do conceito foi apresentada num debate sobre tecnologia e mudança social, realizado em 1962, para designar as novas estruturas que se desenvolveram nas sociedades na segunda metade do século XX, as quais demonstravam ter havido uma ruptura no modelo socioeconômico vigente. Diz KUMAR, que tal teoria ganhou ampla

²⁸⁴ DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 31/32.

²⁸⁵ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991, p. 11/12.

²⁸⁶ DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 27/28.

²⁸⁷ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 13.

circulação graças a algumas importantes popularizações da ideia, notadamente em livros como “A idade da descontinuidade” (1969), de Peter Drucker, e “O Choque do Futuro” (1970), de Alvin Toffler. Nessas obras, salienta KUMAR, o “público culto do Ocidente foi convidado a preparar-se para a incômoda transição em direção a uma nova sociedade, tão diferente da sociedade industrial quanto esta fora da agrária”.²⁸⁸

Contudo, a partir da revolução tecnológica ocorrida nos anos 80 e 90 do século passado, surgiu um elemento que para muitos autores indicaria a referência da sociedade atual, a informação. Ressalte-se, porém, que há autores que entendem que sociedade pós-industrial é expressão sinônima de sociedade da informação, como, por exemplo, CASTELLS.²⁸⁹ DE MASI, por sua vez, entende que não é correto tratá-las como sinônimas. O autor defende que a melhor expressão para definir a sociedade atual continua a ser “sociedade pós-industrial”, uma vez que esta a delinea como diferente da sociedade industrial, enquanto não se torna claro quais fatores serão determinantes para caracterizá-la. Diz que apesar de não ser impecável, tal expressão “é, por enquanto, a menos pior, justamente por sua indefinição que não privilegia nenhum fator”.²⁹⁰ Já para KUMAR, da teoria da sociedade pós-industrial emergiram várias teses, entre as quais três se destacam três: sociedade da informação, pós-fordista e pós-moderna. Para este autor, a teoria da sociedade da informação é uma evolução da teoria da sociedade pós-industrial.²⁹¹ A teoria da pós-modernidade, por sua vez, configura-se como a mais abrangente dentre as correntes teóricas, ao acolher todas as formas de mudança: cultural, política e econômica. Tal teoria, diz KUMAR, “tranquilamente, agrupa como componentes de sua própria e ambiciosa conceituação de fenômenos correntes”.²⁹²

Por fim, cabe observar que a tese de que se está diante de uma nova sociedade não está isenta de críticas. Theodore ROSZAK, por exemplo, afirma que as novas tecnologias não podem, abruptamente, suplantam o sistema industrial e esperar permanecerem sozinhas. Elas precisam ter suas habilidades inseridas no sistema industrial existente, utilizando suas habilidades, sua mão-de-obra, seus recursos e seus centros fabris. Portanto, não estão em contraste com a sociedade industrial e devem, agora, substituí-la. Pelo contrário, a tecnologia da informação é resultado do sistema industrial existente. Por isso, aduz que “a *high tech* inaugura um novo estágio na sequência do processo industrial. Essas tecnologias não substituem umas às outras; elas se sobrepõem, se compõem e devem estar coordenadas”.²⁹³

Como se percebe, a ideia de uma nova sociedade provoca intensos debates. A

²⁸⁸ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna** ... Op. cit., p. 13.

²⁸⁹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Op. cit., p. 32.

²⁹⁰ DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 31/32.

²⁹¹ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna** ... Op. cit., p. 14/15.

²⁹² KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna** ... Op. cit., p. 15/16.

²⁹³ ROSZAK, Théodore. **O culto da informação**. Tradução de José Luiz Aidar. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 55.

diversidade de nomenclaturas e significados só obnubilam o problema. Contudo, as estimulantes questões que suscitou despertaram a atenção de muitos estudiosos, motivados por um estado de espírito de crise, decorrente do choque do petróleo de 1973 e dos debates sobre os limites do crescimento econômico, que substituiu o otimismo da década anterior. Isso apontava, a despeito das discórdias, para um ponto quase pacífico: a constatação de que as sociedades industriais haviam cruzado uma linha divisória: “o industrialismo clássico, o tipo de sociedade analisada por Marx, Weber e Durkheim, o tipo de sociedade habitada pela maioria dos ocidentais no último século e meio não mais existia”.²⁹⁴ Instalou-se a consciência de que a nova sociedade não mais se caracteriza pelo modo de produção industrial, porém ainda não se conseguiu compreender, totalmente, qual o fator tomará a posição determinante ocupada pela indústria por duzentos anos.²⁹⁵ Mesmo ROSZAK concorda que as novas tecnologias impõem uma transição significativa na história mundial, uma vez que nenhuma tecnologia, até então, havia expandido as potencialidades da sociedade atual tão rapidamente quanto os computadores e as telecomunicações.²⁹⁶

Diante desse contexto, três teorias serão analisadas: pós-industrial, informacional e pós-moderna. A primeira por ter sido a pioneira, a segunda por estabelecer como ponto chave da nova sociedade a informação e a terceira por ser a mais abrangente de todas.

3.1 SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL: O PONTO DE PARTIDA

A sociedade pós-industrial, na lição de Daniel BELL, “ênfatisa a importância central do conhecimento teórico como eixo a cujo redor se organizarão o desenvolvimento econômico e a estratificação da sociedade”.²⁹⁷ O autor fixou em meados dos anos 1950 a data de nascimento da sociedade pós-industrial, ano em que, nos Estados Unidos, os trabalhadores do setor terciário suplantaram em quantidade os do setor produtivo ou secundário.²⁹⁸ No entendimento de BELL, se a industrialização é relevante para a conformação do caráter da força de trabalho, tal sociedade já não pode ser considerada industrial. Ela metamorfoseou-se numa sociedade de prestadores de serviços.²⁹⁹ Logo, o fator decisivo para o surgimento da teoria pós-industrial foi constatar a supremacia do setor terciário em dado momento histórico e naquele país específico.

BELL divide as sociedades em pré-industriais, industriais e pós-industriais. Afirma que

²⁹⁴ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna** ... Op. cit., p. 14.

²⁹⁵ DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 30.

²⁹⁶ ROSZAK, Théodore. **O culto da informação**. Op. cit., p. 12.

²⁹⁷ BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1977, p. 134.

²⁹⁸ Bell observou que “logo no início do século, somente três de cada grupo de dez trabalhadores estavam empregados nas indústrias prestadoras de serviços, e sete eram absorvidos pela produção de bens. Por volta de 1950, essas proporções ficaram mais equilibradas. Por volta de 1968, elas haviam oscilado de tal forma que seis de cada grupo de dez tinham passado para o serviço”. BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 150.

²⁹⁹ BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 155.

na sociedade pré-industrial, condição ainda prevaiente na maior parte do mundo, a força de trabalho é absorvida pelas atividades extrativas (mineração, pesca, silvicultura, agricultura). Sua natureza é um jogo contra a própria natureza. Trabalha-se com a força bruta dos músculos. A produtividade é baixa e a economia fica subordinada às vicissitudes da natureza tangível. As sociedades industriais, por sua vez, são produtoras de bens. Sua natureza é um jogo contra a natureza fabricada. O universo tornou-se técnico e racionalizado. A máquina passou a predominar, os ritmos de vida passaram a ser mecanicamente regulados e o tempo tornou-se cronológica e uniformemente dividido. A energia e a máquina substituíram o músculo e forneceram a força que constituiu a base da produtividade, transformando a natureza do trabalho. Trata-se de um universo programado, no qual os componentes dos bens são agrupados no momento exato e nas proporções certas, de modo a facilitar seu fluxo. O critério da *techne* é a eficiência e a maneira de viver é moldada pela economia.³⁰⁰

À sociedade pós-industrial, aduz Jair Ferreira dos SANTOS, pode ser creditado o imenso progresso das nações capitalistas nos séculos XIX e XX, fundado nas grandes fábricas, ferrovias, navegação e na exploração. A reboque vieram o automóvel e o avião; o telégrafo, o telefone, o rádio, a TV; o petróleo e a eletricidade; o crédito ao consumidor e a publicidade; o indivíduo burguês, sujeito livre, empreendedor e seu arqui-inimigo, o operário revolucionário. A nova sociedade promoveu também o Estado nacional, ao qual cabia a tarefa de cuidar dos serviços (saúde, transporte, ensino) e exercer o controle social (exército, polícia). Completando o cenário, expandiram-se as metrópoles e as classes médias consumidoras de moda e lazer; surgiu a família nuclear e a cultura de massa. Dando vitória à razão técnico-científica a máquina fez recuar a tradição, a religião, a moral e ditou novos valores, mais livres e urbanos, mas sempre atrelados ao progresso social. Por fim, ela gerou a massa industrial e o indivíduo mecanizado e solitário na multidão das grandes cidades. Porém, “a civilização moderna industrial, assentada na produção e na máquina, iria se modificar desde os anos 50, ao rumar para a sociedade pós-industrial, mobilizada pelo consumo e a informação”.³⁰¹

A sociedade pós-industrial, a seu turno, tem por base os serviços. Trata-se de um jogo entre as pessoas. O que conta não é a força muscular, ou a energia, mas a informação. A personalidade central é a do profissional, preparado por sua educação e treinamento para fornecer as habilidades que vão sendo cada vez mais exigidas. Tal sociedade define-se pela quantidade e qualidade de serviços (saúde, educação, lazer e artes), considerados desejáveis para todos. Como jogo entre as pessoas, a vida social torna-se, porém, mais difícil, porque as exigências políticas e os direitos sociais se multiplicam, os mais velhos se assustam com a rapidez das mudanças, enquanto a

³⁰⁰BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 146/147.³⁰¹SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 22/23.

orientação para o futuro vai desgastando as diretrizes tradicionais e morais do passado. A informação passa a representar o recurso central e fonte de poder da nova sociedade.³⁰²

Outra característica bastante importante da sociedade pós-industrial é que a classe operária já não é mais tão expressiva quanto fora na sociedade industrial. Em consequência, há uma perda de importância das classes sociais e dos seus conflitos, assim como do próprio trabalho. Diz BELL que o “fator crucial é que ‘a questão do trabalho’ deixou de ser central e não tem um peso sociológico e cultural suficiente para polarizar todas as outras questões em torno desse eixo”.³⁰³ Além disso, na sociedade pós-industrial ganham projeção, ainda maior, a ciência e a técnica, de modo que a conhecimento e a tecnologia se transformam no recurso central da sociedade.³⁰⁴ Ocorre, então, um deslocamento dos conflitos e do poder do trabalho e das classes à ciência e à técnica. A disputa se dá entre os que têm e os que não têm o saber. O mesmo sucede em relação ao poder, onde o saber ocupa o lugar antes ocupado pela propriedade. A ciência torna-se a base do novo poder. Mas o fundamental não é apenas esta transição, mas a mudança do próprio conhecimento: o que se tornou decisivo à sociedade é “a centralidade atual do conhecimento teórico; a primazia da teoria sobre o empirismo e a codificação do conhecimento em sistemas abstratos de símbolos suscetíveis de serem transferidos para circunstâncias muito diferentes e variadas”.³⁰⁵

Com o advento da sociedade pós-industrial, os aspectos centrais da sociedade industrial se romperam. Passou a ser difícil, primeiramente, identificar o local de produção de um objeto qualquer. Um instrumento de informática, por exemplo, é fruto de inúmeras peças que o compõem, executadas em oficinas espalhadas em diversas partes do mundo. Não é fácil, igualmente, situar no tempo e no espaço as novas relações sociais. O próprio sistema das relações internacionais se transformou completamente, razão pela qual se torna cada vez mais difícil identificar o país ao qual deve ser atribuída a verdadeira paternidade de um produto ou de uma pesquisa. E, por fim, a hierarquia mudou entre as várias nações: o Terceiro Mundo não é mais colonizado, mas continua dependente. Ademais, ao contrário de que Marx teorizou, na sociedade pós-industrial não existe um conflito preponderante a ponto de absorver todos os outros. Os atuais conflitos (o feminista, o ecológico, o antinuclear, etc) não se referem aos indivíduos em função do lugar por eles ocupado nas relações de produção, mas em termos de variados fatores.³⁰⁶

Por derradeiro, saliente-se que apesar de possuir características novas e próprias, o termo “pós-industrial”, na visão de KUMAR, posição com a qual concorda-se plenamente, denota uma noção de continuidade, como se a nova sociedade só se conseguisse definir com um olhar

³⁰² BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 147/148.

³⁰³ BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 172 e 189.

³⁰⁴ BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 250 e ss.

³⁰⁵ BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 380 e 172.

³⁰⁶ DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. Op. cit., p. 60/61 e 83.

retrospectivo.³⁰⁷ Por tal motivo, a expressão “sociedade da informação” é a continuidade mais evidente em relação à teoria pós-industrial na interpretação da sociedade, ou seja, a sociedade que é definida por seus novos métodos de acessar, processar e distribuir informação. Além do mais, o conceito de “sociedade de informação” ajusta-se bem à tradição do pensamento ocidental, o qual mantém a fé na racionalidade e no progresso.³⁰⁸

3.2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O conceito de “sociedade da informação” reflete a necessidade de se explicar o conjunto de fenômenos sociais que ocorrem desde os fins do século passado. Na base destes acontecimentos estão as tecnologias da informação, resultantes da convergência entre informática e telecomunicações.³⁰⁹ A realidade que a “sociedade da informação” busca expressar refere-se, portanto, às transformações tecnológicas, econômicas e sociais que têm como fator-chave não mais a energia, mas a informação.

Para CASTELLS, a sociedade contemporânea é fundamentalmente informacional e global: informacional porque a “produtividade e a competitividade dos agentes na economia dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos”, e é global porque “as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global”. Essa nova sociedade, na visão do autor, surgiu no último quartel do século XX, uma vez que a revolução da tecnologia da informação forneceu a base material indispensável. Aduz que a informação e o conhecimento foram elementos econômicos essenciais, em qualquer época histórica, além do que a tecnologia sempre determinou, em grande parte, a capacidade produtiva e os padrões de vida da sociedade. Porém, entende que a emergência de um novo paradigma social organizado em torno de novas tecnologias da informação possibilitou que a própria informação se torne o produto do processo produtivo. Surge, assim, uma economia em rede profundamente interdependente, capaz de aplicar seu progresso em tecnologia e conhecimentos na própria tecnologia e conhecimentos, um

³⁰⁷ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 147/148.

³⁰⁸ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 15.

³⁰⁹ Castells inclui entre as tecnologias da informação e da comunicação o conjunto convergente de tecnologias da microeletrônica, computação (*hardware* e *software*), telecomunicações e radiodifusão, e optoeletrônica, além de incluir também a engenharia genética e seu conjunto de desenvolvimentos e aplicações. Isso se deve ao fato de a engenharia genética concentrar-se na decodificação, manipulação e conseqüente reprogramação dos códigos de informação da matéria viva. Para o autor, a partir dos anos 1990, a biologia, a eletrônica e a informática parecem estar convergindo e interagindo em suas aplicações e mais fundamentalmente na abordagem conceitual. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Op. cit., p. 50/51.

círculo tão virtuoso que conduz a um enorme ganho de produtividade e eficiência.³¹⁰

Essa nova civilização, confirma Alvin TOFFLER, traz consigo “novos modos de trabalhar, amar e viver, novos estilos de família, novos conflitos políticos, uma nova economia e, além disso, uma consciência alterada”. Para este autor, atualmente, acontece “um evento tão profundo como a Primeira Onda de mudança, desencadeada há dez mil anos pela descoberta da agricultura, ou o terremoto da Segunda Onda, provocado pela Revolução Industrial. Somos os filhos da transformação seguinte, a Terceira Onda”.³¹¹ Na terceira onda há uma saturação dos ideais da modernidade (razão, progresso, futuro, etc), aliadas às novas possibilidades da tecnologia, que propicia o surgimento de novas formas de sociabilidade.³¹²

Apesar de os antecessores industriais das tecnologias da informação já poderem ser observados anos antes da década de 40 (telefone de Bell em 1876, rádio de Marconi em 1898 e a válvula a vácuo de De Forest em 1906), foi a partir da Segunda Guerra Mundial que se deram as principais descobertas tecnológicas em eletrônica: o primeiro computador programável e o transistor, fonte da microeletrônica, que foram os cerne da Revolução da tecnologia da informação no século XX.³¹³ Por isso, muitos autores, dentre eles CASTELLS, defendem a ideia de que só na década de 1970 “as novas tecnologias da informação difundiram-se amplamente, acelerando seu desenvolvimento sinérgico e convergindo em um novo paradigma”.³¹⁴

KUMAR, no mesmo sentido, aduz que se as duas primeiras revoluções foram baseadas em energia, a terceira baseia-se na informação. Essa transformação, diz o autor, esteve em gestação por mais de cem anos, haja vista o surgimento do telégrafo, telefone, cinema, rádio e televisão. Foi o computador, porém, seu ponto culminante, uma vez que este foi o único aparelho capaz de manipular e transformar informações e, assim, desempenhar automaticamente e sem intervenção humana, funções que antes haviam sido realizadas apenas pelo cérebro humano.³¹⁵

Porém, em posição relativamente distinta, Neil POSTMAN assevera que “nada mais enganador do que a afirmação de que a tecnologia do computador introduziu a era da informação”. A prensa tipográfica, diz o autor, começou essa era no início do século XVI, pois cinquenta anos depois de sua invenção por Gutenberg havia imprensa em mais de cem cidades de seis países diferentes e mais de oito milhões de livros impressos, “quase todos eles cheios de informação que antes era inacessível à média das pessoas”. Havia livros sobre Direito, agricultura, política, metalurgia, botânica, pediatria, em suma, sobre os mais variados assuntos. Em pouco tempo o

³¹⁰ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Op. cit., p. 87/88.

³¹¹ TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 22. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997, p. 23.

³¹² LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 15.

³¹³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Op. cit., p. 58.

³¹⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Op. cit., p. 58.

³¹⁵ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 20.

mundo do comércio tornou-se o mundo do papel impresso, com o uso difundido dos contratos, títulos, notas promissórias e mapas. Enfim, “a imprensa não apenas criou novas fontes de acumulação de dados, mas também aumentou vastamente a comunicação entre os cientistas em esfera continental”, de modo que ainda no início do século XVII já havia um ambiente de informação inteiramente novo criado pela imprensa.³¹⁶

Desta época até meados do século XIX, diz POSTMAN, não foi introduzida nenhuma tecnologia importante que alterasse a forma, o volume e a velocidade da informação. Porém, com a invenção do telégrafo, em meados do século XIX, a coisa mudou: até então, a informação, que tendia a ser de interesse local, “passou a viajar a uma velocidade maior do que 50 km/h (a velocidade de um trem)”, o que favoreceu o surgimento do segundo estágio da revolução da informação. Removeu-se o espaço como um embaraço ao movimento da informação e, pela primeira vez, o transporte e a comunicação se libertaram um do outro. O telégrafo, em conjunto com a imprensa diária, transformou a informação em mercadoria. Quando começou o século XX, a quantidade de informação disponível por meio de palavras e imagens cresceu exponencialmente. E, então, ocorreu novo estágio da revolução da informação, a radiodifusão. Só depois surgiu a tecnologia do computador. Cada uma dessas invenções trouxe consigo novas formas de informação, quantidades de informação sem precedentes e velocidade aumentadas.³¹⁷

Entretanto, embora a revolução da informação, com efeito, tenha começado com a imprensa, é importante destacar o caráter diferenciador dos dispositivos de comunicação atuais, o seu caráter digital,³¹⁸ que, ao substituir o analógico, permite melhor transmissão e um tratamento automático das mensagens.³¹⁹ Deve-se levar em conta ainda que os novos *media*³²⁰ redefinem, do

³¹⁶ POSTMAN, Neil. **Tecnopólio**: a rendição da cultura à tecnologia. São Paulo: Nobel, 1994, p. 70/72.

³¹⁷ POSTMAN, Neil. **Tecnopólio**: a rendição da cultura à tecnologia. Op. cit., p. 74/77.

³¹⁸ Digitalizar uma informação, explica Lèvy, consiste em traduzi-la em números binários (0 ou 1). Praticamente qualquer informação pode ser codificada dessa forma, seja ela imagen, som, texto, etc. Há, conforme ensina o autor, três motivos importantes pelos quais a numerização interessa. Primeiramente, porque os números binários podem ser representados por uma grande variedade de dispositivos de dois estados (aberto ou fechado, plano ou furado, negativo ou positivo, etc.). É assim que os dígitos circulam nos fios elétricos, polarizam fitas magnéticas, se traduzem em lampejos em fibras óticas, etc. Além disso, as informações codificadas digitalmente podem ser transmitidas e copiadas quase indefinidamente sem perda de informação. Por último, os números codificados em binários podem ser objeto de cálculos aritméticos e lógicos realizados por circuitos eletrônicos especializados. Enfim, a digitalização permite um tipo de tratamento de informações eficaz e complexo, impossível de ser executado por outras vias. LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 50/51.

³¹⁹ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura ...** Op. cit., p. 92/93.

³²⁰ Como explica André Lemos, os novos *media* (digitais) aparecem com a revolução da microeletrônica, na segunda metade da década de 70, as quais vão proporcionar convergências e fusões, principalmente no que se refere à informática e às telecomunicações. Os *media* digitais agem em duas frentes: ou prolongando e multiplicando a capacidade dos *media* tradicionais (como satélites, cabos, fibras óticas); ou criando novas tecnologias, na maioria das vezes híbridas (computadores, celulares, TV digital, etc.). Se os *media* clássicos não vão desaparecer, é certo que muita coisa vai mudar no conteúdo e na forma de consumir informações. A imprensa escrita, o rádio e a televisão têm o poder de escolher a informação que deve ser acessível ao público. Os novos *media*, todavia, como a internet, permitem a comunicação individualizada, personalizada, bidirecional e em tempo real. Com eles todos podem participar na produção e circulação da informação. A tecnologia digital proporciona assim uma dupla ruptura: no modo de conceber a informação (por processos microeletrônicos) e no modo de difundir as informações (modelo todos-todos). LEMOS, André. **Anjos interativos e retribalização do mundo**: sobre interatividade e interfaces digitais. [online] Disponível

mesmo modo que ocorreu na transição da pré-modernidade para a modernidade, as noções de tempo e espaço. Isso ocorre porque a informação opera, agora, em um contexto global e de forma imediata. Os novos *media* comprimem espaço e tempo, introduzindo um marco espaço-temporal radicalmente novo em relação à sociedade moderna.³²¹ São, assim, instrumentos de simulação, formas técnicas de alterar o espaço-tempo,³²² que geram duas importâncias consequências para o escopo desse trabalho: as noções de sociedade centrada no lar e de hiper-realidade, as quais, dada a sua relevância, serão tratadas em tópicos específicos.

Observa-se, porém, que há autores que discordam que se vive, atualmente, numa “sociedade da informação”. Para esta corrente, avalia KUMAR, “a sociedade da informação é um mito criado para servir aos interesses dos que administram a sociedade da informação”.³²³ O principal argumento da crítica à ideia da sociedade de informação é que o desenvolvimento das novas tecnologias não implantou nenhum princípio fundamentalmente novo na sociedade. É reconhecida a sua potencialidade de produzir mudanças radicais nos costumes sociais. Porém, elas estão sendo aplicadas em uma estrutura política e econômica que apenas reforça os padrões existentes, isto é, “persiste uma continuidade fundamental”, razão pela qual aduzem que “as técnicas podem mudar, mas os objetivos e finalidades supremos das sociedades industriais capitalistas permanecem os mesmos”.³²⁴ ROSZAK, por sua vez, assevera que as expressões “economia informacional” ou “sociedade da informação” não passam de “fetiches de um culto público tão difundido. Como todos os cultos, também este tem a intenção de recrutar a aquiescência e submissão não refletidas”.³²⁵

Portanto, para esta corrente de pensadores não há nada que justifique que a humanidade ingressou em uma nova fase da evolução social, comparável à transformação induzida pela Revolução Industrial. Esta revolução estabeleceu uma nova relação entre cidade e campo, lar e trabalho, homens e mulheres, pais e filhos. Gerou uma nova ética e novas filosofias. Não há prova de que a disseminação da tecnologia da informação tenha ocasionado quaisquer grandes mudanças desse porte. Muito pelo contrário, a maior parte das evidências indica que o que ela fez, principalmente, foi dar às sociedades industriais meios de fazer mais e em maior extensão o que já vinham fazendo.³²⁶

Porém, como o próprio KUMAR reconhece, “não há dúvida quanto à importância da nova tecnologia da informação em grandes áreas da vida social e econômica”. Para ele, apesar disso

em: <http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/lemons/interativo.pdf>. Acesso em 12/08/2012.

³²¹ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 23.

³²² LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura ...** Op. cit., p. 68.

³²³ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 29 e 43.

³²⁴ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 44.

³²⁵ ROSZAK, Théodore. **O culto da informação.** Op. cit., p. 12.

³²⁶ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 172.

não implicar o estabelecimento do advento de uma “terceira onda” de evolução social, a tecnologia da informação acelerou processos, facilitou a adoção de novas estratégias de administração de empresas, mudou a natureza do trabalho em numerosas profissões e apressou certas tendências em lazer e consumo, mas não produziu mudança radical na maneira como as sociedades industriais são organizadas ou na direção em que evoluem.³²⁷

Em conclusão, a “sociedade da informação”, talvez, seja uma maneira parcial de expressar a realidade social contemporânea. Todavia, não há dúvida que as novas tecnologias da informação e da comunicação introduziram uma significativa mudança estrutural nos padrões de produção, de trabalho e de consumo. Permitiram, ademais, um expressivo aumento de produtividade na produção de bens e na prestação de serviços e propiciaram a incorporação de grande parte do planeta na mesma lógica econômica. Saliente-se, ainda, que se a sociedade ainda se estrutura, em grande parte, na produção de bens industriais, a indústria deixou de ser o elemento central da vida socioeconômica. Logo, pode-se afirmar, sem medo de errar, que as novas tecnologias da informação produziram uma verdadeira revolução no modo de vida da sociedade atual. Por isso, para muitos autores, a pós-modernidade está para a sociedade pós-industrial, assim como a modernidade está para a sociedade industrial. Porém, tal associação, como se verá, não é tão simples assim, pois o enfoque da teoria da pós-modernidade possui considerações bem mais “abrangentes e chocantes sobre a própria natureza da sociedade e da realidade objetiva. Faz afirmações não só sobre a nova sociedade (...), mas sobre nossa maneira de compreender a própria realidade”.³²⁸ Em função disso, a teoria da pós-modernidade é a que a melhor descreve a sociedade contemporânea, razão pela qual se passa a analisá-la.

3.3 AS TEORIAS DA PÓS-MODERNIDADE

Como o próprio nome sugere, pós-modernidade é algo que vem após a modernidade. Indica uma ruptura ou uma transformação do modo de vida moderno e a formação de um novo modelo de sociedade. Há, todavia, importantes autores que afirmam que a pós-modernidade é apenas uma mera reflexão sobre a modernidade. Outros, como David HARVEY, questionam se há na pós-modernidade um potencial revolucionário em função de sua oposição a todas as formas de metanarrativas e de sua especial atenção a “outras vozes” (mulheres, gays, negros)?³²⁹ Em essência, a questão central a ser analisada é, na linha do que questiona Emerson GABARDO, se, de fato, a “pós-modernidade consiste num verdadeiro rompimento com o paradigma antecedente ou reflete

327

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 164.

328

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 133.

329

HARVEY, David. **Condição pós-moderna ...** Op. cit., p. 47.

apenas uma alteração da própria modernidade”.³³⁰

Como parece natural pelas questões suscitadas, a discussão sobre a pós-modernidade situa-se contra o pano de fundo do conceito de modernidade. Em função disso, qualquer “que seja o significado de pós-modernidade, este tem que derivar, antes de tudo, de um entendimento do que é modernidade”,³³¹ razão pela qual é por onde se começa a análise.

Na lição de GIDDENS, “modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”.³³² Para KUMAR, modernidade “refere-se a criações econômicas, tecnológicas, políticas e, em muitos aspectos, intelectuais, das sociedades modernas no período transcorrido desde o século XVIII”. A modernização, portanto, pode ser entendida como o processo por meio do qual a modernidade tomou forma e, assim, pôde ser imitada por outras sociedades.³³³

A palavra *modernus* é derivada de *modo*, significando recentemente, há pouco, tendo sido usada, inicialmente, em fins do século V d.C., como antônimo de *antiquus*. Nasceu com o objetivo de criar um contraste, tão nítido quanto fosse possível, com o mundo antigo: este era pagão, o moderno, cristão; o primeiro estivera envolvido em trevas, o segundo fora transformado pelo aparecimento, entre os homens, do filho de Deus. Com Jesus Cristo, todo o significado da história foi alterado, pois o cristianismo deu novo alento à ideia de tempo. Derrubou a concepção naturalista do mundo antigo, segundo a qual o tempo era visto no espelho da mudança cíclica das estações, na alternância interminável entre dia e noite, ou nos ciclos reprodutivos de nascimento, morte e novo nascimento. O tempo humano era regular e repetitivo; havia mudança, mas não novidade. O tempo passou, então, a ser dividido em antes e depois de Cristo: passado, presente e futuro foram ligados em uma sequência compreensível. O cristianismo, ao adotar uma visão escatológica da história, criou uma perspectiva do passado que obtém sentido apenas através de suas contribuições ao futuro.³³⁴

Além disso, como observa GIDDENS, o tempo, para a maioria da população nas sociedades pré-modernas, sempre estivera vinculado a lugar: o “quando” era quase sempre conectado ao “onde” ou identificado por ocorrências naturais regulares. A invenção do relógio mecânico e sua difusão entre os membros da população (um fenômeno que data do final do século XVIII) foram de significação chave na separação entre o tempo e o espaço. O relógio expressava

³³⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59.

³³¹ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 182.

³³² GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991, p. 11.

³³³ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 182.

³³⁴ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 79/81.

uma dimensão uniforme de tempo “vazio” quantificado de uma maneira que permitia a designação precisa de “zonas” do dia (a jornada de trabalho, por exemplo). A uniformidade de medição do tempo pelo relógio correspondeu à uniformidade na organização social do tempo. Isso possibilitou, também, a padronização do tempo através das regiões, pois, mesmo no final do século XIX, áreas diferentes, mesmo dentro de um único Estado, geralmente tinham “tempos” diferentes.³³⁵ O “esvaziamento do tempo” foi, assim, em grande parte, a pré-condição para o “esvaziamento do espaço”. O advento da modernidade desconectou, progressivamente, o espaço do tempo, fomentando relações entre pessoas distantes. Na modernidade, afirma GIDDENS, “o lugar se torna cada vez mais fantasmagórico: isto é, os locais são completamente penetrados e moldados em termos de influências sociais bem distantes deles”.³³⁶

Porém, embora a Idade Média tenha inventado a ideia de *modernus*, pouquíssima importância lhe deram. Só em fins do século XVII é que se renunciou a ideia de modernidade, como se entende hoje, e nessa ocasião apenas alijando o arcabouço religioso que havia tornado possível a sua concepção.³³⁷ Durante todo o século XVII e a maior parte do século seguinte ainda era rara a fé no futuro, “persistia a idéia de decadência e degeneração. A cultura, a ciência e mesmo as artes poderiam progredir, mas isso em geral acontecia ao custo do progresso moral e espiritual”. Noções clássicas de tempo continuaram a dominar a mente ocidental até a segunda metade do século XVIII. O século XVII presenciou um poderoso ressurgimento do pensamento apocalíptico. Essa visão do tempo limitava o interesse pelo presente a um período de espera e preparação; o elo com o futuro era obra da providência e não o resultado da ação humana consciente.³³⁸

No entanto, essa visão de tempo e história foi, gradualmente, sendo superada na segunda metade do século XVIII, abrindo caminho para um novo conceito de modernidade. Para tanto, o que Kant chamou de “terrorismo moral” do cristianismo – a expectativa apocalíptica do fim do mundo – tinha que ser extirpada. Nesse longo processo, o milênio tornou-se científico, racional e o alvorecer de uma era de progresso humano infundável na terra, enfim, a idéia de progresso foi a base da nova ideia de modernidade.³³⁹

Como se percebe, a formação da modernidade, “como ocorre em todo processo histórico”, foi o resultado de um processo histórico complexo, sem data de nascimento, não foi gestada num lugar específico e não tem progenitores precisamente identificáveis.³⁴⁰ Significou um novo modo de pensar e julgar o tempo. O presente tornou-se o lugar privilegiado para entender e

³³⁵ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Op. cit., p. 25/26.

³³⁶ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Op. cit., p. 26/27.

³³⁷ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 81/82.

³³⁸ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 89/90.

³³⁹ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 91.

³⁴⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de Direito à sujeição jurídica**. São Paulo: LTr, 2002, p. 30.

avaliar o passado, preparando o futuro. O simbolismo do mito perdeu, “com o nascimento da razão filosófica, a sua dignidade como princípio legitimador e mobilizador da sociedade”.³⁴¹

Mas por qual motivo a separação entre tempo e espaço é tão crucial para o dinamismo da modernidade? Em primeiro lugar, responde GIDDENS, tal separação é a condição principal do processo de desencaixe, definido este como “o deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço”.³⁴² Este fenômeno “serve para abrir múltiplas possibilidades de mudança liberando das restrições dos hábitos e das práticas locais”, ao mesmo tempo em que proporciona os mecanismos de engrenagem para o traço distintivo da vida social moderna, a “organização racionalizada”. As organizações modernas (inclusive os Estados), normalmente, têm um dinamismo que contrasta agudamente com as ordens pré-modernas. Elas são capazes de conectar o local e o global de formas impensáveis em sociedades tradicionais, e, assim fazendo, afetam a vida de milhões de pessoas.³⁴³

GIDDENS distingue dois tipos de mecanismos de desencaixe envolvidos na evolução das instituições sociais modernas: fichas simbólicas e sistemas peritos. As fichas simbólicas “são meios de intercâmbio que podem ser ‘circulados’ sem ter em vista as características específicas dos indivíduos ou grupos que lidam com eles em qualquer conjuntura particular”. Seu principal exemplo é o dinheiro, já que ele é um meio de retardar o tempo e assim separar as transações, ao proporcionar maneiras de conectar crédito e dívida em circunstâncias em que a troca imediata de produtos era impossível. Por isso, o dinheiro é crucial para o desencaixe da economia moderna. Sistemas peritos, por sua vez, dizem respeito a “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”. A maioria das pessoas consulta profissionais (advogados, arquitetos, médicos etc) apenas de modo periódico. Mas os sistemas nos quais está integrado o conhecimento dos peritos influenciam muitos aspectos do que se faz de uma maneira contínua.³⁴⁴ Como esclarece o autor:

Ao estar simplesmente em casa, estou envolvido num sistema perito, ou numa série de tais sistemas, nos quais deposito minha confiança. Não tenho nenhum medo específico de subir as escadas da moradia, mesmo considerando que sei que em princípio a estrutura pode desabar. Conheço muito pouco os códigos de conhecimento usados pelo arquiteto e pelo construtor no projeto e construção da casa, mas não obstante tenho “fé” no que eles fizeram. Minha “fé” não é tanto neles, embora eu tenha que confiar em sua competência, como na autenticidade do conhecimento perito que eles aplicam — algo que não posso, em geral, conferir exaustivamente por mim mesmo.³⁴⁵

Os sistemas peritos são mecanismos de desencaixe porque, do mesmo modo que as

³⁴¹ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura ...** Op. cit., p. 61.

³⁴² GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** Op. cit., p. 29.

³⁴³ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** Op. cit., p. 28/29.

³⁴⁴ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** Op. cit., p. 35.

³⁴⁵ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** Op. cit., p. 35.

fichas simbólicas, removem as relações sociais das imediações do contexto. Ambos os mecanismos de desencaixe pressupõem a separação entre tempo e espaço.³⁴⁶ Na sociedade atual, aliás, não há como não reconhecer que o homem está cada vez mais rodeado de sistemas peritos, à medida que o desenvolvimento tecnológico cria novas parafernálias “úteis” à vida diária.

Como será demonstrado, o sistema de arrecadação tributária, agora, automatizado e encapsulado em regras de sistemas informáticos, torna-se um grande e complexo sistema perito. Afinal, os *softwares*, sem os quais os computadores não têm serventia alguma, são uma reunião incompreensível de linhas de códigos (pelo menos para a maioria das pessoas). Porém, todos estão presos às determinações estabelecidas por peritos que os desenvolveram. Há, por isso, um desencaixe crescente entre Administração tributária e contribuinte, similarmente ao desencaixe que há entre empresas e consumidores, entre amantes, entre amigos, entre a criança e a rua, enfim, entre o jardim e a praça.³⁴⁷

O projeto da modernidade, portanto, entrou em foco durante o século XVIII. Foi o resultado de um grande esforço intelectual de pensadores iluministas para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei universais. O pensamento iluminista abraçou a ideia de progresso e buscou a ruptura com a tradição. Foi, sobretudo, um movimento secular que buscou desmistificar e dessacralizar o conhecimento e a organização social para libertar os seres humanos de seus grilhões. A modernidade reverenciava a descoberta científica e a busca da excelência individual em nome do progresso humano. Os pensadores iluministas “acolheram o turbilhão de mudanças e viram a transitoriedade, o fugidio e o fragmentário como condição necessária por meio da qual o projeto modernizador poderia ser realizado”.³⁴⁸ A era moderna é vista, assim, como o ponto culminante do desenvolvimento humano, anunciando “o segredo da história humana, até então oculto aos olhos dos que dela participavam”.³⁴⁹

A Revolução Francesa foi uma de suas principais expressões e um de seus principais veículos. Ela anunciou o objetivo do período moderno “como a obtenção de liberdade sob a orientação da razão”. Deu à modernidade sua forma e consciência características, uma revolução baseada na razão. Por outro lado, a Revolução Industrial forneceu-lhe a substância material. Afinal, a modernidade é tanto uma questão de ideia e atitudes, quanto de técnicas. Isso aconteceu em parte por causa do caráter sumamente explosivo do fenômeno – uma aceleração econômica até um ponto que acabou por assumir proporções revolucionárias. Ademais, só com a industrialização é que a sociedade ocidental tornou-se uma civilização mundial. O industrialismo transformou sociedades,

³⁴⁶ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Op. cit., p. 36.

³⁴⁷ Utilizando metáfora de Nelson Saldanha, ensina Gabardo que o “o jardim é um espaço organicamente ligado à casa (portanto, delimitado e privado); já a praça é um espaço organicamente ligado à cidade (portanto, aberto e público)”. GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...** Op. cit., p. 38.

³⁴⁸ HARVEY, David. **Condição pós-moderna ...** Op. cit., p. 23.

³⁴⁹ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 92.

ainda na maior parte pobres e agrárias, em centros concentrados de poder, cujas mercadorias, canhões e navios esmagaram a resistência de todos os povos não industriais.³⁵⁰

O industrialismo, portanto, é fruto da modernidade. Aliás, a imagem da modernidade está intimamente vinculada aos bens industriais. Modernizar significa produzir bens, como aviões, arranha-céus, navios, etc. Porém, três outras características importantes estão, também, associadas à modernidade: a noção de Estado (soberania), a subjetividade e a sociedade disciplinar. Como afirmam NEGRI e HARDT, “o mito da modernidade é o mito da soberania, do progresso e da sociedade disciplinar”.³⁵¹ GIDDENS, na mesma linha, observa que o aparato de vigilância constitui uma terceira dimensão institucional associada, como o capitalismo e o industrialismo, à ascensão da modernidade. A vigilância, afirma o autor, se refere à supervisão das atividades da população, podendo ser direta (como nas prisões e escolas), mas, mais comumente, é indireta e baseada no controle da informação.³⁵² Tal tema – sociedade disciplinar – por fulcral que é nesse trabalho, será abordado em item específico.

Quanto à formação do Estado-nação cabe tecer algumas linhas. Leciona Ricardo Marcelo FONSECA que um dos pontos de grande inflexão entre os mundos tradicional e moderno diz respeito à passagem de uma sociedade holística para uma atomística, de uma sociedade de ordens para uma de indivíduos. Havia no pensamento medieval, diz o autor, “a existência da idéia de uma ordem universal, abrangida por todos os homens e coisas, que remetia todos a um *telos*, uma causa final, uma justificação transcendente que era a figura do Criador”. Na sociedade de ordens, explica o autor, o indivíduo era definido a partir de suas funções sociais (pai, clérigo, vizinho, etc) e não por características que lhe fossem individualmente atribuíveis. A sociedade era estratificada. As diferentes ordens, tal qual no corpo humano, cooperavam conjuntamente, mas cada uma a seu modo, para a realização de um objetivo cósmico, a vontade divina.³⁵³

Em função disso, a harmonia da sociedade não dependia da igualdade de seus membros ou da uniformidade de suas funções no corpo social. Como decorrência da ideia de que cada corpo social tem a sua própria função há a conclusão de que a cada um deles deve ser atribuída a autonomia necessária para que tal função possa ser desempenhada. Ademais, em vista da autonomia e indispensabilidade de cada órgão da sociedade, bem como do reconhecimento de sua autonomia, não havia possibilidade de uma administração absolutamente centralizada. Toda administração deveria respeitar a *iurisdictio* de cada um dos corpos sociais e a sua articulação natural.³⁵⁴

Desta forma, a ideia de um comando social legítimo e unificado, que fosse fonte de todo

³⁵⁰ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 93 e 94.

³⁵¹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 270.

³⁵² GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Op. cit., p. 63.

³⁵³ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho ...** Op. cit., p. 31/32.

³⁵⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho ...** Op. cit., p. 33.

o poder, era estranha ao mundo tradicional, intrinsecamente fragmentado e descentrado. Em consequência, a ideia de Estado, tal como é compreendida hoje, enquanto fonte legítima e exclusiva de emanção da autoridade de política e jurídica, como entidade organizadora e estruturadora da sociedade, é antagônica à ideia de autoridade presente no mundo medieval. A ideia moderna de poder e autoridade só foi possível graças à criação de uma dualidade: Estado e sociedade. Com esta dissociação, possibilitou-se o aparecimento de uma nova ordem política centralizada, como parte do processo de redução do pluralismo político e jurídico, característicos da sociedade de ordens medievais. A autoridade foi paulatinamente desalojada de todos os vínculos sociais, religiosos, econômicos e pessoais, sendo transferida das organizações profissionais, da Igreja, das ordens locais, etc ao ente estatal burocratizado. Em decorrência, na época moderna o fundamento em Deus é abandonado e substituído pela natureza do homem. A base do Direito aparece, então, também sendo outro: “o homem e sua racionalidade”.³⁵⁵

Com o homem como referência, surge mais uma importante “invenção” da modernidade - a subjetividade. Com a modernidade, o sujeito passa a ser a referência da política, da sociedade, do conhecimento e também do Direito.³⁵⁶ Na mesma linha, aduz Boaventura de Sousa SANTOS, “a ciência moderna consagrou o homem enquanto sujeito epistêmico, mas expulsou-o do sujeito empírico”.³⁵⁷ Na modernidade o homem torna-se o centro (individualismo), uma mentalidade técnica se enraíza em instituições, a religião seculariza-se e ocorre uma diferenciação das esferas da ciência, da arte e da moral. A ciência vincula-se ao desenvolvimento da tecnologia e à produção industrial; a arte é retirada de seu contexto religioso e passa a ser espetáculo, sustentada pela publicidade e por um mecenato; a moral é enquadrada na secularização individualista da ética protestante e do espírito do capitalismo.³⁵⁸

Porém, “a promessa de dominação da natureza (...) conduziu a uma exploração excessiva e despreocupada dos recursos naturais”. A “promessa de uma paz perpétua (...) levou ao desenvolvimento tecnológico da guerra e ao aumento sem precedentes do seu poder destrutivo”. Uma terceira promessa – a de uma sociedade mais justa e livre – “conduziu à espoliação do chamado Terceiro Mundo e a um abismo cada vez maior entre Norte e Sul”. Como observa Boaventura de Sousa SANTOS, no século XX “morreu mais gente de fome do que em qualquer dos séculos anteriores, e mesmo nos países mais desenvolvidos continua a subir a percentagem dos socialmente excluídos”.³⁵⁹

Em função das promessas não cumpridas, a ideia de modernidade enfrentou uma

³⁵⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho ...** Op. cit., p. 33 e 46/47.

³⁵⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho ...** Op. cit., p. 68.

³⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 52.

³⁵⁸ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura ...** Op. cit., p. 62.

³⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente ...** Op. cit., p. 56.

complexa reação, que “ocorreu sob a forma de um movimento cultural denominado modernismo, que simultaneamente afirmava e negava a modernidade, mas dava continuidade a seus princípios e desafiava-a em seu próprio núcleo”.³⁶⁰ No campo da filosofia, as correntes do racionalismo, do utilitarismo e do positivismo foram atacadas. O ataque à razão, dogma central da modernidade, aprofundou-se com Freud e Bergson: “o ‘destronamento da razão’, a revelação das forças do irracional e do inconsciente, foi talvez o golpe mais devastador infligido pelo modernismo à modernidade”.³⁶¹ Observava-se, então, um profundo desejo de escapar do mundo moderno. O modernismo revelava, simultaneamente, com um sentido de euforia e de desespero. Porém, seu fascínio pelo novo o colocou ao lado do progresso e dessa forma ligou-o a uma das ideias básicas da modernidade. Mas a obsessão com a novidade acabou por romper a conexão. A modernidade, que fora definida como um rompimento com a tradição, tornou-se em si mesma uma tradição.³⁶²

Esse movimento precipitou o que viria ocorrer a partir da metade do século XX, com a denominada “crise da modernidade”. Afinal, nas palavras de Boaventura de Sousa SANTOS, “a ousadia de um propósito tão vasto contém em si a semente do seu próprio fracasso: promessas incumpridas e défices irremediáveis”.³⁶³ HARVEY, por sua vez, relata que a sensação de crise, que alcançava diversos aspectos da vida no século XX, já estava presente nos anos 1960, momento em que diversos movimentos globais de protesto e revolta eclodiram, no sentido de identificar novas formas de combater a racionalidade brutalizante da vida sob os paradigmas modernos. Como aponta o autor, foi nesse momento histórico que surgiram diversos movimentos contraculturais e antimodernistas que foram considerados o arauto cultural e político da subsequente virada para o pós-modernismo. Como preconiza HARVEY, “em algum ponto entre 1968 e 1972 vemos o pós-modernismo emergir como um movimento maduro, embora ainda incoerente, a partir da crisálida do movimento antimoderno dos anos 60”.³⁶⁴ Já para SANTOS:

Simbolicamente o pós-modernismo nasceu às 8 horas e 15 minutos do dia 6 de agosto de 1945, quando a bomba atômica fez *booom* sobre Hiroxima. Ali a modernidade - equivalente à civilização industrial - encerrou seu capítulo no livro da História, ao superar seu poder criador pela sua força destruidora. Desde então, o Apocalipse ficou mais próximo. Historicamente o pós-modernismo foi gerado por volta de 1955, para vir à luz lá pelos anos 60. Nesse período, realizações decisivas irromperam na arte, na ciência e na sociedade. Perplexos, sociólogos americanos batizaram a época de pós-moderna, usando termo empregado pelo historiador Toynbee em 1947.³⁶⁵

Ressalta KUMAR, porém, que há um bom número de estudiosos que negam que a pós-

³⁶⁰ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 96.

³⁶¹ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 107.

³⁶² KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 111.

³⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente ...** Op. cit., p. 50.

³⁶⁴ HARVEY, David. **Condição pós-moderna ...** Op. cit., p. 44.

³⁶⁵ SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno.** São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 20.

modernidade seja uma nova era. Aceitam que a humanidade se encontra em nova fase, vez que agora se pode, pela primeira vez, examinar retrospectivamente a modernidade. O “pós” de pós-modernidade, sob tal perspectiva, não significaria uma nova sociedade chegando “após” a modernidade, mas tão somente que a modernidade pode ser avaliada como um espelho retrovisor, expressando, então, uma crise na modernidade.³⁶⁶

Anthony Giddens e Ulrich Beck são dois importantes defensores da opinião de que as sociedades modernas não se transformaram em pós-modernas, mas chegaram a um estado de “alta” ou “radicalizada” modernidade. Para Giddens, as sociedades modernas chegaram a um ponto em que foram obrigadas a desenvolverem a capacidade de refletir sobre si mesmas.³⁶⁷ A modernidade radicalizada é caracterizada pela reflexividade da vida social moderna, que “consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformuladas à luz de informação renovada sobre essas próprias práticas, alterando assim seu caráter”.³⁶⁸ Para GIDDENS, ao invés “de estarmos entrando num período de pós-modernidade, estamos alcançando um período em que as consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas do que antes”. Conclui afirmando que é possível “perceber os contornos de uma ordem nova e diferente, que é pós-moderna, mas isto é bem diferente do que é atualmente chamado de ‘pós-modernidade’”.³⁶⁹

No caso de Beck, o argumento assume a forma de uma preocupação com os riscos gerados pela sociedade moderna (poluição ambiental, energia nuclear e resíduos industriais). O que isso implica, contudo, não é o fim da modernidade, mas o surgimento de uma “sociedade de risco”, autoconsciente, que assume a tarefa de modernizar os princípios da modernidade.³⁷⁰ Para Ulrich BECK, o termo “pós” é tão somente “a senha para a desorientação que se deixa levar pela moda. Ela aponta para um além que não é capaz de nomear, enquanto, nos conteúdos, que simultaneamente nomeia e nega, mantém-se na rigidez do que já é conhecido”.³⁷¹

De todo o modo, concorda-se com Boaventura de Sousa SANTOS, para quem os excessos e os *déficits* da modernidade no cumprimento de suas promessas explicam a situação presente, “que aparece à superfície como um período de crise, mas que a nível mais profundo é um período de transição paradigmática”.³⁷² Por isso mesmo, vive-se em um ambiente de incerteza, com a superposição de características modernas e pós-modernas.³⁷³

Pode-se concluir, portanto, que a modernidade é um projeto da fé cega na razão e no

³⁶⁶ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 150/152.

³⁶⁷ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 152.

³⁶⁸ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** Op. cit., p. 45.

³⁶⁹ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade.** Op. cit., p. 43.

³⁷⁰ KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna ...** Op. cit., p. 152.

³⁷¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco ...** Op. cit., p. 11.

³⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente ...** Op. cit., p. 52.

³⁷³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...** Op. cit., p. 46.

progresso. Estruturou-se sobre os mitos da cientificidade e do consumismo. Produziu, entretanto, insegurança, motivada pelos receios de desenvolvimentos incontrolláveis e originada na crescente assimetria entre as capacidades de agir e de prever. A ciência e a tecnologia aumentaram a potencialidade de ação de uma forma sem precedentes e, com isso, expandiram a dimensão espaço-temporal dos atos humanos. Isso significa dizer que, hoje, a intervenção tecnológica pode prolongar as consequências, no tempo e no espaço, para muito além da dimensão do próprio ato através de nexos de causalidade cada vez mais complexos e opacos. Porém, a capacidade de previsão não atingiu o mesmo nível de eficiência que a capacidade de ação: a primeira põe em causa a noção de progresso científico e a segunda limita-se a exigir mais progresso.³⁷⁴

A crise da modernidade é, por isso, decorrente de um período de incertezas e perigos. É, justamente, nesse contexto de crise que a ideia de pós-modernidade aparece. Os debates concentram-se, principalmente, sobre transformações institucionais, particularmente, as que sugerem que há um deslocamento de um sistema baseado na manufatura de bens materiais para outro relacionado mais centralmente com informação. Todavia, tais controvérsias enfocam, normalmente, questões filosóficas e epistemológicas. Esta é a perspectiva característica, explica GIDDENS, do autor que foi o responsável pela popularização da noção de pós-modernidade, Jean-François Lyotard.³⁷⁵

LYOTARD “eleva o termo sociedade pós-moderna à dignidade de conceito filosófico”, escolhendo como hipótese de trabalho “que o saber muda de estatuto ao mesmo tempo em que as sociedades entram na era pós-industrial e as culturas na era dita pós-moderna”.³⁷⁶ A incredulidade do saber é a incredulidade em relação às grandes narrativas que o legitimam, ou, nas palavras de LYOTARD, pós-modernidade é “a incredulidade em relação aos metarrelatos”,³⁷⁷ definidos estes como as “interpretações teóricas de larga escala pretensamente de aplicação universal”.³⁷⁸ Com isso, o autor preconiza que a experiência da pós-modernidade decorreria das descrenças em visões totalizantes da história, que prescreviam regras de condutas política e ética para toda a humanidade. Como exemplos de metanarrativas citem-se a filosofia iluminista, com sua fé na razão e no progresso como veículos da felicidade humana, e o marxismo, segundo o qual a história seria impulsionada pelo confronto entre duas classes contraditórias que resultaria, ao fim da revolução proletária, numa sociedade sem classes. A história, contudo, mostrou que tais teorias não funcionaram conforme o previsto, ou seja, “a função narrativa perde seus atores, os grandes heróis,

³⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente ...** Op. cit., p. 58.

³⁷⁵ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Op. cit., p. 8.

³⁷⁶ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna.** Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998, p. 3.

³⁷⁷ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna.** Op. cit., p. xvi.

³⁷⁸ HARVEY, David. **Condição pós-moderna ...** Op. cit., p. 19.

os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo”.³⁷⁹

Outro importante aspecto na análise de LYOTARD diz respeito à natureza do vínculo social na pós-modernidade: os jogos de linguagem, que são propostos como o método geral de conhecimento do saber na sociedade pós-moderna.³⁸⁰ Os jogos de linguagem são explicitados como constituintes de todo saber. Como decorrência desse novo universo, o saber é transformado em valor como mera mercadoria. A produção do saber tem como fim o mercado, tornando secundário o seu valor de uso. Aduz LYOTARD que nas últimas décadas o saber transformou-se na principal força de produção e elemento econômico decisivo dos países desenvolvidos e sua ausência um ponto de estrangulamento para os países em desenvolvimento. Como diz, “sob a forma de mercadoria informacional indispensável ao poderio produtivo, o saber já é e será um desafio maior, talvez o mais importante, na competição mundial pelo poder”.³⁸¹ Dessa forma, o estatuto atual do saber científico é de subordinação aos países desenvolvidos. Com as novas tecnologias, aumentam as chances de o saber se transformar no principal fator de desigualdade.³⁸²

Por isso, a transição para a pós-modernidade é um período de falência dos discursos e mudança no estatuto do saber, que ocorre paralelamente ao ingresso da sociedade na fase informacional. Lyotard considera decisiva a influências das novas tecnologias da informação e da comunicação na formação da sociedade pós-moderna. A pós-modernidade é, assim, a expressão do sentimento de mudança cultural e social decorrente do surgimento de uma nova ordem econômica e social, baseada não mais na produção de bens, mas, sim, estruturada na linguagem e na informação.

Como afirmam NEGRI e HARDT se “modernização significa industrialização, a transição da dominação da indústria para a dominação dos serviços e da informação é ínsito ao processo de pós-modernização econômica, ou melhor, de informatização”.³⁸³ Para os autores, a modernização acabou, a produção industrial já não estende sua dominação sobre outras formas econômicas e outros fenômenos sociais. Observam ainda que enquanto o processo de modernização foi caracterizado pela migração do trabalho da agricultura e da mineração para a indústria, o processo de pós-modernização tem sido marcado pela migração da indústria para os serviços.³⁸⁴

Porém, para BECK essa migração não é suficiente para engendrar uma nova sociedade. Explica o autor que se no século XIX “foram os privilégios estamentais e as imagens religiosas do mundo que passaram por um desencantamento, hoje é o entendimento científico e tecnológico da sociedade industrial clássica que passa pelo mesmo processo”. A modernização da sociedade

³⁷⁹ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. xvi.

³⁸⁰ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 29.

³⁸¹ LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 4.

³⁸² LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Op. cit., p. 13.

³⁸³ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 302.

³⁸⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Op. cit., p. 306.

industrial (modernização simples, na acepção de Beck) é substituída por uma modernização das premissas da sociedade industrial.³⁸⁵ Como se percebe, na visão de BECK não há pós-modernidade, mas, sim, o que ele denomina de modernidade reflexiva - o processo de modernização converte-se “a si mesmo em tema e problema”.³⁸⁶

Outra característica marcante da modernidade é um novo e importante elemento que se incorpora à dinâmica social: os riscos. Explica GIDDENS que na modernidade radicalizada os perigos a que a humanidade está exposta não se originam mais da natureza. Obviamente, catástrofes naturais ainda ocorrem. Porém, as ameaças, agora, diz o autor, são muito mais importantes, pois introduzem o que denomina de “um novo perfil de risco”.³⁸⁷ BECK, no mesmo sentido, aduz que “somos testemunhas oculares – sujeitos e objetos – de uma ruptura no interior da modernidade, a qual se destaca dos contornos da sociedade industrial clássica e assume uma nova forma – a denominada sociedade industrial de risco”.³⁸⁸ Os riscos (exploração da natureza, conflitos, pobreza) sempre existiram, porém os atuais diferenciam-se “por conta da globalidade de seu alcance e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior”. Tais novos riscos, afirma BECK, “desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes irreversíveis, permanecem no mais das vezes invisíveis, baseiam-se em interpretações causais, apresentam-se, portanto, tão somente no conhecimento que se tenha deles”.³⁸⁹ Sobre o tema, Leonardo Valles BENTO faz uma importante observação: na modernização reflexiva há uma nova atitude diante da incerteza, marcada por riscos artificiais, ao contrário dos riscos naturais da modernização simples. Se na modernização simples a postura dos cidadãos diante dos riscos era a de reivindicar direitos, na forma de proteção pública contra os mesmos, na modernização reflexiva, a postura dos cidadãos deve ser a de atribuir-se, ao contrário, deveres e responsabilidades.³⁹⁰

A exposição a riscos, portanto, só se faz aumentar. E aqui não quer se referir apenas aos tão propalados riscos ambientais e nucleares, mas a riscos de outra ordem, mais invisíveis, sutis, e, por vezes, desejados. Afinal, a própria privacidade e autonomia do sujeito podem ser manipuladas, descobertas e apagadas por *softwares* e aplicativos utilizados como intermediários essenciais da vida neste universo digital. Os riscos são, em função disso, também de ordem imaterial.³⁹¹

³⁸⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010, p. 13.

³⁸⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco ...** Op. cit., p. 24.

³⁸⁷ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Op. cit., p. 111/112.

³⁸⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco ...** Op. cit., p. 12.

³⁸⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco ...** Op. cit., p. 26/27.

³⁹⁰ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri: Manole, 2003, p. 63.

³⁹¹ Os *cookies* são um bom exemplo dos perigos invisíveis aos quais os indivíduos estão expostos. Segundo Tatiana Malta Vieira, “além da proliferação dos bancos de dados *online*, do monitoramento eletrônico por meio do número de IP, da disseminação da cultura da auto-exposição, mencionem-se os *cookies* como mais uma ameaça à

Destaque-se ainda outra importante diferença entre os riscos modernos e os novos riscos: eles não são mais limitáveis no espaço, no tempo e no plano social, atingem a todos independentemente de estamento, local ou tempo. É o que ocorre, por exemplo, com um desastre atômico que pode atingir pessoas que ainda nem nasceram e em locais muito além da região onde se deu.³⁹² Esse descompasso (desencaixe na denominação de Giddens) entre tempo e espaço remete a outra característica extremamente importante da pós-modernidade, que é o desenvolvimento de uma nova forma de relação espaço-temporal. O espaço e o tempo pós-modernos não têm o mesmo significado de seus correlatos modernos. Na modernidade, o tempo é linear (progresso e história) e o espaço é explorado enquanto lugar de coisas (direção, distância, forma, volume). Na pós-modernidade, o sentimento é de compreensão do espaço e do tempo, onde o tempo real (imediato) e as redes telemáticas, desterritorializam a cultura, gerando um forte impacto nas estruturas econômicas, sociais, políticas e culturais. O tempo é um modo de aniquilar o espaço.³⁹³

Sobre o tempo, explica HARVEY que a aplicação das novas tecnologias contribuiu, decisivamente, para a superação da rigidez do fordismo e na aceleração do tempo de giro. A aceleração na produção foi alcançada por mudanças organizacionais tais como subcontratação, transferência de sede etc., que reverteram a tendência fordista de integração vertical, produzindo um caminho cada vez mais indireto na produção. Outras mudanças como o sistema de entrega *just in time*, que reduz os estoques, associado a produção em pequenos lotes, diminuiram os tempos de giro em muitos setores da produção (eletrônica, automóveis, construção, etc). Para os trabalhadores, tudo isso implicou uma intensificação dos processos de trabalho e uma aceleração na desqualificação e requalificação necessárias ao atendimento de novas necessidades de trabalho. Além do mais, o autor ainda observa que a aceleração do tempo de produção envolve, necessariamente, aceleração no consumo. Sistemas aperfeiçoados de comunicação, associados com racionalizações nas técnicas de distribuição, possibilitaram a circulação de mercadorias a uma velocidade maior. Os bancos eletrônicos e o dinheiro de plástico foram algumas das inovações que aumentaram a rapidez do fluxo de dinheiro. Serviços e mercados financeiros também foram acelerados. Sobre a questão do consumo, explica HARVEY, dois fatores têm particular importância: a mobilização da moda em mercados de massa, fornecendo um meio de acelerar o ritmo do consumo não somente em termos de roupas, ornamentos e decoração, mas também

invasão da privacidade. *Cookies* consistem em pequenos programas que servem para coletar informações e agilizar a navegação em rede. Operam, usualmente, sem o consentimento e sem o conhecimento do usuário, podendo apresentar-se em dois tipos: o que são gravados diretamente no computador do internauta, objetivando-se facilitar um futuro acesso ao mesmo sítio cibernético; e aqueles que só servem para coletar dados do visitante, cujo destino é inevitavelmente o banco de dados do prestador de serviço. Por esse motivo, as pessoas se surpreendem ao receber correspondência eletrônica de empresas com as quais jamais estabeleceu contato, mas que detém conhecimentos detalhados de seu perfil e de sua vida particular". VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 217, p. 43/44.

³⁹² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco ...** Op. cit., p. 43/44.

³⁹³ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura ...** Op. cit., p. 67/68.

influindo em estilos de vida e atividades de recreação (hábitos de lazer e de esporte, estilos de música, jogos infantis, etc) e a passagem do consumo de bens para o consumo de serviços. O “tempo de vida” desses serviços é bem menor do que o de um automóvel ou de uma máquina de lavar. Como há limites para a acumulação e para o giro de bens físicos, faz sentido que os capitalistas se voltem para o fornecimento de serviços efêmeros em termos de consumo. Esta tendência leva à dinâmica de uma sociedade “do descarte”, o que significa mais do que jogar fora bens produzidos, mas também ser capaz de atirar fora valores, estilos de vida, relacionamentos, pessoas e modos de agir e ser. Por intermédio desses mecanismos as pessoas foram forçadas a lidar com a descartabilidade e a obsolescência instantânea, gerando um contexto de diversificação de valores numa sociedade em vias de fragmentação.³⁹⁴

Por isso, para HARVEY o fato mais marcante na pós-modernidade é a aceitação “do efêmero, do fragmentário, do descontínuo e do caótico”. Para ele, a pós-modernidade responde a isso de uma maneira bem particular: ela não tenta transcendê-lo, opor-se a ele e sequer definir os elementos “eternos e imutáveis” que poderia conter. Segundo aduz, a pós-modernidade “nada, e até se esponja, nas fragmentárias e caóticas correntes da mudança, como se isso fosse tudo o que existisse”. Portanto, na medida em que “não tenta legitimar-se pela referência ao passado, a pós-modernidade enfatiza o profundo caos da vida moderna e a impossibilidade de lidar com ele com o pensamento racional”.³⁹⁵

As noções de tempo e espaço são, portanto, alteradas de forma radical: o real (físico) diminui e o virtual se amplia (namoros, compras, lazer, etc.). O tempo se acelera, aumentando a capacidade de o sistema econômico reagir a mudanças, mas, pela mesma razão, tornando-o mais vulnerável, dada a tendência de amplificar perturbações e transformá-las em crises agudas (a quebra de um banco no Japão, por exemplo, pode afetar a economia brasileira de forma imediata). Ou seja, “a internet é uma tecnologia de comunicação que traz consigo o risco sistêmico de uma reação em cadeia dos estragos”.³⁹⁶

Em conclusão, como diz Boaventura de Sousa SANTOS, “há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu”. De fato, não é possível afirmar que, hoje, a melhor definição para a sociedade seja pós-industrial, informacional, pós-moderna, moderna radical, moderna reflexiva, ou qualquer outra. Uma certeza é, contudo, inelutável: “vivemos numa sociedade intervalar, uma sociedade de transição paradigmática”.³⁹⁷ Uma cultura diferente está emergindo, pois as novas tecnologias da informação integram o mundo em redes globais de comunicação, alteram as relações de dominação

³⁹⁴ HARVEY, David. **Condição pós-moderna ...** Op. cit., p. 257/258.

³⁹⁵ HARVEY, David. **Condição pós-moderna ...** Op. cit., p. 49.

³⁹⁶ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 105.

³⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente ...** Op. cit., p. 41.

dos países desenvolvidos (o bem material para o bem imaterial – o saber), impulsionam novas formas de comunicação, desmaterializa a economia, reconfigura a arquitetura das cidades, engendram novas formas de sociabilidade e lazer, influencia os relacionamentos pessoais, impõe duras mudanças à imprensa escrita, modifica relações de consumo, aproxima produtor e consumidor, abala o direito de autor, enfim, as alterações provocadas são inúmeras e, muitas, ainda hoje, inimagináveis.

3.4 O HIPER-REAL: O “APERFEIÇOAMENTO” DO REAL

“Que criança linda” - disse a amiga à mãe da garota. “Isto é porque você não viu a fotografia dela a cores” - respondeu a mãe! Cínica, a piada contém a essência da pós-modernidade: preferimos a imagem ao objeto, a cópia ao original, o simulacro (a reprodução técnica) ao real. E por quê? Porque desde a perspectiva renascentista até a televisão, a cultura ocidental foi uma corrida em busca do simulacro perfeito da realidade.³⁹⁸

Consoante doutrina de Jean BAUDRILLARD, o mundo atual foi substituído por um mundo-cópia, no qual se vive cercado por um simulacro. Conforme diz, “se outrora pudemos tomar pela mais bela alegoria da simulação a fábula de Borges em que os cartógrafos desenham um mapa tão detalhado que acaba por cobrir exatamente o território (...), esta fábula está terminada para nós”. Hoje, a abstração “já não é a simulação de um território, de um ser referencial, de uma substância. É a geração pelos modelos de um real sem origem nem realidade: hiper-real”. Para o autor, já não se trata mais de imitações, mas de uma “substituição no real dos signos do real”.³⁹⁹

BAUDRILLARD distingue, então, os conceitos de representação e simulação para tornar claro o problema que coloca. Por representação entende-se o fato de um signo remeter a certo sentido e que este se apoia em algo real e concreto. A simulação, ao contrário, pressupõe a equivalência entre o signo e o real. Nessa concepção o signo não estaria representando o real, mas assumindo o *status* da própria realidade. Dissimular (ou representar) é fingir não ter o que se tem; simular é fingir ter o que não se tem. O primeiro refere-se a uma presença; o segundo, a uma ausência. Aquele que finge ter uma doença, simplesmente pode meter-se na cama e fazer crer que está doente. Aquele que simula uma doença determina em si próprio alguns dos respectivos sintomas. Logo, fingir, dissimular ou representar deixa intacto o princípio da realidade: a diferença continua a ser clara, está apenas disfarçada. Já a simulação põe em causa a diferença entre o verdadeiro e o falso; entre o real e o imaginário. O simulador está ou não doente se produz os mesmos sintomas?⁴⁰⁰

³⁹⁸ SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. Op. cit., p. 12.

³⁹⁹ BAUDRILLARD, Jean. **Simulacro e simulações**. Tradução de Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 1991, p. 7, 8 e 9.

⁴⁰⁰ BAUDRILLARD, Jean. **Simulacro e simulações**. Op. cit., p. 9/10.

O simulacro, portanto, “tal qual a fotografia a cores, embeleza, intensifica o real. Ele fabrica um hiper-real, espetacular, um real mais real e mais interessante que a própria realidade”.⁴⁰¹ Com a hiper-realidade, perde-se a habilidade de distinguir a realidade da fantasia, o virtual do real. Sob a mesma perspectiva, para Ciro MARCONDES FILHO “são os meios de comunicação que atestam que as coisas vivem, eles dão um certificado de que aquilo de fato existiu”.⁴⁰² A realidade veiculada é, assim, mais real do que a realidade acontecida. Marçal JUSTEN FILHO, na mesma toada, aduz que a “vida real” é aquela que é produzida pelos meios de comunicação em massa. Todos os eventos do mundo são imediatamente transformados em espetáculo para uma plateia. Assim ocorre, principalmente, com os eventos negativos, como a guerra e os desastres naturais.⁴⁰³

A hiper-realidade, em consequência, tem íntima vinculação com a semiótica, uma vez que esta é a ciência que se dedica a estudar a produção de sentido. A criação de sentido ou a hiper-realidade engana a consciência, na medida em que o real perde, cada vez mais, terreno para o significado criado. Como diz SANTOS, “se o real é duro, intratável, o simulacro é dócil e maleável o suficiente para permitir a criação de uma hiper-realidade”. Isso significa dizer que “o simulacro faz o real parecer mais real, dá-lhe uma aparência desejável”. Esse hiper, diz o autor, “agregado pela tecnociência aos simulacros resulta em espetáculo e em desreferencialização das coisas”.⁴⁰⁴ Combinando, então, as noções de signo e significação, a realidade não significa mais o mundo natural e social, mas, ao contrário, é a linguagem que constitui o mundo real, que pode reduzir-se à linguagem e aos signos. Vive-se, pois, na era das imagens: um fato só é verdadeiro quando constituído por imagem.⁴⁰⁵

Também o Direito, observa MAMEDE, está imerso nessa estrutura. Para o autor, “em sua dimensão semiológico-linguística (ou seja, enquanto mensagem), a norma pode ser vista como apenas uma encenação verbal de um exercício de força (uma ameaça que visa induzir um comportamento que lhe seja conforme)”. No aspecto real, físico, o Direito não existe, ou seja, é tão somente a linguagem que cria os conceitos que alicerçam a existência do Direito: “o Direito, portanto, é pura linguagem”.⁴⁰⁶ Enfim, com a hiper-realidade ocorrem dois fenômenos importantes: a desreferencialização do real e a dessubstancialização do sujeito, o que significa dizer que o “referente (a realidade) se degrada em fantasmagoria e o sujeito (o indivíduo) perde a substância interior”. Quanto ao referente, compra-se um produto não por suas qualidades técnicas, mas por seu

⁴⁰¹ SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. Op. cit., p. 12.

⁴⁰² MARCONDES FILHO, Ciro. **A sociedade tecnológica**. São Paulo: Scipione, 1994, p. 64.

⁴⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 69.

⁴⁰⁴ SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. Op. cit., p. 96.

⁴⁰⁵ BAUDRILLARD, Jean. **Simulacro e simulações**. Op. cit., p. 14.

⁴⁰⁶ MAMEDE, Gladston. **Semiologia do Direito**: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 23 e 46.

design, seu nome, seus signos na publicidade, que compõem uma imagem de *status*, ou seja, compra-se um discurso sobre o produto. Quanto ao sujeito, a falta de substância está na diferenciação que as pessoas procuram através da moda, personalizando-se pela aparência e pelo narcisismo levado à extravagância.⁴⁰⁷

Este é o mundo pós-moderno: “entre nós e o mundo estão os meios tecnológicos de comunicação, ou seja, de simulação. Eles não nos informam sobre o mundo; eles o refazem à sua maneira, hiper-realizam o mundo, transformando-o num espetáculo”.⁴⁰⁸ A realidade social “torna-se produto de processos de desmaterialização e de simulação do mundo, impulsionados pelo desenvolvimento de máquinas de informação (os computadores)”.⁴⁰⁹ A informação, no ciberespaço, “é mais verdadeira que o verdadeiro por ser verdadeira em tempo real”,⁴¹⁰ de modo que, “lançada a informação, enquanto não for desmentida será verossímil. E, salvo acidente favorável nunca sofrerá desmentido em tempo real; restará, portanto, credível”.⁴¹¹ Em síntese, “trocamos o real pelo hiper-real, a verdadeira comunicação por sua simulação”.⁴¹² A realidade construída pela comunicação é mais real do que a real, a notícia comunicada é mais verdadeira do que o acontecimento, o dado informado é mais correto que a operação fisicamente realizada. Esta é uma noção tipicamente pós-moderna.

3.5 A SOCIEDADE CENTRADA NO LAR

O advento dos microcomputadores no fim do século passado, associado ao seu enorme ganho de eficiência de processamento, barateamento e ao surgimento de redes de telecomunicações com grande capacidade de circulação de dados, propiciou, também, uma nova configuração espacial da sociedade – a sociedade centrada no lar. Lazer, trabalho, educação, serviços, consumo, interação social, criam o que Alvin Toffler denominou de “cabana eletrônica”. Esse novo ambiente faz nascer um novo sujeito: o sujeito virtual, que trabalha, consome, se diverte e se socializa no ciberespaço. Este é, portanto, um elemento de desconcentração espacial e de deslocalização social.

A “cabana eletrônica” é, portanto, o resultado do desenvolvimento de sistemas de informação que propiciam uma crescente dissociação entre o espaço físico e a execução de funções rotineiras: trabalho, compras, entretenimento, assistência à saúde, educação, serviços públicos, governo e assim por diante. Muitas das atividades rotineiras hoje podem, pois, serem realizadas sem

⁴⁰⁷ SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. Op. cit., p. 15/16.

⁴⁰⁸ SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. Op. cit., p. 13.

⁴⁰⁹ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura ...** Op. cit., p. 64.

⁴¹⁰ BAUDRILLARD, Jean. **Tela total: mito-ironias da era do virtual e da imagem**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 59.

⁴¹¹ BAUDRILLARD, Jean. **Tela total ...** Op. cit., p. 60.

⁴¹² LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura ...** Op. cit., p. 72.

que o cidadão circule pelo espaço público. A “centralidade da casa” é, portanto, uma tendência importante da nova sociedade.⁴¹³

Nesse novo espaço, o sujeito trabalhador já não convive com seus pares, o sujeito-estudante não tem contato com seus colegas e professores; o sujeito-cliente não conhece fisicamente a loja em que compra; o sujeito-cidadão não precisa ir à repartição pública para a realização de serviços públicos. O sujeito torna-se um número. Seu contato com o mundo exterior é feito por senhas. Por isso, “não é o espaço físico que conta (minha casa real), mas o ciberespaço (meu endereço eletrônico, minha *home page*, meu número ICQ, meu *pager*, ...)”.⁴¹⁴ Neste novo mundo, o indivíduo isola-se, ao mesmo tempo que, paradoxalmente, conecta-se com o resto da humanidade. Potencializa-se, pois, o descrito fenômeno do desencaixe, característica tipicamente pós-moderna.

Em suma, a interação entre as novas tecnologias da informação e os processos atuais de transformação social tem um grande impacto na configuração dos espaços. A ênfase na interatividade rompe os padrões espaciais de comportamento em uma rede fluida de intercâmbios que forma a base para o surgimento de um novo tipo de espaço, o espaço de fluxos.⁴¹⁵ Este novo espaço traz conforto e bem-estar. Porém, a patologia está no fato de que quanto mais serviços, tecnologicamente sofisticados, são oferecidos aos cidadãos, mais o indivíduo deixa nas mãos do seu fornecedor uma parcela proeminente de informações pessoais; quanto mais a rede de serviços se alarga, mais crescem as possibilidades de interconexões entre bancos de dados e de disseminação das informações coletadas,⁴¹⁶ quanto mais o indivíduo se “esconde” no seu lar, mais se torna visível e suscetível de controle.

3.6 DO PANÓPTICO AO SINÓPTICO: DA DISCIPLINA AO CONTROLE

A modernidade, como já se viu, foi o palco histórico onde ocorreram diversas importantes “invenções”, dentre as quais uma agora interessa mais especificamente: o surgimento do poder disciplinar. Porém, do mesmo modo que a revolução das novas tecnologias da informação engendrou a passagem da sociedade moderna para a pós-moderna, ela favoreceu, também, o alvorecer da sociedade de controle em substituição à sociedade disciplinar. É essa transição (da disciplina ao controle) que passa a se analisar.

Segundo Michel FOUCAULT, ocorreu um fenômeno importante nos séculos XVII e XVIII: “a invenção de uma nova mecânica do poder, que tem procedimentos bem particulares, instrumentos totalmente novos, uma aparelhagem muito diferente e que é absolutamente

⁴¹³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Op. cit., p. 423.

⁴¹⁴ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura ...** Op. cit., p. 121.

⁴¹⁵ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Op. cit., p. 423.

⁴¹⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 100.

incompatível com as relações de soberania”. Esclarece o autor que este tipo de poder se opõe à mecânica daquele relativo à teoria da soberania. A soberania é uma forma de poder que se exerce sobre a terra e seus produtos, muito mais do que sobre os corpos e sobre o que eles fazem. É ela que permite transcrever em termos jurídicos obrigações de tributos e que fundamenta o poder em torno e a partir da existência do soberano. O poder disciplinar, entretanto, não pode ser compreendido nos termos de soberania, sendo uma das grandes invenções da sociedade burguesa, já que foi um dos pilares para a implantação do capitalismo industrial.⁴¹⁷ Isso ocorre, porque segundo explica George de Souza ALVES, as sociedades modernas organizaram um sistema minucioso de coerções disciplinares que garantia a coesão do corpo social, as quais não podem ser transcritas no interior do Direito, mas é o seu complemento necessário.⁴¹⁸ O poder disciplinar, explica FOUCAULT, “se exerce continuamente por vigilância e não de forma descontínua por sistemas de tributos e de obrigações crônicas. É um tipo de poder que pressupõe muito mais uma trama cerrada de coerções materiais do que a existência física de um soberano”. Em função disso, o poder disciplinar “define uma nova economia de poder cujo principio é o de que se deve ao mesmo tempo fazer que cresçam as forças sujeitadas e a força e a eficácia daquilo que as sujeita”.⁴¹⁹

Adverte FOUCAULT, porém, que isto não significa dizer que se tem, de um lado, “um sistema de direito tagarela e explícito, que seria o da soberania, e depois disciplinas obscuras e mudas que trabalhariam em profundidade, na sombra, e que constituiriam o subsolo silencioso da grande mecânica do poder”. As disciplinas são portadoras de um discurso que não é o do Direito. Elas formatam um discurso que será o da regra, mas não o da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra natural, isto é, da norma. Elas definirão um código que será o da normalização.⁴²⁰

O poder disciplinar se utiliza de três mecanismos para se tornar efetivo: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. A vigilância é um componente ideal para o funcionamento das instituições modernas. A arquitetura sofrerá uma transformação, na medida em que as construções não serão feitas somente para serem vistas ou para prevenir-se das ameaças vindas do espaço exterior, mas, principalmente, para possibilitar a visibilidade dos que nela se encontram. Por isso, o modelo para a vigilância é a figura do panóptico, projeto arquitetônico imaginado por Jeremy Bentham, que pela sua peculiar forma de construção, é considerado por Foucault como a referência para o sistema de vigilância geral presente na sociedade.⁴²¹

⁴¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 42/43.

⁴¹⁸ ALVES, George de Souza. As tecnologias digitais e seus modos de subjetivação do indivíduo contemporâneo. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 214-229, p. 216/217.

⁴¹⁹ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade** ... Op. cit., p. 42.

⁴²⁰ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade** ... Op. cit., p. 45.

⁴²¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de Direito à sujeição

O poder disciplinar, argumenta FOUCAULT, que a era clássica elabora em locais precisos e fechados (casernas, clérigos, oficinas, escolas) e cuja utilização só fora imaginada na escala limitada e provisória em uma cidade em estado de peste, Bentham sonha em fazer delas uma rede de dispositivos que estariam em toda parte e sempre alertas, percorrendo a sociedade sem lacuna nem interrupção. O arranjo panóptico dá a fórmula dessa generalização. Ele programa o funcionamento de uma sociedade permeada por mecanismos disciplinares.⁴²² O panóptico, aduz FOUCAULT, tem a função de:

(...) induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independentemente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são os portadores.⁴²³

O efeito do panóptico, portanto, é fazer com que o prisioneiro se sinta vigiado, sem sabê-lo se efetivamente está. O panóptico é uma máquina de “dissociar o par ver-ser visto”. Automatiza e desindividualiza o poder e impõe “a dissimetria, o desequilíbrio, a diferença”. Com o princípio do panóptico, avalia FOUCAULT, pouco importa quem exerce o poder, pois qualquer indivíduo, tomado ao acaso, pode fazer funcionar a máquina. Do mesmo modo, “é indiferente o motivo que o anima: a curiosidade de um indiscreto, a malícia de uma criança, o apetite de saber de um filósofo que quer percorrer esse museu da natureza humana”. Por isso, o “panóptico é uma máquina maravilhosa que, a partir dos desejos mais diversos, fabrica efeitos homogêneos de poder”. Com ele “não é necessário recorrer à força para obrigar o condenado ao bom comportamento, o louco à calma, o operário ao trabalho, o escolar à aplicação, o doente à observância das receitas”.⁴²⁴

As técnicas panópticas, como assinala Zygmunt BAUMAN, desempenharam um papel crucial na passagem dos mecanismos de integração de base local, autovigilantes e autorreguladores, feitos na medida das capacidades naturais dos olhos e ouvidos humanos, para a integração supralocal, administrada pelo Estado, de territórios muito maiores do que o alcance das faculdades naturais do homem. Essa última função pediu a assimetria da vigilância e a reorganização do espaço, para que os vigilantes pudessem fazer o seu trabalho, tornando ciente a pessoa observada de que o trabalho podia ser feito a qualquer momento. Todas essas demandas foram quase que inteiramente atendidas pelas grandes instituições disciplinadoras da modernidade, acima de tudo as indústrias e os exércitos de recrutamento em massa.⁴²⁵ Por isso, o “esquema panóptico é um

jurídica. São Paulo: LTr, 2002, p. 107/108.

⁴²² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 172.

⁴²³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** ... Op. cit., p. 166-7.

⁴²⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir** ... Op. cit., p. 167.

⁴²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução: Marcus Penchel. Rio de

intensificador para qualquer aparelho de poder: assegura sua economia (em material, pessoal, em tempo); assegura sua eficácia por seu caráter preventivo, seu funcionamento contínuo e seus mecanismos automáticos”. É, assim, “um grande e novo instrumento de governo”.⁴²⁶

Observa Boaventura de Sousa SANTOS, por sua vez, que o poder disciplinar, ao contrário do poder jurídico estatal, não tem um centro. É fragmentário e capilar. Exerce-se a partir da base e cria alvos próprios como veículos para o seu exercício. Parte de um discurso científico de normalização e padronização. Este tipo de poder é gerado pelo conhecimento científico produzido nas ciências humanas e aplicado por corpos profissionais em instituições tais como escolas, hospitais, prisões, família e fábricas.⁴²⁷

A segunda dimensão da disciplina é a sanção normalizadora, que se localiza abaixo da dimensão estritamente jurídica e que funciona como um “pequeno mecanismo penal”. Busca reprimir os atrasos, as ausências, interrupções das tarefas, a desatenção, a negligência, a sexualidade, etc, sob a forma de punições sutis, que vão desde o castigo físico leve a privações ligeiras e pequenas humilhações. O comportamento não é somente limitado pela norma, mas também moldado segundo um padrão estabelecido pela disciplina. Com isso, a sanção hierárquica desempenha um papel importante na função disciplinar que é o de estabelecer hierarquias, fixar critérios de classificação e formatar meritoriamente os comportamentos, recompensando uns e rebaixando outros.⁴²⁸

Há, finalmente, o exame, que é a técnica que inverte a economia da visibilidade no exercício do poder. Ao invés de ser o poder que se manifesta, é o indivíduo que se exhibe. Os procedimentos de exame são acompanhados de um sistema de registros e de acumulação de documentos, a partir dos quais será possível fixar os padrões individuais encontrados, isto é, determinar a padronização da conduta a ser disciplinada. O indivíduo aparece aqui como um objeto descritível e analisável, passível de ser reduzido a uma caracterização de fenômenos coletivos.⁴²⁹

De uma maneira geral, pode-se dizer que as disciplinas são técnicas para assegurar a ordenação das multiplicidades humanas, baseadas em três critérios: econômico – tornar o poder o menos custoso possível; fazer com que os efeitos desse poder sejam levados a seu máximo de intensidade e estendidos tão longe quanto possível; e, por fim, relaciona o crescimento econômico do poder ao rendimento dos aparelhos no interior dos quais se exerce (sejam os aparelhos pedagógicos, militares, industriais, médicos); em suma fazer crescer, ao mesmo tempo, a docilidade e a utilidade de todos os elementos do sistema.⁴³⁰

Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 55/56.

⁴²⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir ...** Op. cit., p. 170 e 172.

⁴²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente ...** Op. cit., p. 52.

⁴²⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho ...** Op. cit., p. 109/110.

⁴²⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho ...** Op. cit., p. 113.

⁴³⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir ...** Op. cit., p. 179/180.

Esse triplo objetivo das disciplinas, explica FOUCAULT, responde a uma conjuntura histórica bem conhecida: explosão demográfica do século XVII, associada ao aumento da população flutuante (fixar é um dos primeiros objetivos da disciplina); crescimento e complexificação do aparelho de produção, “cada vez mais custoso e cuja rentabilidade urge fazer crescer”. Nesse ponto, as técnicas panópticas estão associadas à questão da arrecadação de impostos. O desenvolvimento dos modos disciplinares de proceder responde, nesse caso, ao caráter “dispendioso” do poder exercido: dispendioso porque diretamente custava muito ao Tesouro, porque o sistema da cobrança dos impostos pesava de maneira indireta e muito sobre a população, porque as resistências que encontrava o arrastavam a um ciclo de reforço perpétuo, porque procedia essencialmente por retirada (de dinheiro ou de produtos pelo fisco monárquico, eclesiástico, senhorial; de homens ou de tempo pelos serviços obrigatórios ou pelos alistamentos, pelo encarceramento de vagabundos ou seu banimento).⁴³¹

Pode-se afirmar, em conclusão, que “o poder disciplinar atua sobre o corpo individual, hierarquizando-o, classificando-o, separando-o, examinando-o, numa palavra, disciplinando-o, de modo a aumentar-lhe a força útil pelo exercício e pelo treinamento”.⁴³² Deve-se, em virtude disso, falar do surgimento de uma sociedade disciplinar “nesse movimento que vai das disciplinas fechadas até o mecanismo do panoptismo”.⁴³³

Porém, aponta Gilles DELEUZE que “as disciplinas também tiveram sua crise, em favor de novas forças que se instalaram lentamente após a Segunda Guerra mundial”. Segundo ele, “sociedades disciplinares é o que já não éramos mais, é o que deixávamos de ser”.⁴³⁴ Na mesma linha, afirma Michael HARDT que “as instituições que constituíam a sociedade disciplinar - escola, família, hospital, prisão, fábrica, etc - estão, todas elas e em todos os lugares, em crise”. Para o autor, “os muros das instituições estão desmoronando de tal maneira que suas lógicas disciplinares não se tornam ineficazes, mas se encontram, antes, generalizadas como formas fluidas através de todo o campo social”.⁴³⁵

Em função dessa crise, emergiram as “sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares”. Controle, afirma DELEUZE, é o nome para “designar o novo monstro”.⁴³⁶ Nessa nova sociedade, o poder “é exercido mediante máquinas que organizam diretamente o cérebro, em sistemas de comunicação e redes de informação, e os corpos, em sistemas de bem-estar, atividades monitoradas, etc”. A sociedade de controle pode ser caracterizada,

⁴³¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir ...** Op. cit., p. 180.

⁴³² FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho ...** Op. cit., p. 111.

⁴³³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir ...** Op. cit., p. 178.

⁴³⁴ DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle.** Conversações: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-226. Tradução de Peter Pál Pelbart, p. 219.

⁴³⁵ HARDT, Michael. A sociedade mundial de controle. In: ALLIEZ, Eric (org.). **Gilles Deleuze: uma vida filosófica.** São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 357-373, p. 353.

⁴³⁶ DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle.** Op. cit., p. 220.

então, “por uma intensificação e uma síntese dos aparelhos de normalização de disciplinariedade que animam nossas práticas diárias, mas, em contraste com a disciplina, (...) estende para fora os locais estruturados de instituições sociais mediante redes flexíveis e flutuantes”.⁴³⁷

Na visão de DELEUZE, a sociedade da informação é a responsável pela transformação da sociedade de disciplinar na de controle. O autor relaciona cada modelo de sociedade a certos tipos de máquina, não porque as máquinas sejam determinantes da sociedade, mas porque exprimem formas sociais capazes de lhes darem nascimento. Como afirma, “as sociedades disciplinares tinham por equipamento máquinas energéticas; as sociedades de controle operam por máquinas de informática e computadores”.⁴³⁸

Nesta mesma perspectiva, aduz BAUMAN que nos arranjos contemporâneos do poder há uma nova e melhorada versão das velhas e inalteradas técnicas panópticas. Fazendo referência à doutrina de Mark Poster, descreve os bancos de dados eletrônicos como uma versão ciberespacial atualizada do panóptico. Para o autor, a armazenagem de quantidades enormes de dados cria a figura de um superpanóptico, mas com uma diferença: “os vigiados, fornecendo os dados a armazenar, são fatores primordiais - e voluntários - da vigilância”.⁴³⁹

BAUMAN faz referência, então, ao desenvolvimento de novas técnicas de poder, referindo-se à ascensão crescente dos meios de comunicação de massa, o que leva à criação de outra arquitetura de poder, que chama de “sinóptico”. A perspectiva do sinóptico revela que o ato de vigiar desprende os vigilantes de sua localidade, transporta-os ao ciberespaço, no qual não mais importa a distância. O panóptico forçava as pessoas à posição em que podiam ser vigiadas. O sinóptico, ao contrário, não precisa de coerção, pois seduz as pessoas à vigilância.⁴⁴⁰ Como destaca DELEUZE, “não há necessidade de ficção científica para se conceber um mecanismo de controle que dê, a cada instante, a posição de um elemento em espaço aberto, animal numa reserva, homem numa empresa (coleira eletrônica)”.⁴⁴¹ As sociedades disciplinares apresentavam dois pólos: a assinatura, que indica o indivíduo, e o número de matrícula, que indica sua posição numa massa. Nas sociedades de controle, o essencial não é mais a assinatura e o número de matrícula, mas uma senha, que abre caminho para o acesso à informação ou fecha as portas na rejeição.⁴⁴²

Outro importante aspecto observado por Deleuze, aponta Rogério da COSTA, é que as sociedades disciplinares e de controle estruturam de forma diferente suas informações. No primeiro

⁴³⁷ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Op. cit., p. 42/43.

⁴³⁸ DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Op. cit., p. 221.

⁴³⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização ...** Op. cit., p. 56/57.

⁴⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização ...** Op. cit., p. 59.

⁴⁴¹ DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Op. cit., p. 221.

⁴⁴² ALVES, George de Souza. As tecnologias digitais e seus modos de subjetivação do indivíduo contemporâneo. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 214-229, p. 218.

tipo de sociedade, o que há é uma organização vertical e hierárquica das informações. Neste caso, o problema do acesso à informação confunde-se com a posição do indivíduo numa hierarquia, seja ela de função, posto ou antiguidade. Dessa forma, cada instituição detém seu quinhão de informação, como algo que pertence ao seu próprio espaço físico. Há uma associação profunda entre o local, o espaço físico e o sentido de propriedade dos bens imateriais. Cabe lembrar que nos dispositivos disciplinares, há uma espécie de polarização entre a opacidade do poder e a transparência dos indivíduos. O poder, devido a sua situação privilegiada, se manteria fora do alcance dos indivíduos, enquanto estes últimos estariam numa situação de constante observação.⁴⁴³

Com o advento da sociedade de controle, predominantemente reticular e interconectada, há uma mudança de natureza do poder, que não é mais hierárquico, mas disperso e difuso numa rede planetária. Como diz DELEUZE, “os anéis da serpente são mais complexos”.⁴⁴⁴ O poder é cada vez mais ilocalizável, porque disseminado entre os nós das redes. Sua ação agora não se restringe apenas à contenção das massas, à construção de muros dividindo cidades, à retenção financeira para conter o consumo. Hoje, o importante parece ser essa atividade de modulação constante dos mais diversos fluxos sociais, seja de controle do fluxo financeiro internacional, seja de reativação incessante do consumo ou da expansão ilimitada da comunicação. Nenhuma forma de poder parece ser tão sofisticada quanto a que regula os elementos imateriais de uma sociedade: informação, conhecimento, comunicação.⁴⁴⁵

Na sociedade de controle, há uma vigilância contínua, concretizada pela propagação das câmaras espalhadas por toda parte. A principal premissa da sociedade disciplinar era fazer com que o indivíduo modelasse o seu comportamento a partir da possibilidade de estar a ser vigiado por alguém. Essa perspectiva se alterou. Na sociedade de controle, houve uma espécie de incorporação da disciplina a tal ponto que os indivíduos podem estar sob os efeitos dos dispositivos disciplinares independente da presença de alguma autoridade investida de poderes capazes de impor os procedimentos de poder e de saber.⁴⁴⁶

Sobre a sociedade de controle, oportuna a observação de André LEMOS, para quem ela é fruto do “medo líquido”, expressão cunhada por Bauman, para designar a sensação de medo, incerteza e insegurança que a sociedade de risco impõe. As ameaças abstratas “geram sentimentos de insegurança e de incerteza que tomam conta dos cidadãos”, que cria o “sujeito inseguro”.⁴⁴⁷ É

⁴⁴³ COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. **São Paulo em Perspectiva**. 2004, vol.18, n.1, pp. 161-167, p. 162.

⁴⁴⁴ DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Op. cit., p. 227.

⁴⁴⁵ COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. Op. cit., p. 162.

⁴⁴⁶ LOPES, Ana Isabel; SANTOS, Sónia. **Da sociedade disciplinar à sociedade de controle**. Extraído de: <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/sociedade%20disciplinar/index.htm>. Acesso em 23/07/2012.

⁴⁴⁷ LEMOS André. Mídias locativas e vigilância: sujeito inseguro, bolhas digitais, paredes virtuais e territórios informacionais. BRUNO, Fernanda; KANASHIRO, Marta; FIRMINO, Rodrigo José. **Vigilância e visibilidade: espaço, tecnologia e identificação**. Porto Alegre: Sulina, 2010.

por isso que o indivíduo aceita tão docilmente ser vigiado. Daí a “atitude passiva da população, que parece não se importar com tamanha ingerência gerada pelos equipamentos de monitoramento, reside na crença de serem tais equipamentos uma espécie de mal necessário”.⁴⁴⁸

Na realidade, aponta LEMOS, os dois regimes – disciplinar e de controle – “convivem hoje, havendo, entretanto, uma inflexão em direção a uma vigilância mais sutil e invisível, mais modular”. As tecnologias mais contemporâneas não são mais visíveis e imóveis, mas ubíquas, o que não exige o confinamento do indivíduo, mas reclama o seu contrário, isto é, a sua mobilidade por vias digitais, o que permite um controle dinâmico.⁴⁴⁹ Enfim, “o panóptico da era da informação abrange todo aquele que se coloca em situação de supremacia – como empresas em relação aos consumidores e empregados – limitando a privacidade e a autodeterminação dos subjugados”.⁴⁵⁰

Pode-se concluir, portanto, que a sociedade de controle é uma sociedade disciplinar ampliada. O que muda é apenas uma questão de escala. A vigilância, agora, se exerce de maneira muito mais abrangente, sutil, desmaterializada, oculta e invasiva. O controle é uma vigilância aumentada pela técnica. O que se alterou foram as tecnologias empregadas e não os objetivos. A tecnologia, porém, reformulou procedimentos, possibilitou sua expansão, diminuiu os custos, reduziu ainda mais os “vigilantes”. No mais, tudo permanece como dantes pensado por Foucault. Em síntese, a sociedade controle nada mais é do que uma sociedade disciplinar aumentada por lentes tecnológicas.

Por fim, é oportuno fazer uma associação entre cibernética, ciberespaço e sociedade de controle. Isso porque, há entre esses três uma relação de causa e efeito, na medida em que a Cibernética propicia a criação de dispositivos de governabilidade voltados a conter a entropia do sistema social e o ciberespaço é o novo *locus* de vigilância, substituindo a figura do panóptico benthaminiano.

Como visto, a informação é o insumo da sociedade de controle, ingressando na teoria cibernética como o elo entre a máquina e o seu meio exterior. Por isso, as máquinas computacionais-cibernéticas propiciam o desenvolvimento da sociedade de controle. Afinal, grande parte da sociabilidade humana, atualmente, é realizada a partir das redes informacionais. A comunicação mais relevante da sociedade passa a ser intermediada por máquinas de processar informações. Códigos, *softwares*, senhas, arquivos digitais penetram no cotidiano social. É possível observar, portanto, que a mesma rede que garante a liberdade comunicativa da sociedade pós-

⁴⁴⁸ XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. A crescente violação do direito de imagem do cidadão diante do monitoramento das câmeras de vigilância. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 275-29, p. 278.

⁴⁴⁹ LEMOS André. Mídias locativas e vigilância ... Op. cit., p. 71.

⁴⁵⁰ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 198.

moderna é a que lhe controla. O ciberespaço e seu suporte físico (a internet) são, por isso, os mecanismos propulsores da sociedade de controle. Se, por um lado, eles possibilitam uma comunicação sem limites de tempo e espaço, por outro, potencializam o poder destrutivo do panóptico. Como bem observa Túlio Lima VIANNA:

A sociedade disciplinar, marcada pelo “vigiar e punir”, foi substituída por um novo tipo de sociedade marcada pelo “monitorar, registrar e reconhecer”. Nesta nova sociedade, a monitoração eletrônica pode ser reconhecida como um desenvolvimento tecnológico da antiga vigilância hierárquica, mas o poder punitivo não mais se manifesta por meio de uma sanção normalizadora, mas por um intrincado sistema de registro e reconhecimento. Não mais é função social transformar o “anormal” em “normal” nas instituições disciplinares, mas registrar e reconhecer o “anormal” para filtrá-lo da sociedade dos “normais”.⁴⁵¹

A monitoração eletrônica, explica VIANNA, “não parece direcionada à imposição de normas disciplinares, mas sim, à coleta de informações a serem mantidas em bancos de dados para um uso posterior”. O registro, por sua vez, “é uma técnica de ampliação da memória humana por meio da coleta e armazenamento de informações em bancos de dados”. O reconhecimento, a seu turno, “é uma técnica de comparação cuja finalidade é a detecção de uma possível congruência entre uma monitoração atual e uma monitoração passada memorizada em um registro”.⁴⁵² Enfim, câmeras de vídeo espalhadas por toda parte, a implacável coleta dos rastros deixados na internet, a produção de perfis pessoais cada vez mais analíticos, as possibilidades de conexão entre as mais variadas informações “indicam a expansão progressiva de uma sociedade de controle, da vigilância e da classificação”.⁴⁵³

Portanto, a tríade “monitorar-registrar-reconhecer”, realizada por complexos sistemas peritos, amplia o poder estatal enormemente. Daí poder se afirmar que se as novas tecnologias propiciam “maior liberdade informacional”, por outro lado implicam “uma maior exposição a formas (sutis e invisíveis) de controle, monitoramento e vigilância”.⁴⁵⁴ Num exemplo interessante dado por ROSZAK, um motorista parado pela polícia, por ter uma das luzes de freio do veículo queimada, poderá ter sua vida vasculhada por uma bateria de banco de dados integrados, que contarão tudo o que alguém já se deu ao trabalho de arquivar: pensão alimentícia dos filhos, empréstimos não pagos, violações à previdência social, dívidas tributárias, crimes cometidos, etc.⁴⁵⁵ Noutro caso, noticiado pelo jornal americano *New York Times*, um pai ficou indignado ao encontrar, na sua caixa de correio, cupons de desconto para roupas de bebê enviados por uma cadeia de lojas

⁴⁵¹ VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada**: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Curitiba, 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 54.

⁴⁵² VIANNA, Túlio Lima. **Transparência pública, opacidade privada ...** Op. cit., p. 54, 56 e 85.

⁴⁵³ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância ...** Op. cit., p. 145.

⁴⁵⁴ LEMOS André. **Mídias locativas e vigilância ...** Op. cit., p. 62.

⁴⁵⁵ ROSZAK, Théodore. **O culto da informação**. Op. cit., p. 273.

de varejo em nome de sua filha menor de idade. Ele acusou a loja de tentar induzir a garota a ser mãe precocemente. Mas, após confrontar a adolescente, descobriu que a filha estava grávida. Os estatísticos da loja de departamentos americana não tiveram acesso a nenhum teste de gravidez. Apenas inferiram que aquela consumidora iria dar à luz cruzando informações de compras: a mudança no seu padrão de consumo era consistente com o de outras grávidas. Nos sistemas informáticos havia uma relação de itens que são parte de uma cesta de vinte e cinco produtos que compõem o “índice de predição de gravidez” criado pela loja.⁴⁵⁶

Por isso, muito pertinente a observação de RODOTÀ, que assevera que “a sociedade da vigilância revela-se, progressivamente, como sociedade da classificação”. Diz o autor que as ferramentas tecnológicas atuais permitem reunir muito mais informações, suficientes para se traçar as estratégias empresariais, o que significa uma produção incessante de perfis individuais, familiares, de grupos, por meio da utilização e do cruzamento das mais diversas informações.⁴⁵⁷

Na Administração tributária contemporânea ocorre o mesmo fenômeno, com o intenso cruzamento de dados para o cálculo de índices de desconfiância de operações fiscais, ou para perceber “operações fora do padrão”, ou como ocorre na “malha fiscal”, que nada mais é do que uma classificação do contribuinte em função de parâmetros previamente estabelecidos pelo Fisco federal. Há, de forma subjacente a estes controles, uma tentativa de enquadrar o cidadão a se conformar a padrões definidos pelos sistemas peritos.

Enfim, o poder de controle não atua mais, única e exclusivamente, sobre o corpo individual, hierarquizando-o, classificando-o, separando-o e examinando-o, mas, em bloco de indivíduos classificados por categorias ou perfis. As operações, agora, são monitorar, registrar, reconhecer e calcular, tudo de forma automática. Porém, as estratégias de poder respondem aos mesmos três critérios expostos por Foucault, relativamente à sociedade disciplinar: econômico, ampliação dos efeitos e eficiência, ou seja, tornar o poder ainda mais dócil e útil que o era na sociedade disciplinar. No entanto, existe uma diferença marcante entre as duas sociedades: agora, o controle não mais se restringe aos corpos e à produção, mas amplia-se para controlar o que se consome, com quem as pessoas se relacionam, como se divertem, quais filmes assistem, quanto tributo pagam, quanto ganham, qual o seu patrimônio, onde trabalham, quanto gastam no cartão de crédito, se litigam no Poder Judiciário, se têm multa de trânsito, enfim, suas vidas podem ser totalmente devassadas pelos órgãos de controle. A sociedade de controle busca tornar tudo visível. Ocorre uma espécie de *voyeurismo* informacional, cujo fim é ajustar condutas pela dúvida.

⁴⁵⁶ DUHIGG, Charles. How companies learn your secrets. **Jornal New York Times**. 16/02/2012, Magazine. Disponível: <http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?pagewanted=all>. Acesso em 09/10/2012.

⁴⁵⁷ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância ...** Op. cit., p. 114.

4 A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA PÓS-MODERNA, INFORMACIONAL, CIBERNÉTICA E AUTOPOIÉTICA

Cibernética, teoria dos sistemas, autopoiese, sociedade da informação e sociedade de controle: temas, aparentemente, desconectados, mas que, como se demonstrará, convergem para o objeto de estudo deste trabalho: a análise do modelo de atuação da atual Administração tributária em função do desenvolvimento de sofisticados sistemas tecnológicos de controle. A Cibernética, definida como ciência de controle pela comunicação, forneceu as bases para o desenvolvimento tecnológico e a lógica do controle pela retroalimentação de informações; a teoria dos sistemas preconiza o estudo do sistema pelo todo e pelas interações entre as suas partes; a autopoiese propicia um modelo teórico de análise dos sistemas que é, ao mesmo tempo, aberto e fechado, vale dizer, funciona por meio de suas regras internas, mas está aberto às contingências de seu meio ambiente; a sociedade da informação impõe novas formas de interatividade social, de trabalho, de comunicação e, por conseguinte, engendra mudanças culturais e sociais com repercussões em todas as atividades humanas; e, por fim, a sociedade de controle busca esquadrihar a vida do cidadão e a tudo vigiar, visando ajustar o comportamento do cidadão pela incerteza.

Em função desse contexto, merecem análise quatro tópicos relevantes para a discussão jurídica apresentada. Primeiro: o que é “Administração tributária”? Em segundo lugar, será o Fisco um órgão cibernético? Em seguida, merecem referências alguns sistemas de controle tributário, com o objetivo de demonstrar, ainda que com poucos e rápidos exemplos, a dimensão das repercussões do desenvolvimento tecnológico na relação jurídico-tributária.⁴⁵⁸ Por derradeiro, requer averiguação se o sistema arrecadatório nacional é um sistema alopoiético ou autopoietico.

4.1 O QUE É “ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA”?

Administrar, conceitua Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “significa não só prestar serviço, executá-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil”.⁴⁵⁹ Se os bens e interesses administrados são particulares, se está diante de uma administração privada, mas caso os bens e interesses administrados sejam da sociedade, realiza-se uma administração pública. Por isso, como destaca Marçal JUSTEN FILHO, a Administração

⁴⁵⁸ Como explica André Folloni, toda relação jurídica “pressupõe, no mínimo, dois sujeitos de direitos: o sujeito ativo e o sujeito passivo. O primeiro tem, em face do segundo, um direito subjetivo, restante a este um dever jurídico. A prestação a cargo do sujeito passivo é o objeto da relação jurídica: sem comportamento proibido, permitido ou obrigatório. Um exemplo: se é obrigatório que o sujeito passivo pague uma multa à Administração Pública (prestação), o objeto da prestação é a quantia em dinheiro. São, assim, elementos da relação jurídica seus sujeitos, seus direitos e seus deveres, a prestação (objeto da relação jurídica) e o objeto da prestação”. FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 68.

⁴⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 53.

pública “abrange todos os entes e sujeitos excentes de funções administrativas, ainda que o façam de modo secundário e acessório”, compreendendo, assim, não só o Poder Executivo, mas também os poderes Judiciário e Legislativo.⁴⁶⁰

Quanto ao adjetivo “pública”, cabe ressaltar, na esteira do que ensina Leonardo Valles BENTO, que ele possui várias acepções. Pode significar “aquilo que se relaciona ao Estado, na qualidade de poder público, o poder organizado da sociedade e materializado numa instituição jurídico-política que detém o monopólio da coerção física legítima”. Pode, também, ter o sentido “daquilo que é exposto e dado a conhecer a todos, que é notório e manifesto, que todos podem ver ou acessar livremente”. Além disso, pode traduzir a ideia daquilo “que é de interesse de todos, isto é, (...) aquilo que é publicamente relevante e coloca a questão da comunidade, vale dizer, os assuntos comuns”.⁴⁶¹ É nesta última acepção que o termo “público” é, neste estudo, empregado. Em consequência, o órgão “Administração tributária”, como espécie do gênero Administração pública, deve carregar a mesma noção, traduzindo a ideia de administração de tributos no interesse da comunidade. Cabe ressaltar que o termo “Administração tributária” não deve ser confundido com Fazenda Pública, embora este, em seu aspecto subjetivo, possa se aproximar do conceito dos órgãos incumbidos de realizar a administração tributária.⁴⁶²

Ensina DI PIETRO que Administração pública, em sentido subjetivo, formal ou orgânico, “designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa”. Em sentido objetivo, material ou funcional, “designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo”. Porém, há, segundo a mesma autora, outro significado importante. Administração pública, em sentido amplo, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos subordinados, dependentes (Administração pública em sentido estrito), aos quais é atribuída a tarefa de executar os planos traçados. Em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração pública engloba a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as

⁴⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 231-2.

⁴⁶¹ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado**: entre eficiência e democratização. Barueri: Manole, 2003, p. 153.

⁴⁶² Ricardo Lobo Torres explica que a Fazenda Pública, do ponto de vista objetivo, é o complexo dos recursos e obrigações financeiras do Estado. Constitui-se pelos recursos públicos, que compreende os direitos criados e consignados no orçamento (créditos tributários, direitos derivados da emissão de títulos da dívida pública, direitos patrimoniais) como os ingressos, isto é, os fundos que efetivamente afluem ao Tesouro. A Fazenda Pública, subjetivamente considerada, confunde-se com a própria pessoa jurídica de direito público. Aproxima-se do conceito de Administração Financeira, com os seus órgãos incumbidos de realizar a atividade financeira. TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito financeiro e tributário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 4.

executa. Em sentido estrito, a Administração pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o objetivo, a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política.⁴⁶³

O sentido aqui utilizado para a Administração pública, e conseqüentemente para Administração tributaria, é relativo ao seu sentido estrito, ou seja, compreende as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que exercem a função administrativa (sentido subjetivo), bem como a atividade administrativa exercida por aqueles entes (sentido objetivo). Em síntese, em sentido objetivo, “a Administração Pública pode ser definida como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de Direito público, para a consecução dos interesses coletivos”. Em sentido subjetivo, é o “conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”.⁴⁶⁴

Em função dos conceitos expostos, é possível observar que a Administração pública não se confunde com Governo. Este, “em sentido formal, é o conjunto de poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos”. Ele atua “mediante atos de Soberania ou, pelo menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos”. A seu turno, Administração pública “é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto de funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado”. Portanto, a Administração pública “não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menos autonomia funcional”. Por isso, pode-se considerar que a “Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para por em prática as opções políticas do Governo”.⁴⁶⁵ No mesmo sentido, aduz Odete MEDAUAR que, enquanto “o governo é dotado de função primordialmente política e fixa as diretrizes da vida associada, cabe à Administração a tarefa de simples cumprimento de tais diretrizes”. Porém, como adverte, no Brasil “coexistem, no vértice do Poder Executivo, funções governamentais e funções administrativas, o que dificulta também a nítida separação de ambas”. Desse modo, o que ocorre na prática de atuação do Executivo é “um emaranhado de governo e Administração, o que, segundo alguns, permite evitar um governo puramente político e uma Administração puramente burocrática”.⁴⁶⁶

Entretanto, entre Governo e Administração há diversos elementos comuns. Ambos “atuam por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas), de seus órgãos (centros de decisão) e

⁴⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit., p. 54.

⁴⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit., p. 61 e 62.

⁴⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64-5.

⁴⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 47.

de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções)”.⁴⁶⁷ Órgãos públicos “são unidade de atuação, que englobam um conjunto de pessoas e meios materiais ordenados para realizar uma atribuição predeterminada”. Por exemplo, a Secretaria de Fazenda Municipal é um órgão público municipal formado por um conjunto de servidores e meios materiais destinados a colocar em prática as atribuições arrecadatórias do Município.⁴⁶⁸ São, assim, “centros de imputação jurídica”. A criação de órgãos públicos significa a atribuição de uma parcela do poder político-administrativo, originariamente concentrado no Estado, para outros órgãos, instituídos infraconstitucionalmente. Eles exteriorizam a vontade da pessoa jurídica de direito público, desempenhando as funções estatais por meio dos agentes públicos.⁴⁶⁹ Os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, mas na área de se suas atribuições e nos limites de sua competência expressam a vontade da entidade a que pertencem.⁴⁷⁰ Órgão é, em consequência, a “unidade de atuação integrante de uma pessoa jurídica. Caracteriza-se por ser parte de um todo, quer tenha dimensões amplas (Ministério) ou pequenas dimensões (seção de pessoal de um Ministério)”.⁴⁷¹

São duas as realidades que se juntam para formar o órgão: a divisão de competências (elemento objetivo) e o elemento humano (aspecto subjetivo).⁴⁷² Competência significa “a aptidão legal conferida a um órgão ou autoridade para realizar determinadas atividades”.⁴⁷³ Pode, também, ser conceituada “como o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”.⁴⁷⁴ Órgão pode ser definido, portanto, “como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado”.⁴⁷⁵ Observa-se, ainda, que a natureza do órgão aqui considerada é relativa à teoria objetiva, segundo a qual o órgão é “apenas um conjunto de atribuições, inconfundível com o agente”. Por tal razão a vacância de cargos, a mudança de seus titulares e a alteração de funções, por exemplo, não acarreta a extinção do órgão a que pertencem.⁴⁷⁶

Os órgãos apresentam uma variedade enorme de classificações. Isso ocorre, pois as atividades administrativas são múltiplas e variadas, razão pela qual os órgãos que irão realizá-las “se apresentam diferenciados na escala estatal, multiformes na sua estrutura e diversificados nas suas atribuições e funcionamento, procurando adaptar-se às especializadas funções que lhe são

⁴⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. Op. cit., p. 65-6.

⁴⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Op. cit., p. 53.

⁴⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 237.

⁴⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 235-6.

⁴⁷¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Op. cit., p. 53.

⁴⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 69 e 70.

⁴⁷³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Op. cit., p. 53.

⁴⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 144.

⁴⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit., p. 438.

⁴⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit., p. 439.

atribuídas”. Daí a presença de órgãos legislativos, executivos e judiciários; de órgãos de direção, deliberação, planejamento, assessoramento e execução; de órgãos superiores e inferiores; de órgãos centrais, regionais e locais; de órgãos administrativos, jurídicos e técnicos; de órgãos normativos e fiscalizadores; de órgãos simples e compostos, e tantos outros.⁴⁷⁷ Quanto à posição estatal, classificam-se em independentes (não possuem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, sujeitos apenas aos controles constitucionais e sendo ocupados por agentes políticos – as casas legislativas, Chefia do Poder Executivo e os Tribunais); autônomos (os que localizam na cúpula da Administração, subordinados à chefia dos órgãos independentes, gozam de autonomia administrativa, financeira e técnica – Ministérios, Secretarias de Estado e de Município, Ministério Público, etc); superiores (são os órgãos de direção, controle e comando, mas sujeitos à subordinação e ao controle hierárquico de uma chefia, não gozam de autonomia administrativa ou financeira – Departamentos, Coordenadorias, etc.); inferiores (encontram-se subordinados hierarquicamente a órgãos superiores de decisão, exercendo, principalmente, funções de execução).⁴⁷⁸

Diante dessas classificações, e sem querer ser exaustivo, entende-se que a Administração tributária é um órgão ligado ao Poder executivo, de execução, sem personalidade jurídica (e, por isso, sem vontade própria), inferior (já que se encontra subordinada ao Ministério da Fazenda ou às Secretarias de Fazenda estaduais, estes, sim, autônomos e com poder de direção, controle e comando nos assuntos de sua competência específica), central, simultaneamente um órgão administrativo (cabe-lhe a tarefa de administrar a arrecadação dos tributos e o consequente cumprimento das obrigações tributárias por parte dos contribuintes), jurídico (possui competência para edição de atos normativos infralegais) e técnico (como nas atividades de fiscalização e de despacho aduaneiro).

Cabe ainda destacar que a Administração tributária pertence à estrutura da Administração direta do Estado, cujo órgão superior é o Ministério da Fazenda⁴⁷⁹ ou, no âmbito dos Estados, Municípios e Distrito Federal, às Secretarias da Fazenda. No âmbito federal, com a Lei 11.457, de 16 de março de 2007, foram fundidas as Secretarias da Receita Federal (SRF) e a Secretaria da Receita Previdenciária (SRP), criando a Receita Federal do Brasil (RFB), denominada, vulgarmente, de “super receita”. Conforme dispõe o art. 2º da referida lei, “além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à

⁴⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. Op. cit., p. 70.

⁴⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit., p. 440.

⁴⁷⁹ Os Ministérios são órgãos da estrutura básica da Administração direta federal, hierarquicamente situado logo abaixo da Presidência da República. Cada Ministério comporta uma estrutura, como órgãos específicos, para o desempenho das atribuições atinentes à matéria de sua competência. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Op. cit., p. 62-3.

tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais”. Ressalte-se que as demais competências da RFB estão previstas no art. 15, do anexo I, do Decreto nº 7.482, de 16 de maio de 2011.

Por derradeiro, cabe destacar que Administração tributária não é apenas o órgão da Administração pública que se preocupa com a arrecadação de tributos. Ela deve ser compreendida, na linha do que expõe Vicente Kleber de Melo OLIVEIRA, como um conjunto de órgãos que têm competência também para constituir o crédito tributário (lançamento), controlar a arrecadação, julgar processos fiscais,⁴⁸⁰ parcelar débitos tributários, emitir certidões negativas ou positivas, criar obrigações tributárias acessórias, entre diversas outras funções.

4.2 A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA INFORMACIONAL

Para análise da Administração tributária informacional, três conceitos já debatidos são centrais: sociedade centrada no lar, hiper-realidade e sociedade de controle. Como já demonstrado, é possível visualizar uma sociedade que mudou a dinâmica nas relações que envolvem troca de informações, migrando do meio físico para o meio virtual. Uma importante consequência dessas transformações é o impacto na configuração espaço-temporal no relacionamento entre o contribuinte e a Administração tributária. Afinal, sendo, atualmente, detentora de imensa capacidade tecnológica, agiganta-se no modo de fiscalização e, conseqüentemente, consegue submeter todos (ou quase) ao seu poder com mais facilidade. Isso ocorre, porque “a posse da informação torna-se instrumento privilegiado de dominação, pois criam a possibilidade de dominar a partir da interioridade da consciência do outro”.⁴⁸¹

O advento das novas tecnologias da informação propicia, primeiramente, um crescente distanciamento físico entre o sujeito passivo e a Administração tributária, que se relacionam agora, preferencialmente, no ciberespaço. Diversos serviços são disponibilizados na *web*, como a emissão de certidões negativas, solicitação de parcelamento de débitos tributários, orientações diversas, emissão de segunda via de pagamentos realizados, cópia de declarações eletrônicas entregues, enfim, uma quantidade enorme de ações que facilitam a vida do contribuinte (que não precisa enfrentar filas) e do Fisco (que diminui seus custos com pessoal). Porém, por outro lado, exclui aqueles que não têm facilidade de acesso à internet ou não conseguem ter o entendimento necessário para realizar sozinhos os serviços oferecidos. Aliás, cabe observar que nesse desencaixe espacial entre Fisco e contribuinte, o conceito de domicílio tributário, que supõe uma ligação física

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, Vicente Kleber de Melo. **A administração tributária como atividade essencial ao funcionamento do Estado**. Fortaleza, 2009. Dissertação (mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), p. 90.

⁴⁸¹ GUARESCHI, Pedrinho A. **Comunicação & controle social**. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 19.

entre contribuinte e órgão fazendário, embora ainda exista, perde, completamente, o seu sentido.

Além disso, cabe destacar que o desencaixe não é apenas espacial, mas também temporal, pois a qualquer dia e hora a Administração tributária estará “aberta”, prestando seus serviços e, incrivelmente, fazendo fiscalizações. Sobre este último aspecto, observa-se que o “Fisco informacional” modifica, radicalmente, seu método de trabalho, uma vez que as fiscalizações não se realizam (a não ser em casos muito específicos) mais pela análise manual de livros fiscais. Agora, a auditoria fiscal concentra-se no exame de complexos arquivos eletrônicos, fornecidos pelos sujeitos passivos nos mais variados formatos definidos pela Administração tributária. Por detrás, sofisticados sistemas de processamento de dados auxiliam e indicam ao servidor quais são os possíveis erros, apontam os prováveis indícios de sonegação, fazem cruzamento de dados e, até mesmo, emitem notificações fiscais sem qualquer interveniência humana.

O cumprimento das obrigações tributárias, principalmente acessórias, pelos sujeitos passivos também se transforma. Aliás, com a internet, há uma verdadeira transposição de responsabilidades do Fisco para o sujeito passivo. Este é, agora, inundado de obrigações acessórias, devendo transmitir ao Fisco as mais variadas informações sobre si e sobre terceiros. Em suma, a Administração tributária torna-se virtual e faz de tudo para que o administrado não venha pessoalmente visitá-la, devendo ficar, confortavelmente, na “centralidade de sua casa”.

A Administração tributária pós-moderna trabalha, portanto, cruzando as informações prestadas pelos contribuintes, e por diversas outras entidades, com auxílio de complexos sistemas de processamento. Tudo se automatiza, tudo se transforma em *bit*. Até as notas fiscais em papel estão se tornando coisa do passado. Surge daí o fenômeno da hiper-realidade. Ocorre o fenômeno, já descrito, da simulação, ou seja, pressupõe-se a equivalência entre o signo e o real, de modo que o signo não estaria representando o real, mas assumindo o *status* da própria realidade. Sobrevém, assim, a desreferencialização do real e a dessubstancialização do sujeito, vale dizer, o referente (a realidade) se virtualiza e o sujeito perde a sua substância e passa ser um mero registro. A informação, comunicada no ciberespaço, torna-se mais verdadeira que o fato acontecido por ser verdadeira em tempo real. Assim, transmitida e processada, enquanto não for desmentida será verossímil. Mas, dificilmente, será desmentida em tempo real. Há, portanto, uma inversão do ônus da prova, ou seja, deverá o transmissor da informação provar, materialmente, que a informação transmitida foi apenas um engano. Até lá, arcará com os danos de seu erro: custos para recorrer na instância administrativa, se for o caso; não emissão de certidões negativas; burocracia.

Esta é a “Administração tributária informacional”. Seu principal insumo é a informação. Aliás, sempre foi. A diferença agora é o seu formato, digital, que possibilita a tríade de operações da sociedade de controle: monitorar, registrar e reconhecer. Em outros termos, o Fisco informacional coleta informações, as armazenam em bancos de dados e avalia a sua correteza, seja

comparando-as aos registros históricos, seja confrontando-as com informações prestadas pelo próprio contribuinte em outras declarações, seja cruzando-as com registros oferecidos por terceiros (administradoras de cartões de créditos; hospitais e serviços médicos, em relação aos gastos com saúde; imobiliárias, em relação às operações imobiliárias por elas intermediadas, e assim por diante). Portanto, seu mecanismo de eficiência é a comunicação. Seu foco de investimento são os sofisticados sistemas de processamento de dados e informações. Em função disso, seu poder está menos visível e mais difuso. Sua invisibilidade torna o Fisco mais efetivo e menos custoso.

Porém, similarmente ao deus bifronte Janus, não há só males: incrementa-se a eficiência estatal, diminui-se o custo da Administração tributária, diminui-se a sonegação e, portanto, melhora-se o ambiente empresarial com uma competição empresarial mais justa. Poder-se-ia pensar, até mesmo, numa possível redução da carga tributária com o incremento da arrecadação que essas novas formas de controle possibilita. Mas, por outro lado, os problemas oriundos dessa nova sistemática são muitos. Primeiramente, incrementam-se as possibilidades de desrespeito a direitos fundamentais, como a privacidade. Cria-se mais uma variável de exclusão social, ou seja, os excluídos digitais têm mais um obstáculo ao verdadeiro exercício da cidadania, por ter dificultada, seja por falta de recursos técnicos (equipamentos), seja por falta de conhecimento, o seu relacionamento com o órgão fazendário. Eleva-se, igualmente, a opacidade do sistema tributário, situação que amplia as possibilidades de autuações fiscais indevidas, tanto pelo desconhecimento da norma, quanto da forma como as informações devem ser prestadas.

Sobre esta questão, aduz Ives Gandra da Silva MARTINS que a multiplicação de obrigações acessórias amplia a complexidade do já caótico Sistema Tributário brasileiro. Afirma o autor que os contribuintes estão sujeitos a errarem, mesmo sem intenção de descumprir suas obrigações, dada a complexidade da legislação e a multiplicação de obrigações acessórias delegadas.⁴⁸² Na mesma linha, aduz Hugo de Brito MACHADO que “o excesso de obrigações acessórias implica grande sacrifício para os contribuintes, especialmente os de pequeno e médio porte, obrigados a gastar somas expressivas para o atendimento de tais exigências”.⁴⁸³

Tudo isso remete aos seguintes problemas: é a eficiência critério de legitimidade suficiente para o Estado fiscal vigilante? Como resolver os conflitos entre interesse público e direitos fundamentais? Como resolver o problema da cidadania eletrônica diante desse novo ambiente tributário? Todas são questões a serem tratadas nos capítulos cinco e seis deste trabalho. Por ora, necessita-se demonstrar a influência da cibernética nos desenvolvimento da Administração tributária e descrevê-la como um sistema autopoietico.

⁴⁸² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42.

⁴⁸³ MACHADO, Hugo de Brito. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 57-8.

4.3 O PANÓPTICO TRIBUTÁRIO

A repercussão das ideias cibernéticas de Norbert WIENER foi grande e inúmeras outras ciências se deixaram influenciar pelos conceitos da cibernética, podendo-se destacar dentre elas a Inteligência Artificial, a Teoria dos Sistemas e a Teoria dos Jogos.⁴⁸⁴ O Direito também não deixou de ser influenciado pela cibernética, que possui grande aplicação, por exemplo, no Direito Penal, neste caso, em função da capacidade de se criar instrumentos preventivos de determinadas condutas sociais, valendo-se de inúmeros instrumentos tecnológicos, dentre os quais pode-se destacar as câmeras de vigilância de locais públicos, a identificação biométrica de suspeitos e o monitoramento via satélite de condenados que cumprem pena de liberdade condicional, dentre outros.⁴⁸⁵

Essa mesma tendência de controle cibernético chegou ao Direito Tributário, haja vista que os Fiscos têm instituído inúmeros mecanismos de controle eletrônico sobre seus contribuintes. Victor UCKMAR alerta que o impressionante desenvolvimento tecnológico recente influencia também o Direito Tributário, “redefinindo, em particular, as relações entre fisco e contribuinte não só na modalidade, mas também nos conteúdos através dos quais a relação se desenvolve”.⁴⁸⁶

Para se ter uma rápida ideia da complexidade tributária trazida pelo avanço tecnológico, é possível observar que os contribuintes têm, atualmente, a responsabilidade de apurar o montante a ser pago de diversos tributos e fornecer ao Estado uma enorme quantidade de informações, mediante a apresentação de intrincadas declarações fiscais, tais como a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF), Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF), Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais (DACon), Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias (DIMOB), Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI), etc. Na prática, o que se realiza é uma verdadeira transferência de custos e responsabilidades das atividades de gestão tributária para o contribuinte.

Relativamente ao tema, UCKMAR bem observa que o envio das declarações dos contribuintes por meio de instrumentos telemáticos nem sempre se traduz em uma vantagem para o contribuinte. Diz o autor que a lógica do legislador parece causada muito mais por exigências internas do funcionamento da própria Administração do que por exigências de proteção dos interesses dos contribuintes.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ VIANNA, Túlio Lima. **A era do controle**: introdução crítica ao direito penal cibernético. Direito e Justiça, Lisboa, v.18, p. 339-351, 2004, p. 339.

⁴⁸⁵ VIANNA, Túlio Lima. **A era do controle ...** Op. cit., p. 341.

⁴⁸⁶ UCKMAR, Victor. Direito tributário e tecnologia. In: MARINS, James (coord.). **Tributação e tecnologia**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 11.

⁴⁸⁷ UCKMAR, Victor. Direito tributário e tecnologia. Op. cit., p. 26.

Destarte, o controle tributário eletrônico não se resume às declarações eletrônicas transmitidas pelos sujeitos passivos. O ambiente tributário tornou-se ainda mais complexo e vigiado com a implantação de diversos outros sistemas eletrônicos de controle, entre os quais, para ficar em alguns poucos exemplos, se destacam o Sistema Público de Escrituração Fiscal (Sped), a Nota Fiscal eletrônica e o sistema de controle de bebidas (Sicobe).

4.3.1 SPED: o panóptico fiscal

O Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) tem como fundamento a Emenda Constitucional nº 42, aprovada em 19 de dezembro de 2003, que introduziu o inciso XXII ao art. 37 da Constituição Federal.⁴⁸⁸ Esta disposição determina que as Administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios atuem de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais. Com base nesse dispositivo foi instituído, pelo Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, o SPED.⁴⁸⁹

O SPED consiste na modernização da sistemática de cumprimento das obrigações acessórias, transmitidas pelos contribuintes às administrações tributárias. Iniciou-se com três grandes projetos: Escrituração Contábil Digital (ECD), Escrituração Fiscal Digital (EFD) e a Nota Fiscal eletrônica (NF-e). O SPED Contábil tem como objeto substituir a escrituração contábil em papel pela Escrituração Contábil Digital (ECD). Trata-se da obrigação de transmitir, pela internet, os livros Diário, Razão e as fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos. O SPED Fiscal, por sua vez, é a Escrituração Fiscal Digital (EFD) que se constitui num conjunto de escriturações de documentos fiscais de interesse dos Fiscos. Contém diversos livros fiscais: Registro de Entrada, Registro de Saídas, Registro de Inventário, Registro de Apuração do ICMS e Registro de Apuração do IPI.⁴⁹⁰

Há ainda outros projetos como a Escrituração Fiscal Digital do PIS e da Cofins (EFD-PIS/Cofins, em implantação), o Livro de Apuração do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas sujeitas ao lucro real (e-Lalur), a Escrituração Fiscal Digital das informações sociais da empresa (folha de pagamentos e registro de empregados) e a Central de Balanços (demonstrativos contábeis e informações econômico-financeiras das empresas). A ideia é que os contribuintes disponibilizem diversas informações fiscais e contábeis em um ambiente virtual, a princípio, para facilitar a relação

⁴⁸⁸ BRASIL. Emenda Constitucional n. 42, de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, 19 de dezembro de 2003.

⁴⁸⁹ BRASIL. Decreto n. 6.022, de 2007. Institui o Sistema Público de Escrituração Digital - Sped. Brasília, 22 de janeiro de 2007.

⁴⁹⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Sistema público de escrituração digital**. Disponível em: <http://www1.receita.fazenda.gov.br/sobre-o-projeto/apresentacao.htm>. Acesso em 07 jul. 2012.

Fisco-contribuinte, mas que, em verdade, municiará o Estado com toda a contabilidade do sujeito passivo, propiciando-lhe um controle *online* e permanente de suas obrigações tributárias.⁴⁹¹ É, sem dúvida, a implantação do Estado fiscal vigilante.

Outra questão bastante importante relativa ao SPED é a sua enorme complexidade. Para exemplificar, pegue-se o caso da EFD PIS/Cofins: o arquivo digital a ser transmitido tem mais de mil campos a serem informados, conforme pode ser verificado no Ato Declaratório Executivo Cofis nº 37/2010, documento que possui 109 páginas explicando como devem ser preenchidas as informações.⁴⁹² Tal situação só vem a demonstrar a vulnerabilidade cognoscitiva do contribuinte frente ao Fisco. Tal fragilidade diz respeito à complexidade dos modelos tributários modernos, situação que expõe cidadãos e empresas ao risco de graves equívocos. Afinal, não há como negar que grande parte dos contribuintes tem dificuldades de penetrar no cipoal normativo e tecnológico imposto pelas Administrações tributárias. Sobre tal situação, aduz James MARINS que o modelo eletrônico de contabilidade determinado pelo SPED e pela nota fiscal eletrônica “permitirá amplo e instantâneo controle pelas autoridades fazendárias das atividades dos contribuintes”, o que ratifica o falso axioma da debilidade fazendária em controlar as atividades dos contribuintes.⁴⁹³

O SPED possibilita a concretização do princípio do panóptico tributário, pois se concretiza a situação onde cada vez menos pessoas vigiam uma gama cada vez maior de sujeitos passivos. Tal sistema representa, portanto, um novo paradigma de relacionamento entre Fisco e contribuinte. Marca uma nova etapa na forma de cumprimento das obrigações acessórias e do procedimento fiscalizatório por parte do Fisco. Como fruto desse novo modelo, espera-se uma maior eficiência no combate à sonegação fiscal. Pelo lado dos sujeitos passivos, os benefícios do novo sistema estão na simplificação de seus procedimentos de administração tributária, pois não será mais necessário imprimir e armazenar livros contábeis e fiscais, além de se abrirem perspectivas para se reduzir diversas outras obrigações acessórias.

Enfim, a utilização do SPED aumenta enormemente a eficiência do órgão arrecadador, além de criar instrumentos capazes de diminuir a sonegação tributária. Porém, por outro lado, não se pode permitir que sua complexidade e seu nível de intromissão na vida privada dos cidadãos extrapolem o minimamente razoável, sob pena de dificultar o livre exercício da atividade econômica e o direito fundamental à privacidade.

⁴⁹¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Sistema público de escrituração digital**. Disponível em: <http://www1.receita.fazenda.gov.br/sobre-o-projeto/apresentacao.htm>. Acesso em 07 jul. 2012.

⁴⁹² BRASIL. Ato Declaratório Executivo Cofis nº 37, de 2010. Aprova o manual de orientação do leiaute da escrituração fiscal digital da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins (EFD-PIS/Cofins). Brasília, 22 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/AtosExecutivos/2010/COFIS/ADCofis037.htm>. Acesso em 07 jul. 2012.

⁴⁹³ MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009, p. 40-41.

4.3.2 Nota fiscal eletrônica (NF-e)

O projeto da nota fiscal eletrônica (NF-e) envolve União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tem como objetivo a implantação de um modelo nacional de documento fiscal eletrônico para substituir a sistemática atual de emissão do documento fiscal em papel, com validade jurídica garantida pela assinatura digital do remetente. Busca simplificar as obrigações acessórias dos contribuintes e permitir, ao mesmo tempo, o acompanhamento em tempo real das operações comerciais pelo Fisco.⁴⁹⁴

Os benefícios são muitos. No que se refere às administrações tributárias, não há a necessidade de despender grandes somas de recursos para captar, tratar, armazenar e disponibilizar informações sobre as operações realizadas pelos contribuintes. No que tange aos contribuintes, não há a necessidade de alocar recursos humanos e materiais vultosos para o registro, contabilidade, armazenamento, auditoria interna e prestação de informações às diferentes esferas de governo que, no cumprimento das suas atribuições legais, as demandam, usualmente por intermédio de declarações e outras obrigações acessórias. Indubitavelmente, o custo inerente ao grande volume de documentos em papel que circulam e são armazenados, tanto pela administração tributária como pelos contribuintes, é substancialmente elevado.⁴⁹⁵

Portanto, a integração e compartilhamento de informações têm o objetivo de racionalizar e modernizar a administração tributária brasileira, reduzindo custos e entraves burocráticos, facilitando o cumprimento das obrigações tributárias e o pagamento de impostos e contribuições, além de fortalecer o controle e a fiscalização por meio de intercâmbio de informações entre as administrações tributárias.

De maneira bastante simplificada, o esquema de funcionamento da nota fiscal eletrônica é o seguinte: a empresa emissora de NF-e gerará um arquivo eletrônico contendo as informações fiscais da operação comercial, o qual deverá ser assinado digitalmente, de maneira a garantir a integridade dos dados e a autoria do emissor. Este arquivo eletrônico, que corresponderá à Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), será então transmitido pela internet para a Secretaria da Fazenda de jurisdição do contribuinte que fará uma pré-validação do arquivo e devolverá um protocolo de recebimento (Autorização de Uso), sem o qual não poderá haver o trânsito da mercadoria. A NF-e também será transmitida para a Receita Federal, que será o repositório nacional de todas as NF-e emitidas e, no caso de operação interestadual, também para a Secretaria de Fazenda de destino da operação. As Secretarias de Fazenda e a Receita Federal disponibilizarão consulta, através internet,

⁴⁹⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Nota fiscal eletrônica**. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>. Acesso em 07 jul. 2012.

⁴⁹⁵ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Nota fiscal eletrônica**. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>. Acesso em 07 jul. 2012.

para o destinatário e outros legítimos interessados, que detenham a chave de acesso do documento eletrônico. Para acompanhar o trânsito da mercadoria será impressa uma representação gráfica simplificada da Nota Fiscal Eletrônica, intitulada DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), em papel comum, em única via, que conterá impressa, em destaque, a chave de acesso para consulta da NF-e na internet e um código de barras bidimensional que facilitará a captura e a confirmação de informações da NF-e pelas unidades fiscais. O DANFE não é uma nota fiscal, nem a substitui. Serve apenas como instrumento auxiliar para consulta da NF-e, pois contém a chave de acesso da NF-e, que permite ao detentor desse documento confirmar a efetiva existência da NF-e através do Ambiente Nacional (RFB) ou *site* da SEFAZ na internet.⁴⁹⁶

4.3.3 Sistema de controle de bebidas (SICOBE)

O Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe) consiste num equipamento instalado nos estabelecimentos industriais envasadores de cervejas, refrigerantes e águas pela Casa da Moeda do Brasil sob supervisão, acompanhamento e observância aos requisitos de segurança e controle fiscal estabelecidos pela Receita Federal do Brasil. Além de contar a quantidade de produtos fabricados pelos estabelecimentos industriais, o Sicobe também efetuará a identificação do tipo de produto, embalagem e sua respectiva marca comercial. As bebidas serão, ainda, marcadas pelo Sicobe, com códigos seguros que funcionarão como uma espécie de assinatura digital, que possibilitarão à Receita Federal fazer o rastreamento individual de cada bebida produzida no país. Esses códigos conterão informações, dentre outras, sobre o fabricante, a marca comercial e a data de fabricação do produto. Em função disso, o Sicobe permitirá à Receita Federal controlar, em tempo real, todo o processo produtivo de bebidas no país, mediante a utilização de equipamentos e aparelhos para o controle, registro, gravação e transmissão das informações à sua base de dados. A obrigatoriedade de instalação dos contadores de produção no setor de bebidas foi estabelecida pelo art. 58-T da Lei nº 10.833/2003, incluído pela Lei nº 11.827/2008, para se adequar à nova sistemática de tributação do setor, baseada no tipo de embalagem, marca comercial e preço. A instalação do Sicobe será efetuada sem qualquer custo para o fabricante de bebidas, que ficará responsável somente pelo ressarcimento à Casa da Moeda do Brasil pelos procedimentos de manutenção preventiva e corretiva do sistema, cujos custos poderão ser deduzidos do PIS ou da Cofins devida em cada período de apuração.⁴⁹⁷

Para se ter uma ideia da eficiência do Sicobe, o jornal Folha de São Paulo, de

⁴⁹⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Nota fiscal eletrônica**. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>. Acesso em 07 jul. 2012.

⁴⁹⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Sistema de controle de bebidas**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/bebidas/OrientaSicobe.htm>. Acesso em 20 nov. 2012.

06/04/2010, noticiou que a arrecadação de impostos federais do setor de bebidas aumentou 20% no ano de 2009, após a Receita Federal passar a controlar a produção de cervejas, refrigerantes e água mineral com a instalação do Sicobe em 108 fábricas no país.⁴⁹⁸ Isso ocorre porque, na prática, o Fisco mantém um olho eletrônico na linha de produção e, após, a saída da mercadoria da fábrica, faz o rastreamento durante a circulação e a apresentação dos produtos nos pontos de venda. Assim, essa tecnologia tem condição de contar cada produto feito na indústria e, como consequência, identificar o imposto que a empresa tem a pagar. Ademais, além de evitar a sonegação fiscal, combate também a existência de fábricas clandestinas, pois só poderão circular no país os produtos que tiverem o selo da Casa da Moeda.

4.4 O SISTEMA ARRECADATÓRIO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Conforme visto no capítulo relativo à autopoiese, o Direito, a economia, a política, a família constituem exemplos de sistemas autopoieticos de segundo grau. Adquirem tal *status* graças à constituição autorreferencial de seus próprios componentes. Isso ocorre porque dentro da rede de comunicações que é o sistema social, identificam-se subsistemas compostos por comunicações diferenciadas entre si. Isso quer dizer que cada sistema autopoietico processa as mensagens externas por meio de critérios próprios, mediante um código que lhe é específico. O código do sistema econômico, por exemplo, é ter/não-ter; do sistema político é poder/não poder; do sistema jurídico é lícito/ilícito. A função desse código é receber as mensagens externas e convertê-las por meio desse código binário, fato que mantém sua identidade. Assim, mesmo que o sistema econômico influencie o sistema jurídico, este não produzirá atos comunicativos econômicos, mas sim atos jurídicos, consoante os seus próprios critérios. No caso do sistema jurídico, as informações vindas do ambiente são processadas pelo sistema e reduzidas ao código binário lícito/ilícito. Enfim, é a existência deste código binário que caracteriza um dado sistema como autorreferencialmente fechado, mas cognitivamente aberto.

Pelas mesmas razões, também o sistema “Administração tributária” pode ser considerado um sistema autopoietico. Seu código binário específico é “pagou/não pagou”, no que tange às obrigações tributárias principais e “cumpriu/não cumpriu”, no que diz respeito às obrigações acessórias. O sistema “Administração tributária” se apresenta, portanto, como um conjunto comunicacional peculiar e com função específica – a arrecadação de tributos. À medida que os fatos geradores dos tributos vão ocorrendo surge para o sujeito passivo a obrigação tributária de pagar. Como o fluxo das atividades econômicas é constante, as comunicações entre sujeitos

⁴⁹⁸

ROLLI, Cláudia; FERNANDES, Fátima. Arrecadação sobe 20% no setor de bebidas. **Folha de São Paulo**, 6 abr. 2010, Caderno Mercado. Disponível: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0604201005.htm>. Acesso em 20/11/2012.

passivos e a Administração tributária são também permanentes, ou seja, novas comunicações geram novas comunicações num processo circular. Do mesmo modo, essa comunicação se processa em relação às obrigações tributárias acessórias.

Portanto, o sistema “Administração tributária” é autônomo, pois mantém sua identidade em relação ao ambiente, diferenciando-se deste ao determinar o que é e o que não é próprio ao sistema. Ademais, não é o ambiente que determina suas alterações, pois quaisquer mudanças decorrem da própria estrutura sistêmica que processa as informações vindas do ambiente. Afirma-se, pois, que o sistema “Administração tributária” pode ser considerado um sistema autopoietico composto por operações próprias que originam novas operações: operações de atos de pagamentos e de atos de fazer ou não fazer. É um sistema, entretanto, com um fraco grau de autonomia, pois é, fortemente, perturbado pelos sistemas político, jurídico e econômico.

Outro aspecto importante é a sua extrema complexidade, decorrente de uma legislação caótica, complexidade esta que só se faz aumentar com a imposição aos sujeitos passivos do preenchimento de complexas declarações eletrônicas acessórias. Desse modo, o advento do Fisco informacional eleva, consideravelmente, a complexidade do sistema arrecadatório.

Ademais, sob a perspectiva autopoietica, o fim último de todo e qualquer sistema é a manutenção de sua autopoiese, ou seja, os meios empregados para a conservação de sua organização são absolutamente irrelevantes. O objetivo principal do sistema é controlar sua entropia e manter sua homeostase. Neste modelo, o homem é mero ambiente do sistema, sendo, por isso, relegado. Essa perspectiva retrata bem o sistema “Administração tributária”, no mundo do ser, como um sistema autopoietico. Embora devesse ser um sistema alopoietico, no sentido de se levar em consideração a capacidade contributiva dos sujeitos passivos, o fato é que, atualmente, o sistema “Administração tributária” tem sido manipulado, com raras exceções, apenas sob a perspectiva de aumento das receitas tributárias.

Em função disso, cabe concluir que um estado de “*total control*”, em que os sujeitos passivos sejam mantidos sob uma permanente vigilância seria absolutamente justificável, vez que estes instrumentos são necessários para a manutenção de sua autopoiese. Enfim, é irrelevante o critério de justiça para o sistema arrecadatório, apenas lhe importando o *quantum* arrecadado.

Diante do exposto, percebe-se que a cibernética, no caso do sistema “Administração tributária”, é um elemento importante de facilitação de manutenção de sua autopoiese. Com isto, demonstra-se aquilo que Wiener previu na concepção de sua teoria, isto é, que a cibernética permitiria uma “estratégia de pilotagem informacional da vida social”.⁴⁹⁹ Enfim, com as novas tecnologias, descortinou-se à humanidade um admirável mundo novo, semelhante ao idealizado por

⁴⁹⁹

Aldous HUXLEY, em 1931.⁵⁰⁰ Percebe-se que o homem vigiado constantemente pelo “Grande Irmão”⁵⁰¹ de George ORWELL se tornou realidade.⁵⁰² Apesar disso, não se pode concordar totalmente com Paul VIRILLIO ao denominar a era cibernética de “bomba informática”. O autor fundamenta sua afirmação em análises que se prendem ao mau uso da informática e da apropriação de informações para fins de dominação, de invasão de privacidade, o que determinaria o fim do espaço privado. Para VIRILLIO, “toda a revolução política é um drama, mas a revolução técnica que se anuncia é, sem dúvida, mais que um drama, é uma tragédia do conhecimento, a confusão babeliana dos saberes individuais e coletivos”.⁵⁰³ Parece haver certo exagero nessa posição.

De todo o modo, não há como discordar de Igor TENÓRIO que, ainda em 1972, ao analisar a relação entre cibernética e Direito, já previa que o alargamento do emprego da eletrônica e da cibernética ameaçava, no seu nascedouro, os próprios direitos individuais, historicamente protegidos, principalmente, aqueles que dizem respeito à inviolabilidade do cidadão.⁵⁰⁴ Por isso, nesse novo mundo, bastante adequada a afirmação de Norberto BOBBIO, para quem o principal desafio dos direitos do homem, atualmente, “não é o de justificá-los, mas o de protegê-los”.⁵⁰⁵ Segundo o autor, “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”.⁵⁰⁶ Garantir a efetividade dos direitos fundamentais, em geral, e os da liberdade e da privacidade, em particular, diante do fenômeno cibernético, será um grande desafio a ser enfrentado pelos juristas.⁵⁰⁷ Isso porque a informação constrói a realidade e, num mundo digital, “a única realidade passa a ser a rerepresentação da realidade - um mundo simbólico e imaterial. Como consequência lógica, quem detém a informação detém o poder”.⁵⁰⁸

O contribuinte, nesta perspectiva autopoietica, é muito mais objeto do que sujeito. Porém, antes de ser contribuinte, é cidadão. É sob essa perspectiva que deve ser tratado.

⁵⁰⁰ HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Cia. Brasileira de Divulgação do Livro, 1969.

⁵⁰¹ Em 1949, George Orwell publicou o livro intitulado “1984”, onde apresenta uma sociedade vigiada por equipamentos instalados nas casas, em áreas públicas e nos locais de trabalho, as quais controlavam todos os passos da população. Na sociedade descrita pelo autor, todas as pessoas estão sob constante vigilância das autoridades, sendo constantemente lembrados pela frase propaganda do Estado “o Grande Irmão está-te observando”. ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

⁵⁰² LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 196.

⁵⁰³ VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 105

⁵⁰⁴ TENÓRIO, Igor. **Direito e cibernética**. 2. ed. Brasília: Editora de Brasília, 1972, p. 186.

⁵⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 24.

⁵⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Op. cit., p. 63.

⁵⁰⁷ LIMBERGER, Têmis. Direito e informática ... Op. cit., p. 200.

⁵⁰⁸ GUARESCHI, Pedrinho A. **Comunicação & controle Social**. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 14.

5 A EFICIÊNCIA COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE DO ESTADO FISCAL VIGILANTE

A modernidade criou uma situação de crise nas instituições sociais, as quais deixaram de ser caracterizadas pela estabilidade de suas relações e estrutura organizacional. Como demonstrado, o fim da modernidade foi caracterizado por um momento de ruptura do homem com as instituições e as tradicionais formas de saber. Tal situação não passa ao largo das Administrações tributárias contemporâneas, pois o panóptico tributário já é uma realidade fática no âmbito federal. Com ele, aumenta-se a eficiência arrecadatória estatal, mas, por outro lado, criam-se diversos problemas: ampliam-se as possibilidades de violação a direitos fundamentais, gera-se o problema da exclusão digital, eleva-se a opacidade estatal, diminui-se a segurança jurídica e intensifica-se a complexidade do sistema tributário nacional. Tudo isso remete, inicialmente, ao seguinte problema: a eficiência é critério apto a legitimar o “Estado fiscal vigilante”?

Desde já cabe marcar uma posição, no sentido de se defender a “incapacidade de justificação do poder mediante o exclusivo aporte no pragmatismo de resultados”, o que impõe refletir sobre “o fenômeno de exaltação mítica da eficiência como um valor absoluto e incontestável (...) e que, pelo seu potencial justificador, é tomado como instrumento simbólico de legitimação do Estado”.⁵⁰⁹ Concorde-se, portanto, com Emerson GABARDO em não se aceitar as “verdades absolutas”, engendradas pelo discurso neoliberal que mascaram o verdadeiro conceito de eficiência,⁵¹⁰ pelo menos no que se refere à sua aplicabilidade à seara pública. Sob esta perspectiva, faz-se necessário analisar o real significado do princípio constitucional da eficiência. Antes, entretanto, examina-se em qual contexto histórico tal conceito foi alçado ao *status* de princípio constitucional. Estabelecidas tais premissas, será avaliada a aplicabilidade de tal princípio no âmbito da Administração tributária federal e verificado se ele tem o condão de legitimar, por si só, a instituição de invasivos e complexos sistemas de controles tecnológicos.

5.1 ESTADO SOCIAL, EFICIÊNCIA E REFORMA GERENCIAL

A maior presença do Estado no domínio econômico no século XX buscou “superar a contradição entre igualdade política e a desigualdade social” presente no século XIX, o que gerou, em distintos regimes políticos, uma importante transformação, embora apenas de caráter superestrutural: o nascimento “da noção contemporânea de Estado social”,⁵¹¹ ou *welfare state*, na

⁵⁰⁹ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 16.

⁵¹⁰ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado ...** Op. cit., p. 17.

⁵¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 181.

nomenclatura americana.⁵¹² Este novo tipo de Estado preocupava-se com a regulamentação de temas “relacionados ao processo produtivo (relações de trabalho, previdência, saneamento, educação, etc.), que delineiam os traços característicos do Estado do bem-estar social, ou seja, seu papel interventivo e promocional”.⁵¹³

O Estado social é, assim, um Estado intervencionista, que requer a presença do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo pela impossibilidade em que este se acha de prover certas necessidades existenciais mínimas.⁵¹⁴ Seu desenvolvimento pode ser creditado a duas razões: uma de ordem política, através da luta pelos direitos políticos e sociais; e outra de natureza econômica, em razão da transformação da sociedade agrária em industrial. O cerne da diferença entre os Estados social e liberal é, além da crescente atitude interventiva, o fato de o Estado se colocar com o ente responsável pelo bem-estar do cidadão.⁵¹⁵ Importante observar, também, que a intervenção do Estado no domínio econômico não cumpriu papel apenas socializante, mas serviu, também, para mitigar os conflitos do Estado liberal, através da atenuação de suas características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção.⁵¹⁶

A ampliação da presença estatal no sistema econômico promoveu, portanto, uma mudança radical na configuração do Estado. Nascia o Estado intervencionista ou social, resultado das “imperfeições do liberalismo (...), associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados”,⁵¹⁷ que provocou a ampliação do escopo de prestação dos serviços públicos e impôs ao Estado o papel de agente regulador da economia.⁵¹⁸ Como salienta GABARDO, tal Estado “caracteriza-se por introduzir por meio da ordem constitucional um específico modelo de forte intervenção cujo modo de produção é pautado pela apropriação mista dos meios de produção”.⁵¹⁹ Enfim, Estado social “significa intervencionismo, patronagem, paternalismo. (...) O mundo moderno fê-lo uma necessidade, não importa sob que regime político”.⁵²⁰ Surgiu como decorrência de um período ímpar na história, “caracterizado por guerras sem precedentes, por uma forte concorrência ideológica entre capitalismo e socialismo e pelo fracasso do liberalismo clássico na

⁵¹² Outra expressão comumente utilizada para designar este tipo de Estado é o denominado “Estado providência”. Explica Gabardo, no entanto, que o Estado providência representa o segundo estágio de desenvolvimento do Estado social. Surge após a Primeira Guerra Mundial, que contribuiu para a efetiva quebra do modelo liberal ao impor novas exigências ao Estado. Em meados do século XX ocorre uma mudança radical na forma de intervenção do Estado na economia, propiciando o surgimento do segundo estágio do Estado social – o “Estado providência” -, cujas características são a redistribuição assistencialista de riqueza, a fixação de preços e o controle administrativo da vida privada e do próprio mercado. GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...**, p. 160.

⁵¹³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 70.

⁵¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. Op. cit., p. 196.

⁵¹⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política ...** Op. cit., p. 63.

⁵¹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política ...** Op. cit., p. 67.

⁵¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15.

⁵¹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 ...** Op. cit., p. 19.

⁵¹⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...** Op. cit., p. 156.

⁵²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. Op. cit., p. 199.

preservação do sistema vigente”.⁵²¹ Situando-o no tempo histórico, pode-se verificar que até os anos 1920, “durante um século e meio aproximadamente, predominou a doutrina liberal-utilitarista, muito embora nos últimos 50 anos sob forte assédio do socialismo coletivista”. Entre os anos 20 e 30 do século passado, surgiu no mundo ocidental, o denominado Estado intervencionista ou do bem-estar social.⁵²²

Sob o ponto de vista jurídico, o advento do Estado intervencionista levou à superação da ideia de constituições-garantia, próprias da doutrina liberal. As Leis Magnas passaram a ser vistas mais como constituições-programa, por preverem objetivos, como, por exemplo, desenvolvimento econômico, justiça social e educação universal. Como reflexo da constitucionalização dessas necessidades houve a constatação de que as liberdades oferecidas no período clássico-liberal careciam de sentido “em sociedades nas quais não se tivesse conseguido assegurar padrões mínimos de existência e de atendimento das necessidades elementares aos seus membros, com algum grau de redução de disparidades sociais”. Estas novas disposições constitucionais foram denominadas de “normas programáticas, justamente por apontarem para um programa, para os objetivos a serem implementados” pelo Estado.⁵²³

A busca do desenvolvimento econômico pelo Estado intervencionista, porém, determinou a formalização de uma aliança espúria entre os setores privado e público. Como informa Eros Roberto GRAU, o público se pôs a serviço do privado. Manifestou-se uma espécie de “capitalismo assistencial”, que sobreviveu graças à transferência dos custos das empresas à coletividade. Nos países mais desenvolvidos, o imperialismo exportou tais custos aos de capitalismo mais frágil.⁵²⁴ Paralelamente, o Estado serviu, também, para legitimar o capitalismo, uma vez que atribuiu à sua ordem política o reconhecimento de que eram corretos e justos. Promoveu, ademais, a mediação de conflitos de classes, dando sustentação à hegemonia do capital. O Direito positivo foi o instrumento primordial dessa promoção, na medida em que “a Constituição formal, enquanto sistema semântico ideologizado, constitui o modo de institucionalização – porque lhe dá forma – do mundo capitalista”.⁵²⁵

A história do projeto do Estado do bem-estar social, portanto, não ocorreu sem obstáculos, oriundos tanto da reação de seus opositores, como de seu próprio desenvolvimento contraditório. Em virtude das inúmeras demandas que absorve e tenta concretizar surge uma importante crise: a de financiamento do Estado. Os problemas de caixa do Estado social se iniciam nos anos 1960, quando surgem os primeiros sinais de que as despesas são maiores que as receitas.

⁵²¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...** Op. cit., p. 156.

⁵²² NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 211.

⁵²³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia ...** Op. cit., p. 204-5.

⁵²⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 ...** Op. cit., p. 22.

⁵²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 ...** Op. cit., p. 24.

Na década seguinte, a crise mundial decorrente da crise do petróleo irá agravar ainda mais a saúde financeira dos Estados. São duas as consequências desse cenário: a necessidade de aumento das receitas tributárias e/ou a redução de custos via diminuição da ação estatal. Os anos 1980, entretanto, trazem uma nova crise: a crise de legitimação do Estado. Surge uma doutrina filosófica de reação a este tipo de Estado, que aponta para a desagregação da base do Estado do bem-estar social calcado na solidariedade. O que esta escola coloca como premente é o enfrentamento da crise. Surge o renovado modelo neoliberal, inicialmente nos EUA e na Inglaterra, como moldes de superação da crise que avassala os países ocidentais.⁵²⁶

Observa GABARDO que na transição do século XX para o XXI, solidificou-se, então, “a tese de crise do potencial intervencionista do Estado, notadamente em razão da ineficiência de seu aparelho”.⁵²⁷ O orçamento público tornou-se insuficiente para atender as demandas impostas ao Estado, ao mesmo tempo em que o processo orçamentário ficou extremamente suscetível a pressões políticas. Em decorrência, tornou-se impossível, sob o ponto de vista financeiro, satisfazer todas as demandas, o que gerou um *déficit* cada vez maior de legitimidade do Estado.⁵²⁸

Sobre tal questão, explica Leonardo Valles BENTO que “o excedente socializado em proporção cada vez maior e mobilizado para o desempenho das tarefas da administração permanece ainda sempre muito curto para atender a todas as demandas sociais”, o que torna a administração da legitimidade pelo Estado do bem-estar social cada vez mais deficitária. A crise do sistema traduz-se em inflação e *déficit* público. Surge a crise de legitimação do *welfare state*, que ocorre não apenas porque “as demandas crescem em proporção maior do que a quantidade de valor disponível, mas também porque as expectativas não podem ser satisfeitas no contexto da administração”. Em suma, “o Estado do Bem-estar, calcado na intervenção administrativa mediante políticas públicas padronizadas e massificadas, não mais dá conta do espectro de nossos valores”.⁵²⁹ A crise fiscal se agrava ainda mais, dado o progressivo incremento das demandas sociais ante uma receita declinante, em virtude do baixo crescimento econômico. Soma-se ainda a dificuldade de ampliação da base tributária, o que conduz à incapacidade do Estado em financiar suas políticas e investir em infraestrutura. Por fim, observa-se que a “administração da crise através de remédios *keneysonianos* revelou-se pouco operacional (...), consistindo basicamente no financiamento do Estado por si próprio mediante processos inflacionários e pelo endividamento interno e externo”.⁵³⁰

No entanto, ressalva BENTO que a análise feita puramente sobre critérios econômicos não permite compreender o que jaz na base do esgotamento do modelo, assim como são

⁵²⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política** ... Op. cit., p. 143-4.

⁵²⁷ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado** ... Op. cit., p. 127.

⁵²⁸ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri: Manole, 2003, p. 56/57.

⁵²⁹ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade** ... Op. cit., p. 57/58.

⁵³⁰ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade** ... Op. cit., p. 70.

insuficientes os remédios neoliberais para a cura dos males decorrentes do Estado intervencionista. Para o autor, “é no plano das relações sociais que se origina o problema e é lá que encontra a resposta”. Segundo entende, não há, de fato, nada que demonstre que há um limite matemático para a socialização da riqueza numa sociedade capitalista, de modo que o problema não estaria, efetivamente, nas despesas públicas, mas no “grau de socialização da riqueza que a sociedade está disposta a suportar”. Isso significa que o problema reside na circunstância de que tais medidas impõem, “a partir de certo limite, uma alteração substancial nas relações entre as classes sociais e entre os agentes econômicos, uma perturbação no equilíbrio social verdadeiramente intolerável”.⁵³¹ A crise do *welfare state*, portanto, é uma crise de solidariedade e não de uma crise fiscal e financeira. Em outros termos, é uma crise do “modo de atuação do Estado, uma crise nas relações do Estado com a sociedade e também da sociedade com o indivíduo”.⁵³² Enfim, como será visto mais detalhadamente, o problema do Estado social reside não apenas no lado das despesas que o Estado não consegue suportar, mas, também, no lado das receitas que é incapaz de arrecadar, visto que um sistema tributário mais justo impõe uma redistribuição de riquezas, nem sempre tolerada pelas forças dominantes em um Estado capitalista.

De todo o modo, a crise, explica NUSDEO, evidencia a “existência de falhas e inoperacionalidades também no sistema dual, o que, por óbvio, não é de espantar, pois, como todo mecanismo inventado pelo homem ele não é perfeito”.⁵³³ Em função disso, “o novo papel do Estado passou a ser vigorosamente questionado desde os anos oitenta, na afirmação dos discursos da desregulação e do neoliberalismo”.⁵³⁴ A teoria neoliberal, “decorrente do chamado *consenso de Washington*, colocou o *welfare state* sob fogo cerrado, rotulando-o inclusive de falido”.⁵³⁵

O *consenso de Washington*, como ensina NUSDEO, foi o resultado de uma série de debates realizados em congressos e reuniões de cúpula de órgãos governamentais e organizações internacionais (FMI e Banco Mundial, por exemplo), todos identificados com as linhas mestras dos neoliberalismo, que “acabaram levando a um consenso de que o modelo do *welfare state* havia se esgotado, gerando mais encargos e custos para a população do que benefícios para os realmente necessitados”. Havia também a concordância de que o agigantamento do setor público na economia, por meio de dispendiosas empresas estatais e de grande número de órgãos reguladores, tolhia o natural dinamismo das empresas privadas. Do Consenso de Washington se originaram quatro grandes diretrizes: liberalizar, desregular, privatizar e globalizar.⁵³⁶

A ideia implícita nas quatro palavras de ordem do neoliberalismo era a de eficiência.

⁵³¹ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade ...** Op. cit., p. 58/59.

⁵³² BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade ...** Op. cit., p. 67.

⁵³³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia ...** Op. cit., p. 221.

⁵³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 ...** Op. cit., p. 30.

⁵³⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia ...** Op. cit., p. 216.

⁵³⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia ...** Op. cit., p. 222.

GABARDO, muito oportunamente observa que “no caminho aberto pelo neoliberalismo, a ideia-força de eficiência retorna como algoz da mentalidade principiológica”. A nova base filosófica, segundo revela o autor, compromete o aspecto intervencionista e social do Estado, de modo a “prestigiar uma hermenêutica de mentalidade economicista cuja principal característica é seu desprestígio à justiça como fundamento justificador do Estado Social e Democrático de Direito”.⁵³⁷ O ideal de eficiência, entretanto, não aparece somente com a crise do Estado social, “estando presente desde a fundação do Estado moderno, quando se incorporou à esfera pública a noção iluminista de racionalização”. Porém, somente como o sucesso do neoliberalismo, a questão da eficiência “fez-se uma pauta inexorável de discussão nas sociedades contemporâneas”.⁵³⁸ A crise do Estado tornou “fértil o terreno para o desenvolvimento das doutrinas da direção por objetivos e metas, que passam a influenciar as reformas administrativas promovidas nos Estados ocidentais”.⁵³⁹

Com tais reformas, buscou-se “os meios privados de atuação da Administração Pública, porque se entende que o regime jurídico a ela imposto pelo Direito positivo impede seu funcionamento adequado”.⁵⁴⁰ Mas, na verdade, “o verdadeiro objetivo das reformas com vistas à flexibilização procedimental é ideológico”, vale dizer, o “novo modelo que se tem buscado implantar é bom porque é (parece) mais eficiente. Para tanto se utiliza sabiamente da conotação repulsiva que a burocracia possui perante o imaginário popular”. Na realidade, conclui GABARDO, não se atacam os elementos que pervertem a Administração, seja no regime burocrático, neoliberal ou qualquer outro, como corrupção, nepotismo, fisiologia, má utilização de recursos públicos, corporativismo, falta de investimento, entre outros.⁵⁴¹ Foi, justamente, nesse contexto histórico, de transição do Estado social para o Estado neoliberal que foi empreendido um conjunto de reformas no aparelho do Estado, consubstanciadas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

O referido plano, mais conhecido como “Reforma Gerencial” do Estado, elaborado em 1995, visava “criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais”. Para tanto, reclamava uma redefinição do papel do Estado, que deixaria de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social, pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. Em função da pregada ineficiência estatal, a ideia central era: “reformular o Estado significa transferir para o setor privado as atividades que podem ser controladas pelo mercado”. A Reforma pretendeu, assim, “reforçar a governança (...) através da transição de um tipo de administração pública burocrática,

537

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado ...** Op. cit., p. 107.

538

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** São Paulo: Dialética,

2002, p. 19.

539

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 59-60.

540

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008., p. 293.

541

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 66.

rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão”.⁵⁴²

O modelo gerencial empreendido procurava, portanto, “uma aproximação entre os modelos de gestão pública e de gestão privada, na tentativa de tornar o Poder Público semelhante ao setor privado, principalmente no que tange à noção de eficiência”.⁵⁴³ Objetivava-se mudar o modelo burocrático, centrado em regras, para uma gestão de resultados. A ideia subjacente era que o Estado tinha se tornado excessivamente burocrático e ineficiente na promoção de políticas públicas, o que fomentou o “discurso deslegitimador da burocracia e, conseqüentemente, menoscabo pelo valor do controle, no pressuposto de que o controle dos procedimentos inibiria o controle de resultado”.⁵⁴⁴

Eficiência era, portanto, a linha mestra da Reforma Gerencial. Como afirma Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, “em grande número de áreas (...) o Estado precisa ser mais eficiente”.⁵⁴⁵ Assim, como destacou o formulador da Reforma, ela seria “uma reforma que, ao fazer uso melhor e mais eficiente dos recursos limitados disponíveis”, contribuiria para o desenvolvimento do país e tornaria viável uma garantia mais efetiva dos direitos sociais por parte do Estado. A ideia era a de fazer a “segunda grande reforma administrativa do país”. A primeira, que ocorreu em 1930, foi a reforma burocrática. A segunda, nos anos 90, tinha a intenção de “mudar as instituições para permitir que os administradores públicos possam gerenciar com eficiência as agências do Estado e colocá-las a serviço da cidadania”.⁵⁴⁶

Segundo BRESSER PEREIRA, a “administração pública gerencial é frequentemente identificada com as ideias neoliberais”, uma vez que as “técnicas de gerenciamento são quase sempre introduzidas ao mesmo tempo em que se implantam programas de ajuste que visam a enfrentar a crise fiscal do Estado”.⁵⁴⁷ Porém, afirma o autor, “a identificação de ajuste fiscal com conservadorismo ou neoliberalismo pode ter uma explicação histórica, mas não lógica”. Segundo aduz, o neoliberalismo surgiu como uma reação contra a crise fiscal do Estado e por isso passou a ser identificado com cortes nos gastos e com o projeto de reduzir o tamanho do Estado, uma vez que tais decisões eram a condição necessária para qualquer governo forte e efetivo. Por isso, conclui BRESSER, governos de diferentes orientações ideológicas empreenderam reformas administrativas,

⁵⁴² BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração federal e Reforma do Estado.

⁵⁴³ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistema de controle interno: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 30, out./dez. 2007, p. 66.

⁵⁴⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 97.

⁵⁴⁵ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 31/32.

⁵⁴⁶ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania ...** Op. cit., p. 17.

⁵⁴⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 31.

visando dois fins: “a redução dos gastos públicos a curto prazo e o aumento da eficiência mediante uma orientação gerencial, a médio prazo”.⁵⁴⁸ Portanto, o mentor da Reforma Gerencial do Estado não admite “a pecha de neoliberal ou neoconservadora” à reforma empreendida, afirmando que, na verdade, “a visão neoliberal ou neoconservadora só é compatível com os princípios da administração pública burocrática”.⁵⁴⁹

No entanto, não passa de retórica o discurso de que a Reforma empreendida não teria a marca de neoliberal. Irene Patrícia NOHARA, no mesmo sentido, discorda da alegação de que a Reforma não foi influenciada pelo neoliberalismo, pois, como argumenta, ela se amolda perfeitamente ao conjunto de medidas propostos pelos organismos internacionais de financiamento para a América Latina, as quais incluem “ajuste fiscal, privatizações, redução do tamanho e das funções do Estado e alteração no regime jurídico do funcionalismo”.⁵⁵⁰

Como se constata, o discurso da necessidade da reforma gerencial partiu de duas premissas básicas: desconstruir a teoria burocrática, tido como lento, inflexível e dispendioso, como se a burocracia fosse a causa da ineficiência estatal, e criar instrumentos de gestão e alterações legislativas para tornar o Estado mais eficiente. Observa GABARDO que “a deturpação decorrente da formação de um ‘estamento burocrático’, completamente afastado do modelo burocrático, propiciou o nascimento de um preconceito em relação ao próprio modelo”, o que levou os reformadores a buscar a desburocratização ao invés de tomar “medidas tendentes a realinhar o regime a fim de aproximá-lo ao ideal”.⁵⁵¹

Surgiram, então, três movimentos de reação contra a burocracia: gerencialismo, a Escola da *Public Choice* e a teoria do “principal-agente”, as quais possuem em comum o abandono da busca de legitimação do Estado a partir de fundamentos apriorísticos. A legitimação passou a ser buscada pelo caminho pragmático, de obtenção de resultados.⁵⁵² Foi nesse contexto que foi empreendida a denominada “Reforma Administrativa” da Constituição Federal de 1988, que entre diversas outras alterações, inseriu o princípio da eficiência no *caput* do art. 37. Ressalte-se que a referida emenda constitucional é parte fundamental da Reforma Gerencial, mas com esta não se confunde, pois a Reforma Gerencial envolve diversas outras alterações infralegais. A reação ao sistema burocrático brasileiro esteve calcada, portanto, na busca de uma racionalidade gerencial, voltada a uma legitimação pelos resultados.⁵⁵³

⁵⁴⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público ...* Op. cit., p. 32.

⁵⁴⁹ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania ...** Op. cit., p. 19/20.

⁵⁵⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia ...** Op. cit., p. 94.

⁵⁵¹ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 44.

⁵⁵² GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 45.

⁵⁵³ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 48.

5.2 O ESTADO FISCAL: A OUTRA FACE DO *WELFARE STATE*

A Constituição Federal determina que são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos. Em função disso, pode-se afirmar que o Estado brasileiro só será legítimo se direcionar suas políticas públicas para a consecução desses fins. Mais do que objetivos, tais determinações constitucionais são, portanto, deveres estatais. No entanto, por serem demais ambiciosos, como não poderiam deixar de ser, reclamam a necessidade de vultosos recursos financeiros. Por isso, o Estado é, como afirma José Casalta NABAIS, “hoje em dia e na generalidade dos países contemporâneos (...) um estado fiscal”. Estado fiscal, explica o autor, é aquele “cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos”,⁵⁵⁴ ou, no caso brasileiro, por impostos e contribuições.

A tributação é, portanto, o principal instrumento a possibilitar ao Estado a concretização dos direitos fundamentais. Na verdade, avalia Marciano BUFFON, “não há como concretizar direitos fundamentais, sem que haja o cumprimento, por parte dos cidadãos, de um dos principais deveres de cidadania: pagar tributos”. A cidadania, ressalva o autor, não se restringe à esfera dos direitos. A solidariedade é o pilar do modelo social do Estado,⁵⁵⁵ pois ela consiste “na identificação para com o próximo”.⁵⁵⁶ Essa, também, é a posição de GABARDO, para quem “o Estado de bem-estar social consagrado na Constituição de 1988 pauta-se, por definição, pelo dever político-jurídico de solidariedade, que parte da idéia de direitos de cidadania.”⁵⁵⁷ Aliás, a Constituição prevê que um dos fins da República brasileira reside na edificação de uma sociedade solidária (art. 3º, I). Portanto, como um Estado só será legítimo se justificar sua existência em direção à realização concreta de seus fins constitucionalmente estabelecidos,⁵⁵⁸ a legitimidade do Estado brasileiro passa, necessariamente, pela arrecadação de tributos.

Cabe, nesse ponto, lembrar que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 é rica na

⁵⁵⁴

O Estado fiscal, explica NABAIS, tem sido a regra do Estado moderno. Neste Estado, as necessidades materiais são cobertas através de dinheiro que ele obtém, administra e aplica. Há, entretanto, outros tipos de Estados: produtores, proprietários ou empresariais. Os Estados socialistas têm sua base financeira assentada essencialmente nos rendimentos da atividade econômica produtiva por eles monopolizada e não em impostos lançados sobre os seus cidadãos. Há certos Estados que, em virtude do grande montante de receitas provenientes, por exemplo, da exploração de matérias primas (petróleo, gás natural, ouro, por exemplo) ou até da concessão de jogo (Mônaco, por exemplo) podem dispensar seus cidadãos de constituírem com os seus rendimentos e patrimônio o seu principal suporte financeiro. Porém, tendo em conta a existência de poucos estados petrolíferos ou dependentes do jogo, bem como do insignificante peso dos remanescentes Estados socialistas, NABAIS conclui que o Estado fiscal tem sido a característica dominante do Estado moderno. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Almedina: Coimbra, 1998, p. 192/193.

⁵⁵⁵

BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Leopoldo, 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, p. 96.

⁵⁵⁶

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 184.

⁵⁵⁷

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...** Op. cit., p. 129.

⁵⁵⁸

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...** Op. cit., p. 42.

alusão a esses direitos. A intenção é digna de elogios. Porém, infelizmente, muitos dos direitos ali consignados não passam de promessas. Não se quer dizer, com isso, que a especificação constitucional desses direitos é ruim. Muito pelo contrário, pois isso impõe ao Estado o dever de procurar concretizá-los. O que se quer demonstrar é que direitos custam caro e são pagos, num Estado fiscal, por tributos. Como afirma BUFFON, “não se deve esquecer que só será possível concretizá-los se houver o razoável cumprimento do principal dever de cidadania”.⁵⁵⁹

Em função do que foi dito, decorre a imprescindibilidade do tributo e a partir daí delinea-se o dever fundamental de pagar impostos. Porém, “o entendimento adequado dos deveres fundamentais rejeita simultaneamente os extremismos de um liberalismo que só reconhece direitos e esquece a responsabilidade comunitária dos indivíduos e de um comunitarismo que dissolve a liberdade individual numa teia de deveres”.⁵⁶⁰ Além disso, “como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero poder para o Estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida organizada”.⁵⁶¹ Pode-se afirmar, portanto, que “só há deveres porque se vive em uma sociedade, e esta será tanto mais harmônica quanto maior for a preocupação, de cada um, com o destino de todos”.⁵⁶² Nesta linha de pensamento, diz Ricardo Lobo TORRES que “o dever de pagar tributos surge com a própria noção moderna de cidadania e é coextensivo à idéia de Estado de Direito”.⁵⁶³

Por conseguinte, os fins de um verdadeiro Estado social só poderão ser concretizados com a existência de uma eficiente máquina arrecadatória. Por isso, dúvidas não há de que a Administração tributária deva ter relevância no contexto da Administração pública, como, aliás, determina o art. 37, inc. XXII, da CF/1988.⁵⁶⁴ O interesse pela cobrança dos tributos é, pois, um interesse vital para a coletividade ao possibilitar o funcionamento regular dos serviços públicos e a consecução dos fins constitucionalmente previstos.⁵⁶⁵ Em decorrência, como principal forma de financiamento do Estado, a norma do tributo é necessária, porém está entre aquelas de forte rejeição social. Mas, sem recursos financeiros, o *welfare state* não passaria de mera elucubração teórica. Logo, o Estado fiscal é a outra face da legitimidade do Estado social capitalista.

O “Estado fiscal” e “Estado do bem-estar social” são, assim, os dois lados de uma mesma moeda: receita e despesa. Em consequência, a aceitação de um Estado fiscal dependerá, necessariamente, da legitimidade de sua face social. O problema da aceitação do Estado fiscal,

⁵⁵⁹ BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação ...** Op. cit., p. 99.

⁵⁶⁰ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos ...** Op. cit., p. 673.

⁵⁶¹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos ...** Op. cit., p. 679.

⁵⁶² BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação ...** Op. cit., p. 104.

⁵⁶³ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 243-341, p. 318.

⁵⁶⁴ OLIVEIRA, Vicente Kleber de Melo. **A administração tributária ...** Op. cit., p. 53/54.

⁵⁶⁵ RIBEIRO, Marcelo Miranda. A proporcionalidade e a razoabilidade como limites ao poder estatal de criar deveres instrumentais tributários. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP/Franca, Franca/SP, n. 23, 2012, p. 216.

todavia, reside no fato de que, paradoxalmente, a população reclama um estado mínimo no lado do financiamento, mas um Estado máximo na prestação dos serviços públicos. Essa difícil luta impõe à Administração tributária uma complexa tarefa: fazer o mais com menos, ou seja, ser mais eficiente, no sentido de se buscar a máxima arrecadação de tributos para que a tributação se distribua de forma o mais justa possível entre os financiadores do Estado. Nada impõe concluir, porém, que o tipo de Estado, neoliberal ou social, implique, necessariamente, que o Estado seja eficiente. É a solidariedade o elemento a trazer eficiência ao Estado, qualquer que seja o seu matiz.

Em função do que se disse e em perfeita consonância com a lição de BUFFON, defende-se a necessidade de se reduzir a complexidade do sistema tributário, especialmente no que tange à gama enorme e complexa de deveres instrumentais ou acessórios exigidos dos contribuintes. Isso não significa, entretanto, que se defenda um modelo tributário apenas simplificado e, por isso, em tese, mais eficiente. Sustenta-se, isso sim, que o modelo deve privilegiar o princípio da capacidade contributiva, da extrafiscalidade e que seja apto a corresponder a uma base econômica diversificada, sendo capaz de abarcar os variados tipos de riquezas para que o sistema arrecadatário, para muito além de ser unicamente eficiente, seja mais solidário e, assim, mais justo. Enfim, a complexidade é inerente à própria realidade socioeconômica, razão pela qual um modelo tributário que tenha por objetivo se aproximar da justiça social, necessariamente, será um modelo complexo.⁵⁶⁶ Não obstante, existe um espaço bastante expressivo de simplificação do sistema e é isso o que se deve buscar: a difícil arte de tornar o sistema mais simples, eficiente e solidário.

5.3 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

O princípio da eficiência foi inserido entre os princípios gerais da Administração pública (legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade) pela Emenda Constitucional n° 19 de 1998. Que significado assume essa inclusão? Qual será o papel desempenhado por tal princípio?⁵⁶⁷ Ou na linha do que indaga Humberto ÁVILA, a Administração deve, sempre, escolher o meio menos oneroso ou o custo financeiro é apenas um dentre tantos elementos a serem ponderados para a tomada de decisão?⁵⁶⁸

Cabe, inicialmente, ressaltar que, embora a exigência de eficiência esteja associada à inovação introduzida pela referida Emenda Constitucional, ela sempre esteve consagrada no texto constitucional, especificamente, no inc. II, do art. 74, e no §7º, do art. 144, os quais, lidos em

⁵⁶⁶ BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação ...** Op. cit., p. 304.

⁵⁶⁷ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade ...** Op. cit., p. 146-7.

⁵⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a Emenda constitucional n.53, de 19.12.2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 442.

conjunto, deixam “clara a exigência constitucional de atuação eficiente do poder público”.⁵⁶⁹ Também GABARDO sustenta a tese de que “o princípio constitucional da eficiência administrativa já se denotava implícito na Carta Magna”.⁵⁷⁰ Aliás, muito bem observa Paulo MODESTO que “nunca houve autorização constitucional para uma administração pública ineficiente. A boa gestão da coisa pública é obrigação inerente a qualquer exercício da função administrativa”. Afinal, o “exercício regular da função administrativa (...) repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados na lei”.⁵⁷¹ A própria concepção republicana, explica Marçal JUSTEN FILHO, “estabelece que todas as competências estatais tenham de ser exercitadas de modo o mais satisfatório possível”.⁵⁷²

Contudo, como alerta NOHARA, embora esteja perfeita a análise de que o agir de modo eficiente sempre fora uma obrigação estatal, o advento do princípio da eficiência de modo expresso induziu o surgimento de teorias, defendendo como superiores as noções defendidas pela Reforma Gerencial e, até mesmo, propugnando “a necessidade de superação da noção de supremacia do interesse público, que sempre guiou o reconhecimento de um regime jurídico administrativo diferenciado”.⁵⁷³

A superação do princípio da supremacia do interesse público em favor da eficiência não é, entretanto, posição unânime na doutrina. GABARDO, por exemplo, entende que em uma ordem constitucional permeada de princípios sociais e democráticos “não parece razoável a prevalência de uma postura pragmática, mesmo se esta procurasse justificar suas ações na maior ‘vantagem social’”, pois “a subjetividade do critério para atingimento da eficiência (...) possibilita a formulação de raciocínios incompatíveis com o sistema, como, por exemplo, a legitimação de um regime autoritário”.⁵⁷⁴ No mesmo sentido, aduz Rodrigo Pironti Aguirre de CASTRO que a “atividade da Administração Pública não pode ser avaliada em razão, apenas, de seus resultados, pois, em determinados momentos, a análise de cada etapa do desenvolvimento da ação administrativa demonstrará a melhor satisfação do interesse público pretendido”.⁵⁷⁵

De todo o modo, entende-se que o que se requer com adoção desse princípio pela ordem constitucional brasileira é que ele “seja observado de forma privilegiada no atuar do gestor público, ou seja, que a eficiência oriente os demais conceitos constitucionais necessários ao bom

⁵⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário ...** Op. cit., p. 442.

⁵⁷⁰ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado ...** Op. cit., p. 185.

⁵⁷¹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de setembro de 2012, p. 7.

⁵⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 183.

⁵⁷³ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia ...** Op. cit., p. 148-9.

⁵⁷⁴ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 114/115.

⁵⁷⁵ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistema de controle interno: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 30, out./dez. 2007, p. 71.

desenvolvimento da atividade administrativa”.⁵⁷⁶ Similarmente, Maria Paula Dallari BUCCI entende que o princípio da eficiência, ainda que possa “parecer óbvio e redundante, determina uma nova organização de valores, uma reinterpretação do modo de conceber o funcionamento da Administração Pública”.⁵⁷⁷ Enfim, a sua constitucionalização tardia não implica a irrelevância do princípio da eficiência.⁵⁷⁸

Porém, saliente-se que “a eficiência como princípio da administração pública só consegue ser apreendida a partir da sua contextualização como valor constitucional”.⁵⁷⁹ Ou seja, “mais do que um princípio de Direito Administrativo, é um princípio de Direito Constitucional, condicionante de toda a atividade administrativa do Estado”. Daí concluir que a eficiência não se restringe a meras avaliações econômicas, pois sua abrangência é muito mais extensa.⁵⁸⁰ Todavia, a fim de se “admitir uma interpretação diferenciada da eficiência como um princípio do Estado de Direito, torna-se necessário um rompimento com o paradigma cultural em ascensão”.⁵⁸¹ A eficiência, pois, “não aparece mais como um atributo do pragmatismo utilitarista característico do modelo pós-moderno neoliberal”,⁵⁸² mas como “princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.⁵⁸³

Vale observar, todavia, seguindo a esteira do entendimento de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, que “qualquer significado a ser atribuído a este princípio terá de passar pelo exame da conformidade com a Constituição”.⁵⁸⁴ Logo, analisado sob o viés constitucional torna-se inapropriado falar apenas em eficiência administrativa. O mais correto “seria falar em eficiência do Estado, o que estende o dever de eficiência também aos poderes Legislativo e Judiciário”.⁵⁸⁵

A natureza constitucional da eficiência, portanto, não compreende a essência neoliberal que permeou os trabalhos reformadores.⁵⁸⁶ O seu aspecto econômico sofre uma mitigação, o que faz BACELLAR FILHO apontar duas relevantes consequências desse fenômeno: primeiro, “o princípio da eficiência deve sofrer um processo contínuo de interpretação conforme a Constituição, a fim de evitar rupturas ou fraudes constitucionais que atentem contra a identidade da Lei Fundamental”; e segundo, “ao interagir com os demais princípios constitucionais da Administração Pública (...)

⁵⁷⁶ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistema de controle interno ... Op. cit., p.64.

⁵⁷⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.

181.

⁵⁷⁸ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 94.

⁵⁷⁹ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado ...** Op. cit., p. 6.

⁵⁸⁰ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 18.

⁵⁸¹ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado ...** Op. cit., p. 19.

⁵⁸² GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado ...** Op. cit., p. 17.

⁵⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 85.

⁵⁸⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 193.

⁵⁸⁵ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 18-9.

⁵⁸⁶ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado ...** Op. cit., p. 162.

participará do mecanismo das ‘deslocações compreensivas e da ponderação’ a ser levada a cabo na aplicação dos princípios ao caso concreto”.⁵⁸⁷ Em síntese, a “real interpretação da eficiência no contexto do Estado Social não pode restringir-se à perspectiva autônoma neoliberal”. Deve-se promover “uma interpretação desmistificadora, que entenda a eficiência como um valor dependente de fundamentos por um lado ético e, por outro, inerente à justiça como ideal maior do Estado”.⁵⁸⁸

Em virtude de tudo o que se disse, é de se concordar com JUSTEN FILHO que argumenta que “a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico”,⁵⁸⁹ vale dizer, “o princípio não deve ser considerado uma mera transposição de um parâmetro da administração privada, nem implica uma derrogação de qualquer outro princípio constitucional, notadamente o da legalidade”.⁵⁹⁰ A eficácia que a Constituição exige da administração “não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais”.⁵⁹¹

Conclui-se, pois, que o berço do princípio da eficiência é neoliberal, sua origem é econômica, mas, inserido no corpo constitucional, seu significado ganha novos contornos. Ele deve ser analisado no contexto de uma Constituição impregnada de dispositivos voltados à consecução de um Estado do bem-estar social e fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

5.4 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA: CONTEÚDO, CONFLITOS E APLICAÇÃO

Eficiência, na lição de José Afonso da SILVA “implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado”. Orienta “a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo”.⁵⁹² Na definição de GABARDO, a eficiência “refere-se a um ideal de racionalização da ação”, isto é, denota o processo de busca do modo ótimo ou, em nível pragmático, do melhor modo possível para a realização do fim.⁵⁹³ Tal princípio exige, por conseguinte, que a Administração, para a realização de seus fins, escolha os meios necessários, adequados e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim; é necessário, se dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim for o menos restritivo para o administrado; e é proporcional, *stricto sensu*, se as vantagens que promove superam as

⁵⁸⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo ...** Op. cit., p. 194.

⁵⁸⁸ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 146.

⁵⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** Op. cit., p. 183.

⁵⁹⁰ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 147.

⁵⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 292.

⁵⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 671.

⁵⁹³ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 26-8.

desvantagens que provoca.⁵⁹⁴ Eficiência traduz, assim, a “idéia de presteza e rendimento funcional (...). Seu objetivo é claro: a obtenção de resultados positivos no exercício dos serviços públicos, satisfazendo as necessidades básicas dos administrados”.⁵⁹⁵ Sua introdução no sistema jurídico revela a intenção de “diminuir a distância que afasta hoje Direito administrativo da ciência da Administração Pública, gerando um incremento da dimensão material da ação administrativa”.⁵⁹⁶ Enfim, “um administrador eficiente é aquele que consegue produtos mais elevados (resultados, produtividade, desempenho) em relação aos insumos (mão de obra, material, dinheiro, máquinas e tempo)”.⁵⁹⁷

Na doutrina de MELLO, o princípio da eficiência “não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo (...) do Direito italiano: o princípio da boa administração”, segundo o qual “o Estado deve desenvolver a atividade administrativa do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados”.⁵⁹⁸ O dever de eficiência deve, portanto, ser associado ao modo como se dirige ou se governa a máquina pública com vistas à realização, ao máximo, dos fins constitucionalmente previstos.

Trata-se de um conceito, como observa NOHARA, distinto de eficácia, “que é a capacidade de fazer as coisas certas, o que não exclui a escolha de objetivos mais adequados e melhores meios para fazer ou dos métodos certos para alcançá-los”.⁵⁹⁹ A eficiência, portanto, está mais ligada à utilização dos meios otimamente adequados, enquanto a eficácia compreenderia a produção dos efeitos desejados de forma ótima.⁶⁰⁰

Paulo MODESTO preconiza que o princípio da eficiência é pluridimensional, o que significa dizer que seu significado embute muito mais do que a simples exigência de economicidade ou de eficácia no agir administrativo. Eficácia, assevera o autor, é a “aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos”, ou seja, um conceito que relaciona os resultados possíveis e os objetivos pretendidos. Já a eficiência “pressupõe a eficácia do agir administrativo”, mas deve-se olhar para além de seu significado econômico, ou seja, como uma mera relação quantitativa entre meios e fins.⁶⁰¹ Enfim, “enquanto a eficiência é conceito que abrange, via de regra, o emprego adequado dos meios para o alcance de resultados, a eficácia representa o foco no resultado”. Sob tal perspectiva, é possível observar, na linha do que apregoa

⁵⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário ...** Op. cit., p. 444.

⁵⁹⁵ BULOS, Uadi Lamêgo. **Reforma administrativa. Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 69-98, out./dez. 1998, p. 77.

⁵⁹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** Op. cit., p. 188.

⁵⁹⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia ...** Op. cit., p. 192.

⁵⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** Op. cit., p. 122.

⁵⁹⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia ...** Op. cit., p. 192.

⁶⁰⁰ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 24-5.

⁶⁰¹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de setembro de 2012, p. 8/9.

NOHARA, que os ideais objetivados no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado revelam “que a transformação originariamente defendida se orientava mais pelo valor eficácia do que para a eficiência propriamente dita”.⁶⁰²

Eficiência, é oportuno destacar, não compreende unicamente a ideia de economicidade, abrangendo, também, noções como as de celeridade, racionalização e produtividade.⁶⁰³ Quando trazidas para o âmbito público, a eficiência possui uma amplitude ainda mais larga, impondo um agir da Administração pública que leve em conta aspectos que vão além dos referidos aspectos na realização da função pública. Isso significa dizer que, “quando se entende que a eficiência deve abranger a análise dos meios e dos resultados, não significa que somente devem ser considerados” os referidos parâmetros.⁶⁰⁴

Na seara pública, afirma BUCCI, a eficiência deve ser avaliada “em termos dos custos sociais de determinadas estruturas e práticas administrativas e sua repercussão sobre a formação de uma consciência de ação coletiva, de interesse público, nos cidadãos”.⁶⁰⁵ É, portanto, “um equívoco asseverar que a eficiência é um conceito exclusivamente econômico” por dois motivos: porque sua etimologia é independente de qualquer conotação intrinsecamente econômica e porque, ainda que fosse, perderia tal significado ao ser absorvido pela ordem jurídica.⁶⁰⁶ Em síntese, a economicidade não é o único e nem o mais importante elemento no processo de escolha do agir administrativo.⁶⁰⁷

NOHARA, similarmente, argumenta que a eficiência, apesar de contemplar uma relação entre o recurso empregado e o resultado obtido, pode ser preenchida com múltiplos conteúdos, possuindo um valor relacional, ou seja, não é um fim em si mesmo. Por tal razão, enquanto uma empresa privada orienta-se sob a perspectiva de alcançar maiores lucros, a empresa estatal não pode ter apenas este fim, pois ela se legitima em nome do cumprimento de objetivos maiores. Em decorrência, a pergunta que deve estar pressuposta quando se questiona a eficiência de uma medida estatal é: eficiente em relação a qual objetivo? Trata-se, pois, de um conceito instrumental, que se relaciona com o alcance de finalidades distintas a depender do contexto analisado.⁶⁰⁸

Aliás, tal sentido mais amplo de eficiência já foi absorvido pela ordem jurídica brasileira. Ensina BUCCI que, no bojo do movimento da Reforma Gerencial do Estado, a Lei 9.784/99 trouxe como diretrizes gerais da atividade administrativa, na esfera federal, entre outras, a “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (art. 2º, VI) e

⁶⁰² NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia ...** Op. cit., p. 147.

⁶⁰³ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 28.

⁶⁰⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 97.

⁶⁰⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** Op. cit., p. 183.

⁶⁰⁶ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** Op. cit., p. 91.

⁶⁰⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** Op. cit., p. 177.

⁶⁰⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia ...** Op. cit., p. 193-4.

também a “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequados graus de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados” (art. 2º, IX). Tais dispositivos demonstram “a existência de um importante viés não econômico do princípio da eficiência”, que não é apenas gastar pouco ou gastar bem, mas “gerir com equilíbrio e ponderação a coisa pública”.⁶⁰⁹

A eficiência administrativa, assim, “envolve a ponderação de interesses e de valores de distinta natureza, sem eleger o lucro e a rentabilidade econômica como princípio único e fundamental”. Para ilustrar o afirmado, JUSTEN FILHO fornece um interessante exemplo: diz que as contratações administrativas devem ser realizadas, utilizando recursos públicos de forma o mais satisfatória possível, fundamento que obriga a licitação prévia. No entanto, cabe também à Administração pública a tarefa de promover a dignidade de portadores de necessidades especiais, razão pela qual estes podem ser contratados, para prestarem os serviços necessários, sem se sujeitarem ao certame da licitação. Nesse caso, são realizadas, concomitantemente, duas finalidades buscadas pela Administração: obter determinada prestação de serviço e propiciar a promoção da dignidade dos portadores de necessidades especiais. Esta solução, porém, sob o aspecto exclusivamente econômico pode não revelar ser a mais eficiente.⁶¹⁰

Em função disso, a imposição de uma Administração eficiente diz respeito a duas dimensões da atividade administrativa: a da racionalidade e otimização no uso dos meios e da satisfação dos resultados da atividade pública.⁶¹¹ Ao cogitar-se de eficiência, o olhar volta-se para os modos do atuar administrativo, pois um serviço ineficiente não é apenas um mau serviço, mas um desperdício de recursos públicos, o que afasta a razão de ser do poder público.⁶¹² Desse modo, se a eficiência não legitima, por si só, o agir da Administração, a ineficiência a “deslegitima”. Por isso, a eficiência atua reforçando os princípios da moralidade e do interesse público, pois “um dos aspectos essenciais do Direito administrativo reside na vedação ao desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação das necessidades coletivas”.⁶¹³ Concorda-se, portanto, com GABARDO, para quem “tanto quanto a legitimidade, a conquista da eficiência é um ideal a ser observado, tornando incompatível como o sistema um *status* antagônico”.⁶¹⁴

Cabe ainda observar que a eficiência tem dois aspectos: um dinâmico e um estático. O primeiro refere-se à própria atividade administrativa e o segundo se aplica à organização.⁶¹⁵ Deve ser “considerada em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições” e em relação “ao modo de organizar, estruturar e

⁶⁰⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. Op. cit., p. 181-2.

⁶¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 184.

⁶¹¹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional ... Op. cit., p. 9.

⁶¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. Op. cit., p. 176.

⁶¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 183.

⁶¹⁴ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado ...** Op. cit., p. 163.

⁶¹⁵ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 18.

disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”.⁶¹⁶ A obrigação de atuação eficiente, por conseguinte, requer ação idônea, eficaz, economicamente otimizada e dotada de qualidade, imposta aos exercentes de função administrativa na realização de finalidades públicas.⁶¹⁷

Não se cuida, enfim, tão somente de exigir que a atividade administrativa seja avaliada por critérios econômicos, mas adquire, sobretudo, uma dimensão qualitativa. Esta dimensão lhe impõe maior fluidez e dificuldade de aferição. Por isso, é um princípio de difícil aplicação. BUCCI observa que as dificuldades de sua aplicabilidade são de mesma natureza do princípio da razoabilidade: o que é ser razoável? Quem determina a razoabilidade de dado ato? Qual a medida do razoável? Esta mesma indeterminação, explica a autora, existe no princípio da eficiência.⁶¹⁸ Por tal razão, o exame da eficiência necessita de outros parâmetros para a sua efetivação: “eficácia, efetividade, racionalização, produtividade, economicidade e celeridade”⁶¹⁹ são aspectos do agir administrativo que podem qualificá-lo como eficiente.

Desse modo, aplicado ao processo administrativo, o princípio da eficiência impõe, em sua dimensão qualitativa, o dever de celeridade; aplicado à Administração tributária atribui o dever de se buscar evitar a prescrição de créditos tributários; aplicado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica determina o dever, entre outros, da não omissão na tarefa de zelar pela competição leal nos mercados. Por conseguinte, sob o aspecto qualitativo o princípio da eficiência adquire diversos contornos, mais imprecisos e subjetivos. Logo, a dificuldade que surge é como combinar os aspectos qualitativo e econômico (quantitativo) para se decidir qual das soluções propostas para determinado caso seria mais eficiente. A qual aspecto deve-se atribuir maior peso? Desconsiderar o aspecto econômico é, na prática, ignorar o princípio da eficiência, o que não é possível dado o seu *status* constitucional.

Para se visualizar a complexidade da questão, imagine, por exemplo, que o órgão fazendário de julgamento de processos administrativos fiscais tem, entre tantos outros, que julgar dezenas de processos de baixo valor, mas já antigos no órgão fazendário, assim como a necessidade de julgar alguns poucos processos de grande valor, mas recebidos há pouco tempo. Como o órgão será mais eficiente? Qual critério estabelecer para definir a prioridade do órgão: a celeridade processual ou o critério econômico? A dificuldade, como se vê, é combinar os aspectos qualitativos e quantitativos, os quais nem sempre serão de fácil conciliação e, muitas vezes, como no exemplo, excludentes. A decisão de escolha envolverá, portanto, uma grande dose de discricionariedade.

⁶¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit., p. 84.

⁶¹⁷ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional ... Op. cit., p. 10.

⁶¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. Op. cit., p. 184.

⁶¹⁹ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 100.

A dificuldade de aplicação não implica, porém, ausência de juridicidade.⁶²⁰ Não se pode recusar a operatividade jurídica do princípio da eficiência sob o argumento de que o seu conceito foi desenvolvido pela sociologia e pelas ciências econômicas.⁶²¹ BUCCI assevera que “não se pode recusar juridicidade pelo fato de ter sido positivado como mecanismo de legitimação de uma reforma administrativa e do Estado que restringiram a oferta de serviços públicos e privatizaram parte do patrimônio público nacional”.⁶²² A imposição de eficiência não é “mero aconselhamento ao agente administrativo, possuindo clara natureza jurídica”, aspecto que subsiste apesar de ser um princípio de difícil controle.⁶²³ Ademais, por ter *status* constitucional “a aplicação do princípio da eficiência prescinde de disposição regulamentar; trata-se de dispositivo auto-aplicável, que institui no panorama normativo base para uma cultura de eficiência”.⁶²⁴

José Afonso da SILVA, porém, “entende que eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, mas qualidades”. Para o autor, existe uma dificuldade em transpor para a atividade administrativa uma noção tipicamente econômica, o que, no mais das vezes, não é possível aferir na prestação do serviço público.⁶²⁵ No entanto, não é de se concordar com o ilustre autor, pois a eficiência, para fins jurídicos, não é apenas o correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins objetivados. Eficiência, na seara jurídica, diz respeito tanto ao incremento da relação custo/benefício, quanto à qualidade do agir administrativo.

Não bastasse a dificuldade de aplicação do princípio da eficiência, outro problema, ainda mais complexo, é o seu conflito com outro princípio administrativo ou com algum direito fundamental. Cabe, neste ponto, apontar que, de acordo com a teoria de Robert Alexy, sendo princípio um mandado de otimização, os princípios em conflito podem ser cumpridos em diferentes graus conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. É sob esta perspectiva que a eficiência será analisada no caso de colisão com os demais princípios administrativos ou com direitos fundamentais.

Antes de iniciar o assunto, cabe trazer à baila a posição de BENTO para quem os quatro princípios tradicionais da administração pública (impessoalidade, moralidade, legalidade e publicidade) representam aspectos distintos de uma mesma necessidade, que é a de controlar a Administração pública, protegendo o administrado do arbítrio. O princípio da eficiência, contudo, traduz uma necessidade diversa, mais ofensiva que defensiva. Assevera, porém, que a eficiência pode “adequar-se a esse esquema, a partir do momento que seja interpretado não como um princípio que visa legitimar atos ilegais ou imorais, mas, pelo contrário, para deslegitimar atos ineficientes,

⁶²⁰ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 92.

⁶²¹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional ... Op. cit., p. 3.

⁶²² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. Op. cit., p. 188.

⁶²³ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 92.

⁶²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. Op. cit., p. 184.

⁶²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op. cit., p. 671.

ainda que legais e morais”. Portanto, na visão do autor, a eficiência pode se sobrepor à legalidade (ou a qualquer princípio administrativo), consistindo “num parâmetro de controle da estupidez administrativa”.⁶²⁶

Com efeito, o princípio da eficiência tem esse aspecto de controle da estupidez administrativa. Todavia, não há como admitir apenas essa perspectiva. Sendo possível escolher uma solução mais eficiente entre as alternativas possíveis e considerando que a solução escolhida respeita os demais princípios administrativos, deve-se levar em conta, necessariamente, seu viés positivo, no sentido de impor à Administração a escolha mais eficiente. Essa sua face, contudo, não pode permitir que a eficiência legitime atos ilegais, imorais, pessoais e sigilosos.

Tal posição tem íntima relação com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de MELLO, que sustenta a posição de que o princípio da eficiência “não pode ser concebido (...) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.⁶²⁷ Também DI PIETRO defende a tese de que a eficiência não pode se sobrepor a nenhum dos princípios impostos à Administração, “sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”.⁶²⁸

Além disso, também não se concorda com BUCCI, para quem a aplicação da eficiência há de ser feita pela ponderação com outros princípios aplicáveis, sem significar o afastamento ou a não incidência de qualquer deles.⁶²⁹ Pensa-se como NOHARA, que entende ser difícil ponderar a eficiência com os demais princípios administrativos, “pois do sopesamento entre princípios se torna arriscado dar uma ‘carta em branco’ para que a Administração Pública flexibilize a legalidade ou os procedimentos em nome do valor da eficiência, o que seria equivalente a dizer que os fins justificam os meios”.⁶³⁰ Ademais, a solução pela ponderação, sob o ponto de vista teórico, é bastante fácil. Porém, na prática a situação se complica, pois como um ato ou uma atividade administrativa pode ser um pouco legal ou moral para ser mais ou menos eficiente? Sob esta perspectiva, entende-se que, consoante assevera MEDAUAR, sendo possível, os dois princípios constitucionais da Administração – legalidade e eficiência - devem conciliar-se, vale dizer, a Administração pública deve buscar atuar com eficiência, mas dentro da legalidade.⁶³¹

A solução teórica é, enfim, bastante simples: a Administração deve buscar sempre ser eficiente, legal, impessoal, pública e moral. Mas diante dos acontecimentos do mundo real, as soluções nem sempre são assim tão fáceis. Tal situação é muito bem demonstrada por GABARDO. Diz o autor, que, para além dos parâmetros de celeridade, prestabilidade, racionalidade e

⁶²⁶ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade ...** Op. cit., p. 147-8.

⁶²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** Op. cit., p. 122.

⁶²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** Op. cit., p. 99.

⁶²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** Op. cit., p. 184-5.

⁶³⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia ...** Op. cit., p. 190-1.

⁶³¹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** Op. cit., p. 130.

economicidade, ou qualquer outro critério metajurídico, a “sua natureza abrangente manifesta-se claramente quando se considera que não pode ser eficiente um ato que afronte outro princípio, devido a possibilidade de anulação do mesmo”. No entanto, o autor faz uma importante ressalva. Segundo afirma, a eficiência “não pode ser analisada de forma isolada”, de modo que, “em casos específicos, é possível identificar ações administrativas formalmente corretas que não coadunam com a eficiência, e, que, por este motivo, devem ser reformadas”.⁶³²

No entanto, apesar de bastante relevantes os argumentos apresentados, ainda assim, entende-se que a eficiência não pode suplantar a legalidade, nem qualquer outro princípio administrativo. Pensa-se que os malefícios que podem decorrer da abertura dessa porta serão maiores que os benefícios oferecidos na solução de casos isolados. Em síntese, defende-se a ideia de que a eficiência não pode servir de pretexto para a correção de uma distorção legal, violando o princípio da legalidade, ou justificar a adoção de atos imorais, pessoais ou sigilosos.

BENTO faz, também, outra advertência absolutamente pertinente. Para o autor, dizer que a busca de eficiência deva ocorrer dentro dos limites da legalidade não resolve a tensão, “mas apenas subordina *tout court* um dos seus termos a outro, reduzindo a eficiência a uma realização meramente residual, na medida em que a legalidade o permite, perdendo assim a sua especificidade”.⁶³³ De fato, diante de um conflito da eficiência com a legalidade, indubitavelmente, a eficiência perderá sua especificidade.⁶³⁴ Num Estado Democrático de Direito, no qual os Poderes da República devem ser independentes e harmônicos entre si, não cabe ao Poder Executivo, sob a desculpa de agir na busca de eficiência administrativa, ignorar as funções constitucionais do Poder Legislativo e sacrificar a legalidade. Se o Legislativo é inoperante, lento e clientelista, o problema é de outra monta, situação que não legitima o Executivo a agir sem o devido respaldo legal. Nesse conflito, portanto, a tese de Alexy não funciona, pois eficiência deverá ser desprezada diante de um conflito com a legalidade ou com qualquer outro princípio administrativo. Porém, se diante de um conflito específico, lei houver e existir diversas possibilidades para sua aplicação, obviamente, deverá se buscar a solução mais eficiente, compatibilizando, portanto, os dois princípios. Em síntese, não é possível num regime democrático nenhuma ação administrativa eficiente se esta não for impessoal, pública, legal ou moral. Assim, não se visualiza nenhuma hipótese em que é possível ser imoral, mas eficiente; nem tampouco pessoal, mas eficiente.

Por isso, não se concorda com ARAGÃO, autor que sustenta que “não se considera

⁶³² GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 97-8.

⁶³³ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade ...** Op. cit., p. 148.

⁶³⁴ Para Emerson Gabardo a eficiência não perde a sua especificidade. Para o autor, “uma concepção jurídica do princípio da eficiência refere-se, portanto, à análise de todos os aspectos exclusivamente restritos à eficiência, no seu viés economicista e sociológico, incrementada por caracteres eminentemente jurídicos. Do resultado desta operação somatória é que nasce o princípio, que se qualifica ainda mais pela sua natureza constitucional”. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 98.

mais suficiente que os governantes não violem a lei: exige-se deles a redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para os problemas de habitação e saúde”.⁶³⁵ Exigem-se, de fato, dos governantes todas essas tarefas, mas os fins não podem justificar os meios, de modo que elas devem ser buscadas em consonância com a ordem jurídica estabelecida.

Quanto ao conflito entre o princípio da eficiência e direitos fundamentais, privacidade, por exemplo, deve-se adotar a mesma solução? Esse conflito é de mais fácil solução, pois, sem dúvida, “deve ser frisado repetidamente que não existe eficiência quanto não há respeito aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, pois ele se descaracteriza separada do seu *locus* de determinação”.⁶³⁶ Nesse caso, portanto, vislumbra-se a possibilidade de ponderação dos valores em jogo, devendo “adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal implique a redução da eficiência econômica”.⁶³⁷ As câmeras de vigilância são um exemplo esclarecedor dessa posição. Em nome da eficiência na prestação de um serviço público essencial (segurança pública) é possível reduzir parcela de esfera de privacidade dos cidadãos. Nesse caso, é possível ponderar os dois valores em jogo, de modo que o direito à privacidade ceda uma parcela de seu âmbito de proteção, sem, contudo, poder ser totalmente amesquinhado em nome da eficiência pública. É possível, assim, compatibilizar os dois valores em jogo.

5.5 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E O PANÓPTICO FISCAL

Em matéria de Administração tributária, obviamente, os princípios atinentes à Administração pública são totalmente aplicáveis. Exige-se dela impessoalidade, moralidade, legalidade, publicidade, mas, também, pelo que já foi dito sobre a necessidade de financiamento do Estado social, o máximo de eficiência. Aliás, a própria Constituição Federal determina uma importância especial a este órgão público. Afinal, a Emenda Constitucional nº 42/2003 veio a reforçar, ainda mais, a ideia de eficiência e desempenho da Administração tributária. Ela introduziu o inc. XXII ao art. 37⁶³⁸ e o inc. XV ao art. 52.⁶³⁹

Aduz ÁVILA que embora tais dispositivos não façam referência expressa à eficiência eles “alçam ao nível constitucional exigências de ‘priorização’, ‘integração’, ‘funcionalidade’ e

⁶³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 1-6, jul. 2004, p. 3.

⁶³⁶ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Op. cit., p. 20.

⁶³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 184.

⁶³⁸ Art. 37 (...) XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

⁶³⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

‘desempenho’ da administração tributária, as quais reconduzem à idéia maior de determinado grau de promoção de finalidades administrativas”. O autor observa ainda que a referida Emenda Constitucional promoveu, também, alteração no art. 167, IV, da CF/1988, incluindo, entre as excepcionalidades de vinculação de despesa às receitas de impostos, a receita para realização de atividades de administração tributária.⁶⁴⁰ Ou seja, a importância do desempenho arrecadatório é elevada a *status* constitucional.

Tais alterações constitucionais demonstram a importância que o legislador atribuiu à tarefa de Administração tributária. Mas não é só no plano legislativo que essa importância é revelada. Como já se demonstrou, também o Poder Executivo lhe imputa bastante relevância ao fazer altos investimentos financeiros em desenvolvimento de sistemas informáticos de controle das obrigações tributárias, principais e acessórias, dos sujeitos passivos. Nesse contexto, premente se faz examinar as seguintes questões: a eficiência, por si só, legitima a atuação do panóptico fiscal? Como conjugar a eficiência e o direito fundamental à privacidade?

Antes de entrar na avaliação das indagações cabe, por primeiro, fazer um adendo. O Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) foi instituído pelo Decreto 6.022, de 22 de janeiro de 2007,⁶⁴¹ com base nos arts. 84, inc. IV, e art. 37, inc. XXII, da Constituição Federal. Seu fundamento de validade é, portanto, o poder regulamentar do Presidente da República. Interessante notar, porém, que o referido art. 84, inc. IV, autoriza o Presidente da República a expedir decretos e regulamentos para a fiel execução de lei por ele sancionada. Todavia, lei não existe nesse caso. Em consequência, há um grave problema jurídico, pois não cabe ao Decreto “inovar originariamente o ordenamento jurídico. Pelo contrário, deve guardar relação de conformidade com a lei, imprimindo-lhe efeitos concretos”.⁶⁴² Afirma Roque CARRAZZA que “no direito brasileiro o regulamento exige a existência da lei, porque ele nada mais senão que auxiliar das leis”.⁶⁴³ Aliás, o próprio CTN prescreve, em seu art. 99, que “o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta Lei”. Considere ainda que o art. 37, inc. XXII, outro fundamento constitucional de validade do SPED, como é possível aferir pela sua simples leitura, não guarda nenhuma relação com o seu objeto, mas, sim, com a troca de informações entre os entes federativos dele provenientes, prevista em convênios por eles celebrados. Desse modo, além de não haver lei para o

⁶⁴⁰ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário ...** Op. cit., p. 441.

⁶⁴¹ Ensina Carrazza que “O regulamento é veiculado por decreto ou por instrução. Decreto é o ato administrativo privativo do chefe do Poder Executivo em todos os níveis de governo, por meio do qual este exercita suas competências, sempre que seja necessária e não haja previsão constitucional de outro instrumento normativo específico como, por exemplo, medida provisória. Os regulamentos podem também ser veiculados por meio de instrução (...) por força do que dispõe o art. 87, § único, II, da CF/1988, que determina que compete ao Ministro de Estado expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

⁶⁴² CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. Op. cit., p. 376.

⁶⁴³ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. Op. cit., p. 376.

referido Decreto regulamentar, a sua referência constitucional não guarda uma conexão lógica entre a obrigação criada e o conteúdo do artigo referenciado.⁶⁴⁴ Enfim, o SPED carece de legalidade para poder funcionar. Isto nos remete ao conflito entre eficiência e legalidade. Consoante já se posicionou, a concretização do primeiro não tem o condão de superar a violação ao segundo.

Superada essa questão, volta-se à indagação acima, considerando, agora, que este instrumento de controle, em hipótese, não violaria o princípio da legalidade. Remodela-se, pois, a pergunta: a eficiência arrecadatória obtida com sistemas de controle eletrônicos legalmente criados, por si só, legitima a atuação do panóptico fiscal? É possível conjugar eficiência e direito fundamental à privacidade?

A questão não é de fácil solução, pois delimitar o nível de privacidade a que estão restritas as Administrações tributárias é uma tarefa bastante complexa. A quebra de sigilo bancário pela Administração tributária, por exemplo, foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal,⁶⁴⁵ sob o argumento de afronta ao princípio da privacidade. Porém, obviamente, não há sigilo para o Fisco, relativamente às informações fiscais. Mas e quanto às informações de índole comercial, cruzamento com dados de cartões de crédito, de operações imobiliárias realizadas, de despesas médicas, entre tantas outras? Portanto, para o deslinde do debate é preciso admitir que muitas das informações recebidas ou cruzadas pela Receita Federal violam o princípio da privacidade. Diante disso, cabe analisar o conflito entre eficiência e direito fundamental à privacidade.

Aliás, tal questão não foi suscitada no Recurso Extraordinário mencionado, mas poderia ter sido. O debate de fundo era a autorização legal dada à Receita Federal para cruzar dados da extinta CPMF e as declarações de renda dos contribuintes para a constituição de outros tributos que não a CPMF, o que aumentava, em muito, a eficiência do órgão arrecadador. Isso porque tal cruzamento demonstrava, facilmente, a incompatibilidade entre a renda declarada e a movimentação financeira de dado contribuinte.

Como se constata, se a legalidade perdeu para a privacidade, o quê se dirá da eficiência? Por isso, compatibilizar eficiência e privacidade, na linha de teoria de Alexy, também não é tarefa das mais fáceis. Obviamente, o dever de eficiência é inerente a qualquer atividade da Administração pública. Aliás, a eficiência arrecadatória favorece um sistema tributário mais justo, pois ao propiciar a diminuição da sonegação, impõe regras iguais de atuação a todos os participantes do mercado. Porém, a eficiência do sistema arrecadatório, nos moldes da teoria sistêmica, não deve ser analisada

⁶⁴⁴ RIBEIRO, Marcelo Miranda. *Leviatã fiscal: uma análise crítica do panóptico tributário*. **Revista SJRJ – Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2012, vol. 19, n. 33, p. 105-6.

⁶⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2010. Assim, ficou consignado na sua ementa: SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal, parte na relação jurídico-tributária, o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

apenas sob este viés. Vários outros valores em jogo devem ser conjugados com a eficiência. Por isso, a legitimidade de um Estado fiscal envolve, para muito além da eficiência, segurança jurídica (princípio da não surpresa), solidariedade, baixos custos de gestão,⁶⁴⁶ respeito à capacidade contributiva, cidadania.

Nesse sentido, correta a perspectiva apresentada por Ives Gandra da Silva MARTINS, para quem, “em matéria tributária, o princípio da eficiência deve ser examinado à luz de três aspectos”: a correta utilização dos tributos arrecadados a bem da comunidade; a justiça da tributação pela exata detecção dos limites da capacidade contributiva e o justo combate à sonegação, para que não gere descompetitividade.⁶⁴⁷ Além disso, destaca o autor que quanto mais complexo um sistema tributário, menos eficiente é, pois se exigem gastos maiores do Fisco para fiscalizar os contribuintes e torna, para os contribuintes, muito mais custoso o cumprimento das obrigações e sua administração. Além disso, a complexidade gera, também, a necessidade maior do Fisco de transferir para o sujeito passivo da relação tributária obrigações de caráter administrativo, que seriam de sua responsabilidade.⁶⁴⁸ Portanto, em matéria tributária não se pode incorrer no equívoco de se afirmar que o princípio da eficiência se traduz busca da máxima arrecadação. A adequada compreensão do princípio da eficiência em matéria tributária exige que se considere o objetivo da atividade de tributação sem perder de vista o objetivo essencial do Estado, que é a realização do bem comum, porque na verdade a tributação é simplesmente uma atividade-meio para viabilizar a atividade-fim do Estado.⁶⁴⁹

Essa também é a conclusão de Luiz María Ruibal PEREIRA, que afirma que o aumento do número de obrigações tributárias produziu não poucos problemas de celeridade a uma Administração que se, por um lado, deve cumprir o objetivo da eficiência em sua atuação, por outro, deve respeitar as exigências constitucionais da capacidade econômica, que obriga a levar em conta as circunstâncias pessoais de cada obrigado tributário. Em nenhum caso, a defesa do interesse

⁶⁴⁶ Sobre estes sistemas de controle, cabe uma importante observação. Relativamente aos custos de gestão, ficou demonstrado que o pior aspecto do Sistema Tributário Nacional não é a alta carga tributária, mas o custo de gestão. Essa foi a constatação do “*The Global Competitiveness Report 2012–2013*”, emitido pelo World Economic Forum. Num ranking em que o Brasil aparece na 48ª posição dentre 144 países analisados, os fatores considerados mais problemáticos para se fazer negócio no Brasil foram: regulação tributária (18,7%), inadequada infraestrutura (17,5%), carga tributária (17,2%), burocracia governamental (11,1%), regulações trabalhistas (10,1%), inadequada educação (7,4%), corrupção (6,0%), entre outros fatores (inflação, acesso a financiamentos, criminalidade, etc). Ou seja, no item “regulação tributária”, o Brasil alcança seu pior índice. Essa questão, note-se, está intimamente ligada ao desenvolvimento dessas parafernalias de controle. Afinal, tudo são custos e complexidade que são repassados aos contribuintes. WORLD ECONOMIC FORUM. **The Global Competitiveness Report 2012–2013**. Genebra/Suíça, 2012, p. 116. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf. Acesso em 15/09/2012.

⁶⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

⁶⁴⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da eficiência em matéria tributária. Op. cit., p. 39.

⁶⁴⁹ MACHADO, Hugo de Brito. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

arrecadatório pode justificar um comportamento da Administração tributária que implique declínio das garantias do contribuinte.⁶⁵⁰

Por isso, muito oportuna a afirmação de GABARDO que sustenta que “a eficiência não é um ponto de partida, mas o ponto de chegada, que, para ser encontrado, precisa de um caminho seguro, ou seja, fundamentalmente ético e justo”.⁶⁵¹ Ultrapassar as barreiras da legalidade, da impessoalidade, da privacidade, não é viajar por um caminho ético e justo. Por isso, não é possível admitir uma legitimação do sistema tributário fundado apenas na busca da máxima eficiência arrecadatória. De todo o modo, é possível constatar a veracidade da afirmação de Norberto BOBBIO, para quem “a sociedade em que vivemos, caracterizada por uma organização cada vez maior em vista da eficiência, é uma sociedade em que cada dia adquirimos uma fatia de poder em troca de uma fatia de liberdade”.⁶⁵²

Diante do exposto, conclui-se que a utilização desses instrumentos eletrônicos de controle não pode ter o único fim de aumentar a eficiência arrecadatória. Parafraseando Fabio NUSDEO, ao finalizar o tópico intitulado “Quanto de Estado?”,⁶⁵³ no mesmo sentido, conclui-se que é impossível avaliar, cientificamente, o “quanto de eficiência” torna legítimo reduzir qualquer direito fundamental. Trata-se de uma opção política da sociedade, que tenderá a combinar parcelas de incremento de eficiência e decréscimo de direitos fundamentais nas proporções que se afigurarem desejáveis ao longo dos diferentes estágios de sua trajetória histórica. A ninguém é dado deter a chave do entendimento ou da solução do problema para se arvorar em decisor final.

⁶⁵⁰ PEREIRA, Luiz María Ruibal. La aplicación de la informática en el procedimiento actual de gestión tributaria: especial referencia a las liquidaciones paralelas. In: NOVOA, César García; REINO-CARNOTA, Enrique Gómez (Coord.). **Derecho tributário e informática**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 203.

⁶⁵¹ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado ...** Op. cit., p. 17.

⁶⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 44.

⁶⁵³ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia ...** Op. cit., p. 215.

6 O CONFLITO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O cenário descrito no capítulo quatro demonstra que os novos e sofisticados sistemas eletrônicos de controle tributário representam o surgimento do panóptico tributário, pois bastam alguns operadores de computador para se conseguir controle fiscal sobre milhares de contribuintes. Por isso, a nova realidade impõe repensar mais esse fundamento de desigualdade entre cidadão e Estado, onde a ética que prevalece é a do suposto interesse público a ser satisfeito com o ingresso fiscal, a despeito de como se estabeleceu a relação jurídico-tributária, em concreto.

O objeto deste capítulo, em função desse cenário, é analisar o conflito existente entre o interesse público na arrecadação de tributos e a utilização de controles informáticos cada vez mais invasivos na privacidade dos contribuintes. Pretende-se examinar a tensão entre o princípio da supremacia do interesse público e o direito fundamental à privacidade. As questões que vêm à tona são as seguintes: como se devem interpretar os mandamentos constitucionais de proteção da privacidade frente à exigência, igualmente constitucional, de obtenção de receitas tributárias para a consecução dos fins do Estado? Necessita-se fazer uma ponderação entre tais valores para se chegar ao melhor resultado diante de um caso concreto, ou, *a priori* o interesse público justifica a utilização maciça dessas novas formas de controle?

Essas duas questões – a definição do interesse público que justifica a atuação estatal e a garantia da privacidade que a limita – são, eminentemente, jurídicas. Diante de qualquer intervenção estatal ordenadora é necessário examinar se há um interesse público, normativamente definido, que a justifique e se ele necessita respeitar o conteúdo dos direitos individuais. Cabe observar, ademais, que foi a própria Constituição que qualificou o Estado brasileiro como social. Porém, como já se revelou, sua face “perversa” é o Estado fiscal. Por isso, as ações estatais no campo tributário, conquanto atendam os fins públicos assumidos pela ordem jurídica vigente, são, com frequência, indesejadas. Além disso, não bastasse ter que pagar tributos, os contribuintes se veem ainda tolhidos em sua esfera de privacidade ao serem obrigados a fornecer ao Estado uma série de informações, a suportar a fiscalização dos entes tributários, a desenvolver custosos sistemas informáticos para atender às necessidades que não são suas, enfim, há na relação jurídico-tributária uma verdadeira submissão ao poder de império estatal. Daí o debate entre a legitimidade das medidas fiscalizatórias e arrecadatórias pelo ângulo do respeito aos direitos fundamentais.

Nesse contexto, pertinente a indagação de Carlos Ari SUNDFELD: o que justifica o poder de sujeitar? Como diz o autor, “outrora se buscou na religião ou na metafísica, mas no Estado social a legitimação está vinculada à função social”.⁶⁵⁴ Porém, isso não é mais suficiente. Afinal, a

⁶⁵⁴

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. **Interesse Público**, n. 28, Porto Alegre: Notadez, p. 29-42,

Constituição atribui aos indivíduos espaços individuais de ação que são intangíveis ao Estado. É, exatamente, esse o teste para aferição da legitimidade do ingresso do Estado na esfera privada dos sujeitos passivos.

Para responder às questões postas deve-se, então, analisar o conceito de interesse público, examinar sua natureza e estrutura jurídica, estudar as correntes doutrinárias que advogam a tese de que ele não deve prevalecer sobre os direitos fundamentais, verificar se há a necessidade de sua ponderação com outros valores constitucionais, e, por fim, definir se o interesse público na arrecadação de tributos prevalece sobre o direito fundamental à privacidade dos sujeitos passivos.

6.1 INTERESSE PÚBLICO: CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A noção de interesse público, explica Odete MEDAUAR, começou a ser utilizada após a Revolução Francesa, pois “era o argumento suscetível de propiciar a adesão de todos e, por isso mesmo, de fundamentar o poder do Estado”.⁶⁵⁵ Desenvolveu-se com a ideia de “opor-se aos interesses personalistas dos governantes”, vale dizer, visava “afastar a gestão da função administrativa do arbítrio do Rei”.⁶⁵⁶

Foi justamente na França pós-revolucionária com o surgimento do Estado de Direito, ou seja, daquele que se subordina às próprias leis que edita, que o Direito Administrativo ganhou contornos científicos em relação aos demais ramos do Direito. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aponta que tal disciplina, por ter nascido no período do Estado liberal, “impregnou-se, em parte, do cunho individualista que dominava as várias ciências humanas”. Porém, paradoxalmente, “trouxe em si traços de autoritarismo, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse público”.⁶⁵⁷ Por isso, “em sua fase inicial, o interesse público a ser protegido pelo Direito Administrativo era aquele de feição utilitarista, inspirado nas doutrinas contratualistas liberais do século XVIII”.⁶⁵⁸ O fundamento da supremacia do interesse público possuía a noção presente na obra *Leviatã*, segundo a qual “na formação do Estado, as pessoas abdicam de sua liberdade irrestrita ou da ausência de condicionamento de parcela de seus interesses particulares em busca da

nov./dez. 2004, p. 30.

⁶⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 179.

⁶⁵⁶ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo – uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 192-3.

⁶⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 209.

⁶⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 211.

existência de uma instância apta a defender interesses coletivos, para o bem-estar comum”.⁶⁵⁹

Nesse contexto, o aparato administrativo estatal atuava para atender ao interesse público, que na concepção do século XIX apresentava-se bastante limitado. A administração realizava uma espécie de homogeneização dos interesses, o que pressupunha uma concepção de sociedade igualitária, com redução de todos os interesses a um denominador comum. Raciocinava-se em torno dos interesses, público e individual, em contraposição, para afirmar-se a primazia do primeiro em relação ao segundo.⁶⁶⁰

O Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se, assim, estruturando-se em duas ideias opostas: de um lado, a de proteção aos direitos individuais frente ao Estado, que serviu de fundamento ao princípio da legalidade; de outro, a necessidade de satisfação dos interesses públicos, que conduz à outorga de privilégios para a Administração, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade e autoridade. Para assegurar a liberdade do cidadão o Estado se submete à observância da lei e para assegurar a autoridade da Administração Pública são-lhe outorgadas prerrogativas que atribuem primazia do interesse público sobre o privado.⁶⁶¹

Em síntese, na perspectiva do Estado liberal burguês, a noção de interesse público estava intimamente relacionada com os direitos fundamentais de matriz liberal, vistos, à época, como garantias individuais contra os abusos da Administração. O interesse público consistia em colocar óbices ao Poder Público de intervir no exercício das liberdades, notadamente na esfera econômica. Visava, precipuamente, proteger os interesses privados. Portanto, em suas origens, o Direito Administrativo “edificou-se sobre o discurso basilar de que o Estado é responsável pela busca do interesse público como um dever negativo”. Em sua origem, o interesse público girava “em torno do respeito às liberdades individuais e do impedimento de quaisquer interferências, não autorizadas pela lei, da Administração nas esferas jurídicas dos particulares”. Nesse sentido, “pode-se inferir que no período pós-revolucionário vigia na França uma perspectiva individualista de interesse público”.⁶⁶² O surgimento do Direito Administrativo e de suas prerrogativas foi resultado, portanto, da superação da estrutura política do Estado absolutista, estando plenamente adequado à lógica individualista do Estado liberal.

A concepção inicial de interesse público, de viés liberal e individualista, entretanto,

⁶⁵⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 132.

⁶⁶⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Op. cit., p. 180.

⁶⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 210.

⁶⁶² GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. O suposto caráter autoritário ... Op. cit., p. 173-4.

ganhou nova feição no período do Estado social de Direito, quando a atuação do Estado cresceu em todos os setores, “com o objetivo de corrigir a profunda desigualdade social gerada pelo liberalismo”. O crescimento das funções do Estado passou a exigir a atuação do poder público, não mais apenas para o exercício restrito às atividades de segurança, polícia e justiça. Além do mais, essa nova feição do Estado impôs a necessidade de se limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo, consagrando o princípio da supremacia do interesse público.⁶⁶³

O novo significado de interesse público, de matiz menos individualista, é oportuno observar, está presente na concepção que foi idealizada originalmente, no Brasil, por Celso Antônio Bandeira de Mello. Em sua construção tal noção afasta-se do individualismo característico do Estado liberal e da ideia do Estado absolutista que “supostamente autorizaria o acobertamento de arbitrariedades estatais sob o manto protetor do interesse público”. A noção contemporânea do princípio, em verdade, “arrima-se na compreensão do interesse geral como produto da solidariedade social, é dizer, como resultado dos anseios de uma coletividade ou mesmo de um cidadão enquanto membro do corpo social”.⁶⁶⁴

Na concepção de Celso Antônio Bandeira de MELLO, a noção de interesse público diz respeito ao interesse do “próprio conjunto social”. Diz o autor que, ao se refletir sobre o interesse público, “pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual”. Mas essa noção é limitada, pois acentua um “falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando a errônea suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõe o todo”.⁶⁶⁵

Ressalta MELLO que o interesse público não é uma “realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes”. Não há uma separação absoluta entre ambos. O interesse do todo é, em verdade, “função qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”. Isso porque é inconcebível “um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem”. Desse modo, embora seja possível existir um interesse público contraposto a um interesse individual, não pode haver um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta percepção comprova a relação íntima entre interesse público e interesses individuais. Um indivíduo, por exemplo, pode ter interesse em não ser desapropriado, mas não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, uma vez que, enquanto membro da sociedade, precisará que sejam liberadas áreas para a realização de obras públicas.⁶⁶⁶

Existem, portanto, dois tipos de interesses individuais: aquele relativo aos proveitos de

⁶⁶³

DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 210.

⁶⁶⁴

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel W. O suposto caráter autoritário ... Op. cit., p. 179.

⁶⁶⁵

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros,

2011, p. 59.

⁶⁶⁶

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 59-61.

cada um, em seu caráter particular; e o interesse, igualmente, pessoal, mas agora, como partícipe de uma coletividade maior na qual a pessoa está inserida. É este interesse que MELLO denomina de interesse público. Não é, portanto, um “interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes”. Ele nada mais é do que uma “faceta dos interesses dos indivíduos”.⁶⁶⁷ Está associado “ao bem de toda a coletividade, à percepção geral das exigências da vida na sociedade”.⁶⁶⁸ Desse modo, o interesse público só se “justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro”. Por conseguinte, interesse público resulta “do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.⁶⁶⁹

Todavia, cabe ressaltar que “o interesse público não é o somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas traduz interesse próprio, coletivo, gerador de satisfação geral”.⁶⁷⁰ Observa-se, também, que o interesse público não se confunde com o interesse da maioria.⁶⁷¹ A maior parte da população pode ter, por exemplo, interesse em revogar as cotas raciais para ingresso nas universidades públicas. Tal interesse, porém, não representa o interesse público, uma vez que as cotas são instrumentos de concretização do valor constitucional da integração racial. Diga-se a propósito que a vontade da maioria não pode reduzir a eficácia dos direitos fundamentais, haja vista que o princípio da maioria é uma mera técnica utilizada no processo eleitoral.

Além do mais, o interesse público a ser satisfeito pelo Estado não é, necessariamente, o interesse da Administração, enquanto aparato organizativo autônomo.⁶⁷² O conceito de interesse público não pode ser construído “a partir da identidade do seu titular, sob pena de se criar um princípio da supremacia do Estado”.⁶⁷³ O Estado poderia, por exemplo, ter interesse em tributar, desmedidamente, seus administrados à revelia do empobrecimento da sociedade. Sob a mesma ótica, poderia ter interesse em pagar valores ínfimos aos seus servidores, visando diminuir seus gastos. Porém, sem embargo, tais interesses não são públicos, pois estes, que lhe assiste prover, são os de favorecer o bem-estar da sociedade e de retribuir condignamente os que lhe prestam

⁶⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 61.

⁶⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. Op. cit., p. 130.

⁶⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 61.

⁶⁷⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73.

⁶⁷¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 91.

⁶⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse ... Op. cit., p. 92.

⁶⁷³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 309.

serviços.⁶⁷⁴ Sobre a questão, muito bem observa HACHEM que o interesse público da Administração, normalmente, denominado de “interesse público secundário”, na verdade, não reflete, muitas vezes, um interesse público. Por exemplo, o interesse pessoal de um comerciante em explorar atividade econômica de venda de explosivos sem adotar todas as medidas de segurança legalmente exigidas para reduzir os custos é um interesse secundário, mas pertence a um particular. Ele terá a mesma natureza que o interesse de um Estado da Federação de elevar ao máximo a carga tributária acima da capacidade contributiva dos contribuintes. Ambos são interesses secundários, o segundo, aliás, titularizado pelo Poder Público. Porém, não são interesses públicos. Daí a importância em não se utilizar o adjetivo “público” ao se falar em “interesses secundários”. Afinal, os interesses do aparato administrativo podem ser tão secundários quanto qualquer outro interesse eminentemente pessoal de um sujeito privado.⁶⁷⁵ Sobre o tema, explica Romeu Felipe BACELLAR FILHO que “os interesses secundários, que retratam os interesses do aparato administrativo estatal, só configurarão interesse público quando coincidirem com o interesse coletivo primário, e nos limites dessa coincidência, hipótese em que deverão ser perseguidos pela Administração”.⁶⁷⁶

Em função dessa noção de interesse público, decorem duas consequências muito relevantes: primeiramente, demonstra-se que é indevida a suposição de que os interesses particulares são estranhos aos interesses públicos; além disso, evidencia-se a falsa noção de que sendo o interesse público um interesse do Estado todo e qualquer interesse estatal seria, *ipso facto*, um interesse público.⁶⁷⁷ Por isso, concorda-se plenamente com JUSTEN FILHO para quem o interesse público não se confunde com o interesse do Estado. Essa concepção é incompatível com a Constituição. A maior evidência está na existência de interesses públicos não estatais, o que envolve, por exemplo, as organizações não governamentais. Ademais, o interesse público não se confunde com o interesse do aparato administrativo e, por mais razão, aliás, o interesse público também não se confunde com o interesse do agente público.⁶⁷⁸ Em suma, o interesse público “se antagoniza com a idéia de isolacionismo e egocentrismo. Ultrapassa as fronteiras dos interesses individuais e representa uma demanda de satisfação por parte das comunidades”.⁶⁷⁹

Ressalte-se, ainda, que interesse público não se confunde com interesse coletivo. Este diz respeito a interesses comuns de uma coletividade. O condomínio e a família, por exemplo, dão margens ao nascimento de interesses coletivos, mas não de interesses públicos. Todavia, por vezes, a Constituição faz referência a interesse coletivo como sinônimo de interesse público. É o que

⁶⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 66-7.

⁶⁷⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011, p. 64.

⁶⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 111.

⁶⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 62.

⁶⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 121-2.

⁶⁷⁹

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. Op. cit., p. 73.

ocorre, por exemplo, nos artigos 5º, XXXII e 173, *caput*. Aliás, como observa MEDAUAR, várias outras expressões possuem significado idêntico ao de interesse público, como bem comum, bem de todos (art. 3º, IV), interesse nacional (art. 176, §1º), necessidade coletiva, interesse comum, utilidade pública, necessidade pública. Tais expressões, quando utilizadas para justificar decisões, atos, exercício de poderes e funções, medidas excepcionais, vinculam-se à ideia de benefício para todos, algumas vezes em detrimento de interesse individual ou de grupos.⁶⁸⁰

Facilmente, constata-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado “só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais”.⁶⁸¹ Isso significa dizer que nenhuma decisão estatal pode ser justificada, apoiada num pretense “bem comum”, se ele é incompatível com a ordem jurídica, mesmo quando a decisão governamental for aprovada pela maioria da população. Apropriada, pois, a lição de JUSTEN FILHO que aduz que “adotar a concordância popular como o critério de validade das decisões governamentais é um passo fundamental em direção à instauração de uma ordem política fascista”.⁶⁸² Sobre essa questão, importante a observação de Emerson GABARDO que assevera que o interesse público “possui uma característica original e radicalmente distinta que é a sujeição como contrapartida da prerrogativa. Ou seja, o Estado só pode mais que os indivíduos porque, por outro lado, ele pode menos (devido à sua submissão à vontade do povo)”.⁶⁸³

Diante do exposto, pode-se conceituar interesse público como o “plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses”.⁶⁸⁴ Isso implica dizer que uma determinada ação é de interesse público apenas se for possível julgá-la de acordo com uma situação que é benéfica para todos os membros da coletividade.⁶⁸⁵ Como se percebe, o conceito é vago, impreciso, indeterminado, fluido. Esta característica, porém, não o enfraquece, uma vez que o interesse público é um dos alicerces do Estado social.

6.2 A JURIDICIDADE E A FUNÇÃO JURÍDICA DO INTERESSE PÚBLICO

A concepção de interesse público acima exposta, diga-se, está em sintonia absoluta com a CF/1988, que adota os princípios do Estado Social do Direito, fundado na dignidade da pessoa

⁶⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Op. cit., p. 177-8.

⁶⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 73.

⁶⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 81.

⁶⁸³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...** Op. cit., p. 260.

⁶⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 65.

⁶⁸⁵ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Op. cit., p. 179.

humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e confirmado no artigo 3º, que atribui à República, entre outros objetivos, o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos.⁶⁸⁶

Portanto, a qualificação de determinado interesse como público é promovida inicialmente pela Constituição e, com base nela, pelo legislador e pela Administração Pública, neste último caso, nos limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido. Assim, muitas pessoas considerarão de interesse público, por exemplo, que haja o monopólio estatal do petróleo, em dado tempo e lugar. Porém, outras defenderão posição contrária, de modo que, dependendo de como se examina a questão (político, sociológico, social ou patriótico), poderá assistir razão aos primeiros e sem razão aos segundos. Mas sob a ótica jurídica será de interesse público a solução que tenha sido definida pela Constituição ou pela lei adotada em concordância com as diretrizes da Lei Maior.⁶⁸⁷

Por isso, na linha do que argumenta BACELLAR FILHO, “é possível afirmar que o interesse público identifica-se, em um primeiro momento, com a juridicidade”, o que significa dizer que “a sua realização estará assegurada quando forem cumpridos os comandos emanados do ordenamento jurídico”. Além disso, na visão do autor, a observância da legalidade é também fundamental para a consecução do interesse público. Afirma que “é possível identificar o conteúdo do interesse público a partir dos chamados princípios da juridicidade e da legalidade”.⁶⁸⁸ Cabe, entretanto, observar que se dada ação estatal atender apenas ao segundo critério – legalidade – não será possível afirmar que ela seja de interesse público. Se assim fosse a aferição do interesse público seria meramente um exame da legalidade do ato emanado pelo poder público. Por isso, entende-se que é possível existir uma ação estatal legal, mas que não seja de interesse público. Assim, por exemplo, o Estado pode autorizar, legalmente, o uso de bebidas alcoólicas em estádios de futebol, visando maiores lucros das entidades relacionadas ao futebol. Tal medida pode ser legal, mas pode ser contrária ao interesse público, vez que tal ação, normalmente, acarreta prejuízos à cidade que abriga o estádio, em virtude das consequências nefastas da combinação de uso de bebidas alcoólicas e paixão futebolística. Concorde-se, portanto, com GABARDO, que entende que “mesmo que em uma determinada situação uma lei específica afirme uma situação como de interesse público, é possível que ela efetivamente não o seja”. Como salienta o autor, “a caracterização de um interesse público pelo ordenamento e a atribuição de prevalência a ele não pode afrontar a realidade social típica do momento e do lugar de aplicação do Direito”.⁶⁸⁹

Porém, se determinada ação estatal estiver de acordo com os fins constitucionais, obviamente, ela será de interesse público. Por isso, o interesse público está muito mais vinculado ao

⁶⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 209.

⁶⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 68-9.

⁶⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 95.

⁶⁸⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 309.

princípio da juridicidade que ao princípio da legalidade. Afinal, por ser a juridicidade mais abrangente e representar melhor os anseios constitucionais, ela se adequa muito mais facilmente à noção de interesse público. Outra vantagem da juridicidade é, na linha do que observa HACHEM, que ela impõe um dinamismo à noção de interesse público que impõe, já que o processo de avaliação de qual interesse deverá ser caracterizado como público constitui o resultado de uma escolha em sede normativa.⁶⁹⁰

De todo o modo, cabe destacar que, em se tratando “de um conceito jurídico, é óbvio que a concreta individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no próprio Direito positivo”.⁶⁹¹ É, justamente, em virtude de sua sede normativa que se extrai as duas funções da noção de interesse público no Direito Administrativo, sendo uma negativa e outra positiva, ou seja, como limite e como condição para o exercício de determinada prerrogativa. No primeiro caso, o interesse público impõe um limite legal à atuação administrativa, vale dizer, o desrespeito ao interesse público invalida o ato através da técnica do desvio de poder. No sentido positivo, ele é uma condição para o exercício de dada prerrogativa: apenas quando presente um interesse público qualificado, poderá agir a Administração. No sentido negativo, o interesse público tem um sentido amplo, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico, ou seja, se o ato administrativo contrariar a finalidade da norma definida pelo sistema normativo estará ofendendo o interesse público. No positivo, liga-se às situações em que se exige um interesse público em sentido estrito, especial, que se estiver presente autoriza o agir da Administração pública. Para revestir-se de validade, o ato administrativo só poderá ser praticado se existente esse interesse público qualificado.⁶⁹² Em outros termos, “o regime jurídico constitucional administrativo impõe que o atuar da Administração sempre tenha como orientação a consecução do interesse público”.⁶⁹³

Portanto, “a noção de interesse público aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento do poder; configura medida e finalidade da função administrativa”.⁶⁹⁴ Ao se impor como uma condição de validade dos atos administrativos, “ora negativa (vedando condutas contrárias ao interesse público, genericamente tutelado pelo sistema normativo), ora positiva (autorizando condutas apenas quando estiver presente um interesse público especial, exigido expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico)”, ela desempenha a importante tarefa de limitar juridicamente o exercício de competências administrativas. Em outras oportunidades, o interesse público figurará como condição positiva de validade de um ato administrativo,

⁶⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 73.

⁶⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 67.

⁶⁹² HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 67.

⁶⁹³ FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 93.

⁶⁹⁴ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Op. cit., p. 175-6.

constituindo o fundamento da ação administrativa.⁶⁹⁵ Como diz André FOLLONI, “um ato administrativo com finalidade diversa da realização do interesse público é contrário ao regime jurídico administrativo, encontra-se em desacordo em face do sistema jurídico”.⁶⁹⁶

Com base nessas funções, HACHEM classifica o interesse público em dois tipos: em sentido amplo e em sentido estrito. O primeiro abarca “todos os interesses juridicamente protegidos, englobando tanto o interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral) quanto interesses individuais e coletivos (interesses específicos), quando albergados pelo Direito positivo”. Diz respeito a “um pressuposto negativo de validade da atuação administrativa, pois proíbe a prática de qualquer ato que contrariar tais interesses, bem como a expedição de um ato com o fim de atender uma finalidade diversa daquela que o ordenamento jurídico prevê”. Por sua vez, interesse público em sentido estrito diz respeito ao interesse da coletividade, a ser identificado pela Administração pública, em razão da competência que lhe foi outorgada expressa ou implicitamente pelo ordenamento jurídico. Manifesta-se como um “pressuposto positivo de validade da atuação administrativa”, já que o sistema jurídico só permitirá a prática do ato quando estiver presente esse tipo de interesse público, hipótese em que poderá prevalecer sobre interesses individuais e coletivos também protegidos pela ordem normativa.⁶⁹⁷

Em seu sentido amplo, portanto, o interesse público é uma barreira para atuação estatal, podendo ser entendido, por isso, como a finalidade do Estado. O princípio da finalidade é um elemento que compõe o seu conteúdo, pois não é suficiente a mera alegação de que a Administração deve cumprir a lei para atender ao interesse público. Afinal, “o próprio conteúdo da lei pode contrariar as diretrizes constitucionais, além do que a aplicação legal pode ser efetuada com finalidade diversa da prevista pela norma, configurando desvio de poder”.⁶⁹⁸ Desse modo, “o controle da finalidade das condutas administrativas representa o próprio controle do interesse público”,⁶⁹⁹ já que “a supremacia do interesse público não é a chave para prática de atos ilegais”.⁷⁰⁰

Portanto, sendo a finalidade dos atos administrativos um de seus elementos, o interesse público acaba sendo ponto de referência para o controle de legalidade quando a Administração se desvia do objetivo a que se dirige o ato. Assim, uma vez que o interesse público seja relegado, quer por violação expressa da lei, quer por ofensa dissimulada que o atinja, não há como aceitar a validade da conduta, tendo-se que considerar sua contaminação por vício na finalidade.⁷⁰¹ Em consequência, se a lei concede à Administração os poderes de desapropriar, requisitar, intervir,

⁶⁹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 68.

⁶⁹⁶ FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 81.

⁶⁹⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 68-9.

⁶⁹⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 76-7.

⁶⁹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. Op. cit., p. 75.

⁷⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 30.

⁷⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. Op. cit., p. 74-5.

policar, punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral. Em vista disso, se, no uso de tais poderes, a autoridade administrativa busca prejudicar um inimigo político ou beneficiar um amigo, estará fazendo prevalecer o interesse particular sobre o público, fato que configura desvio de poder ou de finalidade,⁷⁰² situações suficientes para invalidação de qualquer ato administrativo.⁷⁰³

Saliente-se, ainda, que o interesse público em sentido amplo é preenchido pelo conjunto de interesses protegidos pelo Direito, “aí incluídos os direitos individuais, difusos e coletivos, fundamentais ou não, bem como toda a sorte de interesses que encontrem respaldo no ordenamento jurídico”. Daí perceber que o interesse público em sentido amplo é “aquele objetivamente protegido pelo ordenamento, ao passo que o interesse privado é aquele subjetivamente pretendido por qualquer pessoa, (...) voltado à satisfação de suas conveniências pessoais”.⁷⁰⁴

São, portanto, três as espécies de interesses que compõem o conceito de interesse público em sentido amplo: individual, quando titularizados pelo indivíduo singularmente considerado; coletivo, quando titularizados por um grupo, categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica; ou difuso, considerados como aqueles “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Dessa classificação, decorrem duas importantes consequências: primeiro, a de que os “direitos subjetivos de caráter individual (ou setorial) devem ser, invariavelmente, considerados como interesse público (*lato sensu*)”. A segunda consequência diz respeito à distinção entre interesse geral, de titularidade difusa (*v.g.*, proteção do meio-ambiente) e interesse coletivo, cujos titulares são grupos, categorias ou classes de pessoas determinadas (*v.g.*, consumidores). Essa distinção é importante, porque é o interesse geral “o que se chamará de interesse público em sentido estrito”.⁷⁰⁵

O interesse público em sentido estrito deve ser identificado no caso concreto pelo Estado, nas hipóteses em que a norma jurídica atribui a dado órgão uma competência para tanto, conferindo-lhe prerrogativas para assegurar a prevalência desses interesses sobre os interesses específicos, sejam eles individuais e coletivos. Poderá ser uma competência instituída pelo constituinte ao legislador ordinário, ou por qualquer um destes à Administração Pública ou à jurisdição. Neste caso, a noção não é utilizada para impedir que o administrador contrarie as disposições do ordenamento jurídico, mas para reclamar sua atuação nas situações em que se encontre presente o interesse público *stricto sensu*. Assim ocorre, por exemplo, na instituição de tombamento, na concessão de autorizações e na rescisão unilateral de contratos administrativos.⁷⁰⁶

Portanto, o interesse público em sentido estrito ou decorre da lei ou da competência discricionária do poder público. No primeiro caso, a Administração, diante de um dado caso, deverá

⁷⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 66.

⁷⁰³ FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 92.

⁷⁰⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 84-5.

⁷⁰⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 85-6.

⁷⁰⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 87-9.

demonstrar que aquela situação fática enquadra-se no motivo legal definido como “interesse público”, desencadeando então as consequências jurídicas impostas pela norma. O Direito brasileiro é recheado de exemplos de “interesse público como conceito legal”. Na Constituição Federal, exige-se a presença desse interesse público em sentido estrito para habilitar à Administração competência a promover a desapropriação (art. 5º, XXIV da CF) e a requisição da propriedade particular no caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV da CF). É também essa espécie de interesse público que se localiza na base do art. 173 da Lei Maior, ao determinar que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida em razão de “imperativos de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”. No segundo caso, ou seja, em face de sua competência discricionária, a Administração pública, ao praticar determinados atos, deve fundar-se em critérios de conveniência e oportunidade a fim de verificar o que convém ou não ao interesse público, como pressuposto positivo de validade do ato.⁷⁰⁷

6.3 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SUA NEGAÇÃO

No capítulo anterior foram vistos os princípios constitucionais administrativos estabelecidos no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988. São os denominados princípios básicos do Direito Administrativo, acolhidos expressamente na Constituição. Porém, além desses, há outros que, embora não estejam consignados na Carta Maior, são reconhecidos como princípios constitucionais implícitos. É aí que se localiza o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Sobre esta questão, MELLO aduz que tal princípio :

... não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, o princípio da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.⁷⁰⁸

DI PIETRO, no mesmo sentido, aduz que “negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado”. Isso porque o Estado tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social, necessitando, para tanto, fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual.⁷⁰⁹ A supremacia do interesse público sobre o privado é, assim, “pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”. Em função disso, tal princípio “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da

⁷⁰⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 89-93.

⁷⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. ... Op. cit., p. 96.

⁷⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público... Op. cit., p. 214.

sobrevivência e asseguramento deste último”.⁷¹⁰

Deste princípio decorrem duas importantes consequências para a Administração pública. Primeiro, “a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo nas relações com os particulares”. Esta posição privilegiada busca assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando seus órgãos para um adequado desenvolvimento de suas tarefas. Daí surge, por exemplo, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos, o benefício de prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial, prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público, etc. Segundo, a posição de supremacia significa que o Poder público “se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto”. Como exemplo dessa autoridade é possível à Administração constituir os indivíduos em obrigação por ato unilateral, bem como, tem o direito de modificar, unilateralmente, relações já estabelecidas. Porém, o “uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos”.⁷¹¹

Não há, portanto, “qualquer dificuldade de se sustentar a supremacia do interesse público”. Afinal, “se o seu conteúdo nuclear é composto por princípios constitucionais, a afirmação de sua supremacia só pode significar a própria afirmação da supremacia da Constituição”.⁷¹² Porém, o princípio da supremacia do interesse público só é aplicável se visar preferências legítimas, vale dizer, funcionar como um “recurso jurídico que o Direito Administrativo dispõe e que são absolutamente indispensáveis para o atingimento dos fins coletivos, mediante o menor custo possível para o cidadão”.⁷¹³

Do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular decorre a indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela. Desse modo, sendo os interesses públicos qualificados como próprios da coletividade eles não se encontram à livre disposição. Isso quer dizer que na “administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos”.⁷¹⁴

Justamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, aponta DI PIETRO que “os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão”. Assim, a autoridade não pode deixar de punir quando constatar a prática de ilícito administrativo, não pode

⁷¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 70-1.

⁷¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 70-2.

⁷¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 112.

⁷¹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 29-30.

⁷¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 74.

deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo, não pode deixar de exercer os poderes decorrentes de hierarquia e não pode fazer liberalidades com o dinheiro público.⁷¹⁵

Conclui-se que o “princípio da supremacia do interesse público, nos termos em que dispõe o sistema constitucional brasileiro, possui forte caráter contestatório de uma atuação do Estado de caráter meramente acessória ou desprestigiada”.⁷¹⁶ Recusa-se a ideia de que o Estado seja coadjuvante do particular na busca do bem comum da sociedade. Ao revés, a Constituição lhe impõe o dever de promoção dos fins constitucionalmente determinados e o interesse público é um importante instrumento para a realização dessa missão.

O reconhecimento do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, entretanto, não é uma posição unânime na doutrina. Alguns importantes doutrinadores negam a existência do referido princípio e outros defendem a primazia do interesse privado sobre o público. Diversos são os fundamentos utilizados, a seguir, brevemente, expostos.

Aduzem, inicialmente, que tal princípio possui origem autoritária e que, por isso, não é adequado em um Estado constitucional, que tem como finalidade essencial a promoção dos direitos fundamentais. Para Gustavo BINEMBOJM, por exemplo, o surgimento do Direito Administrativo não significou a superação da estrutura do poder do Antigo Regime fundado na vontade do soberano. No seu entender, o surgimento do Direito Administrativo e de suas categorias jurídicas - supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras -, “significou muito mais uma forma de sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime do que sua superação”.⁷¹⁷

JUSTEN FILHO, a seu turno, afirma que “o conteúdo do Direito Administrativo é preenchido por institutos vinculados a concepções políticas de um período distante”. Assevera que tal disciplina continua vinculada “às concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX”, ignorando a evolução radical do constitucionalismo do final do século XX. Por isso, para o autor, o Direito Administrativo, nos dias atuais, ainda reflete “uma visão autoritária da relação entre o Estado e o indivíduo”, que tem na ideia de supremacia do interesse público sua manifestação mais evidente.⁷¹⁸ No passado, afirma o referido autor, o governante adotava fórmulas imprecisas, tais como o poder de império, poder discricionário, poder de polícia, para justificar decisões incompatíveis com a ordem jurídica. Atualmente, entende o autor, a Administração pública ampara-se no princípio da supremacia do interesse público para

⁷¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Op. cit., p. 66.

⁷¹⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 292.

⁷¹⁷ BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, pp. 49-82, 2005, p. 49-51.

⁷¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. Op. cit., p. 67.

evitar o controle de seus atos ou o desfazimento dos violadores de garantias constitucionais.⁷¹⁹

BINEMBOJM assevera, ainda, que a crise do Estado providência verificada nas últimas décadas do século XX apenas agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração pública.⁷²⁰

Daniel SARMENTO, na mesma medida, afirma que “o personalismo latente na Constituição de 1988 afasta-se tanto do organicismo e do utilitarismo, como do individualismo burguês”. Para o autor, o personalismo determina a prevalência do indivíduo sobre o Estado, sendo absurdo falar em supremacia no sentido inverso, do mesmo modo que “não é correto atribuir-se primazia incondicionada aos direitos individuais em detrimento dos interesses da coletividade”.⁷²¹ Como conclui JUSTEN FILHO, não é possível afirmar que todo conflito de interesses entre o Estado e o particular deva se resolver pela prevalência do interesse público, uma vez que “a Constituição contempla, antes de tudo, um conjunto de garantias em favor do particular e contra o Estado.”⁷²²

O conceito de interesse público sofre também tentativas de sua desconstrução em virtude da indeterminação de seu conteúdo. Sobre o tema, JUSTEN FILHO faz uma convincente construção teórica. Para ele, o conceito de interesse público, “pressuposto como algo sabido”, tem o conteúdo muito difícil de se explicar. Entende que dentre as várias alternativas possíveis para o preenchimento de seu significado, a possibilidade mais fácil seria identificar o interesse público com o interesse privado comum a todos os cidadãos. Segundo tal abordagem, não haveria diferença qualitativa entre interesse privado e público, que seria apenas de natureza quantitativa, isto é, “qualquer interesse privado será qualificado como público desde que a totalidade dos particulares tenha interesses semelhantes”. Essa alternativa, no entanto, reconhece o autor, é inatingível, pois basta um único sujeito ter interesse divergente do restante para que não surja o interesse público. Alternativa diversa fundar-se-ia na possibilidade em se “afirmar que o interesse público é o interesse privado comum e homogêneo da maioria da população”. Porém, tal perspectiva também não pode prosperar, pois o “Estado Democrático caracteriza-se pela tutela tanto dos interesses das maiorias como das minorias”. Ademais, “existem interesses coletivos e difusos que, não obstante sua pertinência a uma pluralidade de sujeitos privados, continuam a ter natureza privada”.⁷²³

Além dessas, há também a possibilidade de se reconhecer que nem todo interesse privado pode ser reconhecido como público. Haveria duas categorias de interesses privados: aqueles pertinentes à existência individual egoística, cuja conjugação nunca resultaria no surgimento de um

⁷¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 118.

⁷²⁰ BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de ... Op. cit., p. 54.

⁷²¹ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 117.

⁷²² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 117.

⁷²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 122-3.

interesse público e aqueles interesses privados que podem originar um interesse público, na medida em que ocorra alguma homogeneidade coletiva. Seriam os interesses privados de natureza não egoística. Outra abordagem, também insatisfatória, segundo o autor, consiste em afirmar que o “interesse público é o interesse da sociedade, entendida como algo inconfundível com o mero somatório dos indivíduos”. Esta construção, entretanto, argumenta o autor, é rejeitada por sua natureza antidemocrática, uma vez que “gera a possibilidade de reconhecer como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual concreto”. Tal desconexão entre as dimensões individual e pública conteria o germe do autoritarismo, constituindo-se no “primeiro passo para o reconhecimento de interesses supraindividuais, de configuração totalitária”. Isso ocorre, pois não havendo vínculos com os interesses individuais concretos surgiria o problema de determinar o conteúdo do interesse social. Seria necessário atribuir a alguém o poder de determinar a existência do interesse público, o que poderia resultar na adoção, pelo governante, de algo que não fosse interesse de ninguém. Logo, conclui JUSTEN FILHO, “não há um conteúdo próprio para a expressão interesse público”.⁷²⁴

Humberto ÁVILA vai mais além. Para este autor, a ideia de interesse público possui um conteúdo não só indeterminável, mas também inconciliável com os interesses privados. Isso porque, na visão do autor, tais interesses estão de tal forma constituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente examinados na análise da atividade estatal. Por tal motivo, argumenta que a “verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa (...) que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados”.⁷²⁵

Argumenta-se, também, que a generalização do conceito leva à sua inutilidade. Isso ocorre, segundo esta perspectiva, porque identificar como de interesse público toda e qualquer proteção outorgada pelo ordenamento jurídico é o mesmo que dizer que todos os interesses protegidos configuram-se como de interesse público. Assim, a supremacia do interesse público significaria, tão somente, que todos os interesses protegidos pelo ordenamento jurídico prevalecem sobre os que não são protegidos, ou seja, o princípio da supremacia do interesse público não significaria “nada mais do que a supremacia do lícito sobre o ilícito, deixando de apresentar qualquer conotação de preferência entre interesses lícitos igualmente protegidos”. Em função disso, não seria mais possível defender a existência de um princípio genérico da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, “o que, afinal, é a tese mais correta a ser adotada”.⁷²⁶

BINEMBOJM, analisando tal argumento, preconiza que como os interesses privados e públicos

⁷²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 122-4.

⁷²⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, set./nov. 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 12/10/2012, p. 13-14.

⁷²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 125.

coexistem como objeto de tutela constitucional, o interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, sendo estes juridicamente qualificados como diretrizes da Administração pública. Por conseguinte, o interesse público, num caso específico, pode residir na concretização de um interesse coletivo, assim como na de um interesse eminentemente individual. Este é o caso, por exemplo, da manipulação do aparato policial em defesa de um cidadão, situação que prestigia o valor da segurança individual.⁷²⁷

Outra linha de argumentação estrutura-se no fato de não existir um único interesse público. Há, conforme aponta JUSTEN FILHO, diversos interesses tutelados pela ordem jurídica, todos merecedores de idêntica proteção, de modo que a decisão concreta a ser adotada deverá levar em conta, sempre, os diversos interesses. Em função disso, a afirmação de que o interesse público prevalece em qualquer ocasião seria incompatível com o Direito. Entende, por isso, que é indispensável verificar, em face de cada caso concreto, quais são os interesses em conflito para, somente então, produzir a solução mais compatível com os valores constitucionalmente protegidos.⁷²⁸ Para o autor, a existência de um interesse público único, “representa a desnaturação da realidade social e jurídica”, pois a afirmação de que os conflitos de interesse se resolvem pela via da prevalência do interesse público, produz uma simplificação errônea da realidade. É o que ocorre, por exemplo, com o desmatamento de uma floresta para a construção de uma rodovia, ou seja, o interesse público na promoção do desenvolvimento econômico implica ofensa a outro interesse público, fato que demonstra a existência de vários interesses públicos em conflito entre si. Logo, a decisão a ser adotada não pode ser fundada na simples invocação do interesse público, pois todos são merecedores da qualidade de indisponíveis.⁷²⁹

Aspecto também utilizado para questionar o conceito de interesse público funda-se na afirmação de que “o critério de legitimação do Direito reside na preservação dos direitos fundamentais, inclusive das minorias”.⁷³⁰ Segundo essa linha de pensamento, a CF/1988 “assegurou a prevalência dos direitos fundamentais antes e acima do chamado interesse público”. Explica JUSTEN FILHO que a teoria da supremacia e indisponibilidade do interesse público “vinculam-se diretamente ao princípio da República, que impõe a dissociação entre titularidade e exercício do interesse público”. Juridicamente, o titular do interesse público é o povo, mas seu exercício é realizado pelo agente público, o qual não tem a faculdade de optar entre cumprir e não cumprir o interesse público. Tal concepção gera o problema de ausência de mecanismo jurídico para determinar qual é o efetivo interesse público, o que enseja arbitrariedades ofensivas aos direitos

⁷²⁷ BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de ... Op. cit., p. 68.

⁷²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. Op. cit., p. 79.

⁷²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 124-5.

⁷³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. Op. cit., p. 80.

fundamentais.⁷³¹ BINEMBOJM acrescenta, ainda, que a Constituição brasileira volta-se precipuamente para a proteção dos interesses individuais, uma vez que é orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.⁷³² Aliás, nessa linha de argumentação, observa ÁVILA que da constatação de que os órgãos administrativos possuem, em alguns casos, uma posição privilegiada em relação aos particulares não resulta, de modo algum, na corroboração da supremacia do interesse público. Tal posição indica apenas que o Estado exerce uma função pública, para cujo desempenho são necessários certos instrumentos, devidamente transformados em regras jurídicas.⁷³³

Paulo SCHIER, por sua vez, ao analisar o regime jurídico das restrições de direitos fundamentais, conclui o seguinte: primeiramente, que os direitos fundamentais só podem ser restringidos nos casos expressamente admitidos pela Constituição; em segundo lugar, que não existe uma cláusula geral de admissão de restrição dos direitos fundamentais; ademais, a restrição só pode ter lugar por atividade do próprio constituinte originário (que pode estabelecer a restrição diretamente) ou nos casos em que este autorizou pela via legal. Sendo assim, é, no entendimento de SCHIER, ilícita a restrição de direito fundamental pelo veículo regulamentar; além disso, a lei restritiva, mesmo quando autorizada, só poderá ser julgada legítima se conservar outro direito fundamental ou outro interesse constitucionalmente protegido, sujeitando-se, assim, ao princípio da proporcionalidade.⁷³⁴

Como decorrência, “não se pode afirmar, de modo generalizado e abstrato, algum tipo de supremacia absoluta produzida em favor de algum titular de posição jurídica”. Afinal, “qualquer direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados sempre pelos direitos fundamentais”.⁷³⁵ SCHIER, no mesmo sentido, afirma que o se questiona, portanto, não é o conteúdo de interesse público, mas, sim, sua entronização, ou seja, o fato de estar num “patamar hierárquico superior àquele ocupado pelos direitos e liberdades individuais”.⁷³⁶ ÁVILA considera, entretanto, que quando o interesse público se contrapuser ao privado não terá consequentemente a primazia, vale dizer, não há uma relação de supremacia já definida *a priori*. Por isso, defende o autor que embora a tensão seja evidente, não há uma irreconciliável contraposição entre ambos. Na sua avaliação, “deve haver, outrossim, uma ponderação, não somente dos interesses reciprocamente implicados, mas, também, dos interesses públicos entre si”.⁷³⁷

SARMENTO, em posição semelhante, aduz que o adequado entendimento do que seja o interesse público aponta não para a ocorrência de colisão, mas para “a convergência entre este e os

⁷³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 117.

⁷³² BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de ... Op. cit., p. 64.

⁷³³ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 16.

⁷³⁴ SCHIER, Paulo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime dos direitos fundamentais. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n.18, p. 114-128, jun. 2005, p. 118-9.

⁷³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 119-120.

⁷³⁶ SCHIER, Paulo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado ... Op. cit., p. 115.

⁷³⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 24.

direitos fundamentais dos indivíduos”.⁷³⁸ SCHIER, na mesma linha, argumenta que, como regra primordial do sistema, os “interesses públicos e privados normalmente se harmonizam”. Nota-se, exemplifica o autor, a verificação desta hipótese geral quando se analisa o instituto da propriedade privada e de sua função social, isto é, a propriedade nem se restringe à satisfação de interesses exclusivos do proprietário e nem tampouco justifica uma coletivização absoluta de sua utilização. Em decorrência, entende o autor que não há que se falar em superioridade do interesse público sobre o privado na medida em que ambos se integram.⁷³⁹ Há casos, entretanto, aponta SCHIER, que os interesses públicos e privados se chocam. Isso ocorre quando o poder constituinte originário opta, *a priori*, pela prevalência de um interesse em relação ao outro. É o caso do art. 5º, XXV, onde a Constituição opta, em certas condições, pela preferência ao interesse público. Já na hipótese do art. 5º, XI, nota-se a nítida prevalência do interesse privado, que somente cederá nas exceções da segunda parte do enunciado, ou seja, a regra é a tutela da privacidade, sendo que o interesse público, configurado pela expressão “flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, somente se dá como exceção. Nesse caso, afirma o autor que a ponderação dos valores em jogo já foi realizada pelo constituinte originário, ora pendendo para o interesse público, ora para o privado.⁷⁴⁰

A Constituição, ademais, pode autorizar que lei infraconstitucional restrinja o interesse particular, em certas situações, em favor do interesse público, casos em que se deve observar a proporcionalidade, proibição do excesso e preservação do núcleo essencial do direito fundamental restringido. Esta é a situação típica do art. 5º, XII (sigilo de dados e comunicações telefônicas), no qual o interesse público, mesmo quando justificado, depende da observância de certas condições materiais (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita) e formais (fim de instrução processual penal ou investigação criminal, na forma da lei, por autorização judicial). Portanto, também, nesse caso, não há que se falar em irrestrita supremacia do interesse público sobre o privado eis que o público só poderá prevalecer em determinadas condições que não impliquem em negação absoluta dos interesses privados. Podem ocorrer, ainda, casos de colisão entre interesses privados e públicos, que não estão expressos na Constituição. É o que ocorre, por exemplo, nas situações em que se discute a inconstitucionalidade de determinada lei sem pronúncia de nulidade (onde se pondera boa-fé dos particulares, segurança nas relações jurídicas, proibição de enriquecimento sem causa, etc). Esta situação, afirma o autor, demonstra que não se pode, sem os dados do caso fático, decidir qual interesse deverá predominar. Eventualmente o privado cederá ao público, mas o público também poderá sucumbir ao privado, como ocorre quando não se profere a

738

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? ... Op. cit., p. 119-120.

739

SCHIER, Paulo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado ... Op. cit., p. 123.

740

SCHIER, Paulo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado ... Op. cit., p. 124.

nulidade do ato.⁷⁴¹

SARMENTO entende que quando ocorrer conflito entre direitos fundamentais e interesses públicos não existe prioridade absoluta no valor a ser preferido. Nesse caso, sustenta o autor que não pode haver recusa à possibilidade de ponderação entre eles “por não conciliar-se com a premissa antropológica personalista, subjacente às constituições sociais”. Defende o autor que é “constitucionalmente possível a restrição de direitos fundamentais com base no interesse público”, mas a recíproca também é verdadeira, pois, caso contrário, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular “teria o condão de esvaziar os direitos fundamentais por completo”.⁷⁴² SARMENTO, aliás, pugna que, no caso de conflito entre direito fundamental e interesse público, a prioridade deve ser atribuída ao direito fundamental. Para que o interesse público prevaleça sobre o direito fundamental deve haver no processo ponderativo uma “fortíssima carga argumentativa para superação do direito fundamental”.⁷⁴³ No mesmo sentido, JUSTEN FILHO assevera que o conflito que possa vir a ocorrer entre interesse público e direitos fundamentais tem de ser solucionado em face das circunstâncias fáticas, “mediante a aplicação das regras e dos princípios consagrados pela ordem jurídica e visando à promoção dos direitos fundamentais”.⁷⁴⁴

ÁVILA observa ainda a parcial incompatibilidade entre o princípio do interesse público com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática.⁷⁴⁵ Isso ocorre, na visão do autor, porque o “emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”. Porém, o princípio da supremacia do interesse público ao afirmar a superioridade de um sobre o outro, “elimina qualquer possibilidade de sopesamento, premiando de antemão, com a vitória completa e cabal, o interesse público envolvido, independentemente das nuances do caso concreto, impondo o conseqüente sacrifício do direito fundamental contraposto”.⁷⁴⁶ Desse modo, os princípios da proporcionalidade e da concordância prática direcionam a resolução do conflito de forma bem diversa ao buscar a “máxima realização dos direitos envolvidos, sem uma solução pré-concebida”.⁷⁴⁷

Enfim, o conteúdo normativo do interesse público pressupõe a possibilidade de conflito com o interesse particular no exercício da função administrativa, cuja solução não deveria ser, em abstrato e em princípio, em favor do interesse público. O denominado “princípio da supremacia” explica, assim, na visão de ÁVILA uma regra de preferência.⁷⁴⁸ Exatamente, por isso, aduz o citado

⁷⁴¹ SCHIER, Paulo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado ... Op. cit., p. 125.

⁷⁴² SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? ... Op. cit., p. 124-5.

⁷⁴³ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? ... Op. cit., p. 134.

⁷⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 120.

⁷⁴⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 14.

⁷⁴⁶ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? ... Op. cit., p. 133.

⁷⁴⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 16.

⁷⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 3.

autor que ele não pode ser considerado um princípio, pois sua descrição abstrata não permite uma concretização gradual, sendo a prevalência a sua única possibilidade de aplicação, o que inviabiliza diferentes opções de solução através do mecanismo da ponderação. Em função disso, o autor descreve o interesse público como uma “regra abstrata de preferência no caso de colisão em favor do interesse público, nunca, porém, uma norma-princípio *prima facie*”. Todavia, assevera que uma tensão entre princípios deve ser resolvida por meio de uma ponderação entre os interesses conflitantes e não por uma absoluta prevalência de um em detrimento do outro.⁷⁴⁹

Ademais, no entendimento do referido jurista há, também, fundamentos normativos para negar o qualificativo de “princípio” à supremacia do interesse público sobre o particular. Primeiro, porque a Constituição brasileira, por meio de princípios fundamentais (arts. 1 a 4), dos direitos e garantias fundamentais (arts. 5 a 17) e dos princípios gerais (p. ex., arts. 145, 150 e 170), protege de tal forma a liberdade (incluindo a esfera íntima e a vida privada), a igualdade, a cidadania, a segurança e a propriedade privada, que se se tratasse de uma regra abstrata e relativa de prevalência seria em favor dos interesses privados. Em função disso, há um ônus de argumentação em favor dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos, no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve se priorizar os interesses privados, tendo em vista o caráter fundamental que eles assumem no Direito Constitucional.⁷⁵⁰

Tal posição decorre da ideia de que o núcleo do Direito administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais, de modo que, quando se invoca o interesse público somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais.⁷⁵¹ Como resultado, a prevalência da superioridade do interesse público favorece somente a atribuição ao governante de uma margem indeterminada de autonomia para realizar suas escolhas. Por isso, a existência desse princípio “é tão perigosa para a democracia quanto todas as fórmulas semelhantes adotadas em regimes totalitários”.⁷⁵² Isso ocorre porque “transfere-se para a Administração a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental”.⁷⁵³

Por fim, outra linha de argumentação funda-se na tese de que o interesse público não pode suprimir um direito subjetivo conferido a um indivíduo. Para JUSTEN FILHO, a “existência de um direito subjetivo reconhecido a um particular significa, de modo necessário e inafastável, a sua prevalência em face de outros interesses – inclusive públicos”. Para este autor, apenas é possível sacrificar um direito subjetivo privado em face do interesse público nas hipóteses estabelecidas em lei, o que, todavia, “nunca significa a eliminação pura e simples do conteúdo do direito subjetivo”. No caso de uma desapropriação por utilidade pública de um imóvel privado, por

⁷⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 10.

⁷⁵⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 11.

⁷⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 126.

⁷⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 126.

⁷⁵³ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? Op. cit., p. 130.

exemplo, embora o Estado tenha o poder de desapropriá-lo, tal poder não é ilimitado em face de conjunto de garantias destinadas a assegurar que o patrimônio do particular não seja confiscado.⁷⁵⁴

6.4 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NÃO MORREU

O advento da pós-modernidade, como visto, produziu o fim das metanarrativas, ou seja, os grandes esquemas explicativos caíram em descrédito. Representou também a instauração de uma época de niilismo, imediatismo e efemeridade. Não escapam dessa tendência, institutos jurídicos já há muito sedimentados na cultura jurídica. Foi o que ocorreu com o princípio da supremacia do interesse público. Entretanto, as questões acima postas não são suficientes para desconstruí-lo.

Entende-se, inicialmente, na linha do que afirma GABARDO e HACHEM, que a referência a uma suposta origem autoritária parece ter como intuito apenas diminuir a capacidade de legitimação do interesse público.⁷⁵⁵ Atribuir à noção atual de interesse público o mesmo sentido que possuía no mesmo momento histórico em que foi concebido é ignorar que o conteúdo dos conceitos adquire novos significados com o evoluir dos tempos.⁷⁵⁶

Aliás, nem mesmo as concepções de liberdade, igualdade ou fraternidade, proferidas na Revolução Francesa, possuem o mesmo conteúdo para os indivíduos contemporâneos: “as palavras das declarações são as mesmas, mas o seu significado possui contornos bem diferentes”.⁷⁵⁷ Isso impõe concluir que “não se pode pretender igualar a noção de vontade geral própria do período de formação originária do Direito Administrativo (...) com a concepção contemporânea de interesse público”.⁷⁵⁸ Tal conceito “perde o caráter utilitário adquirido com o liberalismo e volta a revestir-se de aspectos axiológicos”.⁷⁵⁹ Por isso, “a não ser do ponto de vista simbólico (...), qualquer relação de identidade de sentido entre o signo interesse público do século XIX e aquele presente em realidades posteriores (...) configura um anacronismo historiográfico”.⁷⁶⁰

Consoante exemplifica DI PIETRO, no Estado social o Direito Administrativo criou princípios e institutos que derogaram postulados básicos do individualismo jurídico: o reconhecimento de privilégios para a Administração pública opõe-se ao ideal da igualdade de todos perante a lei; a criação, pelo Estado, de entidades com personalidade jurídica própria, coloca intermediários entre o Estado e o indivíduo; a atribuição de uma função social à propriedade privada derroga o caráter absoluto com que esse instituto era visto no século XVIII; a imposição de

⁷⁵⁴

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 120-1.

⁷⁵⁵

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário ... Op. cit., p. 171.

⁷⁵⁶

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário ... Op. cit., p. 157.

⁷⁵⁷

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 258.

⁷⁵⁸

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário ... Op. cit., p. 171.

⁷⁵⁹

DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 208.

⁷⁶⁰

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 258.

normas de ordem pública para reger as relações contratuais afeta o princípio da autonomia da vontade; a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* atinge o princípio da força obrigatória dos contratos, entre outros.⁷⁶¹ Em suma, não procede o raciocínio da matriz autoritária do interesse público como argumento de sua negação. Tem-se plena concordância com a doutrina de GABARDO, que sustenta que a alusão a uma pretensa origem autoritária tem como escopo apenas “reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público”.⁷⁶²

O princípio do interesse público possuiu, em suas origens, uma perspectiva adequada ao Estado liberal, não intervencionista e utilitarista. Assumiu, todavia, uma feição diversa para adaptar-se ao Estado social e democrático de Direito. Neste, o interesse público a ser alcançado humaniza-se, uma vez que se exige maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e propiciar à coletividade o bem-estar social. O interesse público passa a se confundir com a ideia de bem comum,⁷⁶³ mas cumpre também a função ideológica de legitimação do poder, sendo a “matriz do discurso de legitimação das formas sociais instituídas na modernidade”.⁷⁶⁴

Embora o conceito embuta essa função ideológica, ele possui presença normativa e operatividade jurídica ou, como diz HACHEM, “essa ideologia, contemporaneamente, juridicizou-se”. Em função disso, a referência ao interesse público pela Administração deixou de ser uma mera invocação genérica para se tratar da aplicação de uma norma jurídica que define esse interesse geral, atribuindo competências e precisando o seu alcance.⁷⁶⁵

Justamente pelo que se disse, pode-se afirmar, com certeza, que a dignidade da pessoa humana não possui contradição alguma com o princípio da prevalência do interesse público, como defendem alguns juristas. Muito pelo contrário, pois, por ser o fio condutor de todas as normas constitucionais, a dignidade da pessoa humana deve atuar como referencial a indicar se dada ação estatal busca atingir o interesse público ou, ao contrário, se se configura uma atividade realizada com desvio de poder. A dignidade da pessoa humana protege o particular não só do despotismo estatal, mas de qualquer ação estatal que, de alguma forma, o atinge. Por isso, é vetor de otimização do interesse público, já que não pode ser de interesse qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana. Concorde-se, em consequência, com a tese de que não é correto atribuir primazia incondicionada aos interesses públicos em detrimento dos direitos individuais, afinal de contas, qualquer “ação ou omissão do Poder Público que violar os mandamentos constitucionais – inclusive e especialmente a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais – estará atingindo parcela do núcleo do interesse jurídico: a juridicidade”.⁷⁶⁶ Enfim, o interesse público “só tem sentido, só

⁷⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 210.

⁷⁶² GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 252.

⁷⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 211.

⁷⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 62.

⁷⁶⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 61.

⁷⁶⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 112.

adquire consistência, quando realiza a dignidade da pessoa humana, já que seu fim se condensa na satisfação, no atendimento das necessidades do ser humano”.⁷⁶⁷

Não procede também a tese de que a generalização do conceito de interesse público leva à sua inutilidade. É bem verdade que o interesse jurídico possui um conceito impreciso ou, como muito bem observa HACHEM, “é um conceito rebelde a definições”. Todavia, isso não implica que ele não tenha operatividade jurídica. Afinal, como já se demonstrou, o interesse público constitui ao mesmo tempo fundamento e limite do poder estatal: se de um lado ele permite que as autoridades públicas ampliem o seu poder, outorgando-lhe competências mais alargadas, de outro consubstancia um limite a esse poder. Essa dupla função (legitimação de prerrogativas e imposição de sujeições) impõe reconhecer que o interesse público não pode ser reputado como algo alheio ao Direito, pois se assim fosse não se admitiria o controle judicial da atividade administrativa, retornando-se ao ultrapassado modelo da intangibilidade absoluta do mérito do ato administrativo.⁷⁶⁸

A noção de interesse público não abarca, ademais, apenas um único interesse. Bem por isso que é possível haver em um caso concreto dois interesses, inclusive públicos, em conflito. De fato, como prega JUSTEN FILHO, “não existe interesse público, mas interesses públicos”.⁷⁶⁹ Aliás, exatamente por ser impreciso é que o conceito de interesse público abarca uma gama enorme de interesses, os mais variados e, por vezes, conflitantes. Nesses casos, cabe à Administração e, em último caso, ao Judiciário, decidir qual o interesse público a proteger e em que medida.⁷⁷⁰

Odete MEDAUAR, por sua vez, salienta que a uma concepção de homogeneidade do interesse público, tem-se, hoje, uma situação de heterogeneidade, de multiplicidade de interesses públicos. Torna-se, portanto, impossível a prefixação do que é interesse público, sobretudo, pela relatividade de todo padrão de comparação. Aliás, completa a autora, “ao entendimento de distinção rígida entre interesse público e interesse individual, segue-se a realidade de fluidez nos dois âmbitos, de interconexão intensa”.⁷⁷¹

Entende-se, portanto, que a indeterminação do conceito de interesse público não pode servir de obstáculo à sua aplicação. Ressalte-se que os conceitos jurídicos indeterminados são passíveis de interpretação exatamente como ocorre com inúmeros outros princípios constitucionais (moralidade, eficiência, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros).⁷⁷² Diga-se a propósito, que o ordenamento jurídico é farto em conceitos jurídicos indeterminados. Em um sistema

⁷⁶⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 297.

⁷⁶⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 60-1.

⁷⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 124-5.

⁷⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 216.

⁷⁷¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. Op. cit., p. 181-2.

⁷⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia. O princípio da supremacia do interesse público ... Op. cit., p. 215.

semiológico como o Direito a imprecisão e equivocidade dos conceitos, encontrados na linguagem cotidiana, transportam-se para a linguagem jurídica. Assim, se fosse dar guarida a este tipo de argumento, ideias como as de boa-fé, confiança legítima, capacidade contributiva, não confisco, legítima defesa, perigo iminente, vulnerabilidade do consumidor e tantas outras, abundantes em todos os ramos do Direito, ficariam sem aplicação. Reitere-se, contudo, que não há autor algum que pregue a inoperância destes conceitos simplesmente porque são imprecisos. Sobre esta questão, afirma GABARDO que “definir interesse público não é mais difícil que conceituar ‘justiça’, ‘eficiência’ ou mesmo ‘moralidade’. (...) E nem por isso costuma-se recusar o caráter ético-jurídico condicionante destas noções”.⁷⁷³ Ademais, “por mais que a linguagem científica tenda à unidade, não há como eliminar a possibilidade de vagueza ou ambiguidade, a não ser nas ciências formais”.⁷⁷⁴ Enfim, de modo algum, a indeterminação de seu conteúdo pode ser óbice ao seu *status* de princípio constitucional implícito. Como afirma Jorge Luis SALOMONI, a determinação do conteúdo de interesse público será fática e circunstancial, isto é, não há, de antemão, um conceito universal sem um procedimento para poder descobrir quando se está em presença do mesmo. Não obstante, a finalidade do bem-estar geral e felicidade do povo podem ser elementos que permitam descobrir a presença do interesse público.⁷⁷⁵

Desse modo, a indeterminação de seu conteúdo não é um defeito que se deva corrigir, mas uma virtude, pois “diante de uma expressão imprecisa, plurissignificativa, encontraremos situações em que, inequivocamente, encaixam-se na ideia contida na expressão”.⁷⁷⁶ Em suma, “esta questão retrata um falso problema, pois o fato de o conceito de interesse público ser vago não retira sua possibilidade de significação”.⁷⁷⁷

Observe-se, ainda, que o conceito de interesse público está na base de diversos outros institutos consagrados no texto constitucional, igualmente, com conteúdos imprecisos. É o caso da função social da propriedade; da requisição de propriedade particular no caso de perigo público iminente; a defesa do consumidor e do meio ambiente; a função social da cidade, etc. Enfim, são “inúmeras as hipóteses em que o direito individual cede diante do interesse público. E isso não ocorre por decisão única da Administração Pública. Ocorre porque a Constituição o permite, a legislação o disciplina e o Direito Administrativo o aplica”.⁷⁷⁸

No que tange ao conflito entre interesse público e direitos fundamentais, também não

⁷⁷³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...** Op. cit., p. 287.

⁷⁷⁴ FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 57.

⁷⁷⁵ SALOMONI, Jorge Luis. *Interés público y emergencia em la República Argentina*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 122.

⁷⁷⁶ RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Interesse público: um conceito jurídico determinável*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 106.

⁷⁷⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade ...** Op. cit., p. 287.

⁷⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania. *O princípio da supremacia do interesse público ...* Op. cit., p. 214.

assiste razão àqueles que sustentam a tese de que em função do necessário respeito aos direitos fundamentais não se pode conceber a existência da supremacia do interesse público sobre o particular. E assim deve ser, simplesmente, porque “nenhum interesse pode ser considerado público se levar ao sacrifício dos valores e dos direitos fundamentais”.⁷⁷⁹

Entretanto, os indivíduos têm seus próprios interesses egoísticos, sendo bastante comum que seus interesses se contraponham aos interesses da coletividade.⁷⁸⁰ É o que ocorre, por exemplo, quando a União pretende construir um presídio de segurança máxima em determinada localidade afastada dos grandes centros urbanos. O interesse geral da coletividade se choca com o interesse da população local, que pode não desejar tal prédio público por temer o aumento da violência. No entanto, essa não é a posição que mais se coaduna com o bem-estar da coletividade, em geral.

De todo o modo, cabe ressaltar, na linha que observa José dos Santos CARVALHO FILHO, que os riscos para os direitos fundamentais sempre existiram. Sua ocorrência provém do natural confronto entre Estado e sociedade. Não é o princípio da supremacia do interesse público que gera esses riscos. Na verdade, ele os protege contra interesses privados e egocêntricos de indivíduos e grupos.⁷⁸¹ Lúcida, portanto, a observação de Irene Patrícia NOHARA que destaca que a doutrina tradicional “jamais sustentou que a supremacia do interesse público é critério absoluto de ponderação de interesses em conflito”. Além do mais, aponta a autora, a supremacia do interesse público “não tem a pretensão de aniquilar espaços onde a realização de interesses particulares é possível sem que haja reflexos negativos à coletividade”.⁷⁸² GABARDO, por sua vez, salienta que embora o interesse público deva prevalecer sobre o direito privado, “também deve ser reconhecido que os direitos individuais, especialmente os fundamentais, estabelecem uma barreira importante para a atuação do Poder Público”. O conflito que porventura possa existir entre eles, sustenta o autor, deve ser resolvido pela ponderação dos valores em jogo, “que consiste num método perfeitamente compatível com o princípio da supremacia do interesse público, inibindo qualquer tentativa de, pela negativa de sua incidência, ser preconizado o interesse privado”.⁷⁸³

Em síntese, “a defesa do princípio da supremacia do interesse público não promove qualquer desconsideração da esfera de direitos fundamentais”.⁷⁸⁴ Justamente por isso, não se admite que o Estado faça prevalecer o interesse geral sobre os interesses individuais e coletivos juridicamente protegidos em todas as vezes que houver choque entre eles. Tal prevalência dependerá das circunstâncias do caso concreto, além do que “não implicará no aniquilamento dos interesses individuais ou coletivos que tiverem cedido passo ao interesse geral, mas tão somente a

⁷⁷⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos ... Op. cit., p. 297.

⁷⁸⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 289.

⁷⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. Op. cit., p. 78.

⁷⁸² NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de ... Op. cit., p. 126.

⁷⁸³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 322.

⁷⁸⁴ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 314.

sua restrição ou afastamento naquela determinada ocasião”.⁷⁸⁵ Ou seja, a decisão de primazia nos casos em que se coloca a questão do interesse público em face dos direitos fundamentais ou de outro interesse público, somente pode ser extraída da ponderação de valores no caso concreto.⁷⁸⁶

Diante do exposto, facilmente se constata o “*status* de princípio constitucional implícito” do interesse público. Justamente por isso, é indubitável que, em certos casos, “tais interesses podem entrar em rota de colisão com outros princípios, o que não pode ser resolvido *a priori*, abstratamente, mas só a partir de uma necessária ponderação frente ao caso concreto”.⁷⁸⁷ No entanto, a adoção de um *a priori*, a favor do interesse público, “apenas fornece um ‘ponto de partida’ preferencial”. Assim, por exemplo, afirmar que a Administração Pública tem que “agir publicamente”, implica dizer que, “*a priori*, a Administração Pública deve agir sempre publicamente”. Isto, no entanto, não afasta a possibilidade de ponderação diante de um caso concreto que pode concluir pela prevalência do sigilo ao invés da publicidade. Mas nem por isso foi destruída a regra geral de que a Administração pública tem que agir sempre publicamente.⁷⁸⁸

Do exposto, percebe-se que não há na doutrina tradicional uma entronização do conceito de interesse público. Tal noção não é elemento que se presta a justificar toda e qualquer ação estatal, nem tampouco é capaz de sobrepujar o interesse das minorias, assim como não é, de antemão, apto a ofender direitos fundamentais. De todo modo, o interesse público quando colocado em conflito com direitos individuais subjetivos e não fundamentais, obviamente, deve prevalecer. Por exemplo, se levando em conta sua função social, determinado Município tomba certo imóvel urbano, reconhecendo seu valor cultural e institui, em decorrência, um regime jurídico especial de propriedade, o proprietário não pode alegar que já estava previsto ali a construção de outro imóvel e que, portanto, possui o direito subjetivo a dispor de seu imóvel da maneira que melhor lhe aprouver.

Portanto, “é um anacronismo imaginar que a experiência autoritária com a qual conviveu o Direito Administrativo em seus primeiros passos realmente o marque como um instrumento normativo essencialmente autoritário”.⁷⁸⁹ Aliás, se quisesse se questionar cada um dos princípios constitucionais em função de sua má utilização, “muito rapidamente decorreria uma anomia jurídica”. É o que ocorre, por exemplo, com o princípio da publicidade. Por isso, como diz GABARDO, há por parte da doutrina fortes receios quanto ao interesse público, mas ela é bastante condescendente com outros princípios, “o que é correto, pois a culpa não é dos conceitos nem dos princípios, mas dos atos indevidos neles alegadamente baseados”.⁷⁹⁰ Entende-se, assim, que o princípio da superioridade do interesse público sobre o interesse particular “encontra-se em perfeita

785

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público ... Op. cit., p. 101-2.

786

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 316.

787

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos ... Op. cit., p. 295.

788

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 294-5.

789

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 261.

790

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 303.

consonância com o modelo social de Estado. Isso porque, para além de não contrapor a autonomia privada (...), não restringe sua atuação como se fosse uma entidade meramente suplementar”.⁷⁹¹

Conclui-se que o princípio da supremacia do interesse público é diretriz implícita na ordem constitucional brasileira. A sua não previsão de forma expressa não lhe retira sua juridicidade, pois tal princípio exalta a superioridade dos interesses da sociedade sobre os direitos individuais. Ademais, a dificuldade em apreender seu conteúdo, longe de significar desprestígio normativo, é decorrência natural da abrangência de seu campo de ação, assim como da equivocada compreensão de que é possível encontrar uma noção imutável para a definição dos termos. Enfim, a supremacia do interesse público não só prevalece, como é uma importante diretriz para todos os atos praticados pela Administração pública, em qualquer nível de atuação.

6.5 O INTERESSE PÚBLICO NA ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS E O CONFLITO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

A questão que envolve o conflito entre interesse público e direitos fundamentais, abstratamente analisado até aqui, será, agora, examinado diante de uma situação fática: a colisão entre o interesse público na arrecadação de tributos e o direito fundamental à privacidade. O tema reveste de grande relevo, pois como apregoa José Afonso da SILVA:

O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.⁷⁹²

Antes de examinar tais questões, deve-se lembrar que sendo o Estado fiscal a face financiadora do Estado social é indubitável que a função arrecadatória é uma daquelas atividades essenciais ao seu funcionamento. Tal atividade funda-se no direito impositivo do Estado, o qual obriga as pessoas a concorrerem com parcelas de seu patrimônio para o financiamento dos gastos públicos. A questão é, todavia, até que ponto a busca pela eficiência na arrecadação de tributos justifica sacrificar direitos fundamentais.

É oportuno, no entanto, destacar que a relação de tributação não é mais uma simples relação de poder. As ideias de liberdades e garantias individuais, que permeiam a concepção atual de Estado, hão de estar presente, sempre, também na relação de tributação, tanto no que se refere à obrigação tributária principal, como relativamente às obrigações acessórias que a viabilizam. Como

⁷⁹¹

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade** ... Op. cit., p. 318

⁷⁹²

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006,

p. 210.

preceitua Hugo de Brito MACHADO, modernamente:

A relação de tributação é uma relação jurídica, embora seu fundamento seja a soberania do Estado. Sua origem remota foi a imposição do vencedor sobre o vencido. Uma relação de escravidão, portanto. E essa origem espúria, infelizmente, às vezes ainda se mostra presente em nossos dias, nas práticas arbitrárias de autoridades da Administração Tributária.⁷⁹³

Cumpra observar também que o interesse público na arrecadação de tributos e o interesse da Fazenda Pública são coisas bastante diferentes. É até possível que o interesse do órgão arrecadador coincida com o interesse público, na medida em que os valores obtidos sejam efetivamente utilizados para a consecução dos fins estabelecidos constitucionalmente. Observa Roque CARRAZZA que convém afastar, “de uma vez por todas, a superadíssima idéia de que o interesse fazendário (meramente arrecadatório) equivale ao interesse público”. O interesse fazendário, conclui o autor, na verdade subordina-se ao interesse público e, por isso, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com ele.⁷⁹⁴

Por isso, a arrecadação de tributos, em si mesma, não pode ser considerada uma atividade de interesse público. Para que o interesse arrecadatório se converta em interesse público duas condições são essenciais: que os recursos sejam concretamente direcionados ao bem comum (questão que não é objeto deste estudo) e que o procedimento arrecadatório se dê respeitando os princípios constitucionais tributários e os direitos fundamentais. Assim, por exemplo, a instituição de um tributo que não respeite o princípio do não confisco, ainda que represente o aporte de valores suficientes para solucionar o problema da saúde pública no Brasil, não poderá prevalecer. Do mesmo modo, a cobrança de tributos indevidos satisfaz o interesse arrecadatório, porém, sendo ato ilícito, constitui lesão ao interesse público.

Partindo, no entanto, do pressuposto de que os recursos arrecadados são direcionados ao bem de todos e admitindo que os tributos sejam instituídos respeitando os limites ao poder de tributar (princípios constitucionais tributários), avalia-se o último requisito para que o interesse arrecadatório e o interesse público se confundam, qual seja, a colisão entre o interesse público na arrecadação de tributos e os direitos fundamentais. Como o que se discute neste trabalho é a questão da instituição de controles tributários informáticos que ampliam a eficiência do órgão arrecadador, questiona-se: o interesse público legitima a invasão de parcela da privacidade dos contribuintes em nome da eficiência arrecadatória?

A obrigação acessória, conforme dispõe o art. 113 do Código Tributário Nacional, é aquela que “tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da

⁷⁹³

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27.

⁷⁹⁴

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 498.

arrecadação ou da fiscalização dos tributos”. Por isso, em certa medida, é o interesse público que legitima a exigência de tais obrigações, de modo que qualquer obrigação que não atenda a essa determinação estará incorrendo no vício de finalidade. Desse modo, a obrigação acessória deve, primeiramente, voltar-se às atividades-fim do órgão arrecadador, não podendo este estabelecer qualquer obrigação que não seja inerente a tais atividades. Porém, a grande limitação à instituição dessas obrigações advém da Constituição: o respeito aos direitos fundamentais. Para além dos direitos fundamentais que são garantidos pelo artigo 5º da Carta Maior, o constituinte originário achou por bem estabelecer uma limitação específica ao poder tributário estatal, no §1º, do art. 145.⁷⁹⁵ Tal norma determina que o respeito aos direitos individuais é a referência a orientar qualquer ação da Administração tributária no âmbito de sua função de arrecadar tributos. Em consequência, os poderes de fiscalizar, arrecadar e de impor obrigações tributárias acessórias não são absolutos, devendo ser ponderados frente aos direitos fundamentais dos contribuintes. Assim, por exemplo, pode não existir interesse público na criação excessiva de obrigações acessórias, pois o excesso pode representar uma violação aos princípios da livre iniciativa e da proporcionalidade.

Sobre essa questão, aduz Cristiano José FERRAZZO que é evidente que tais obrigações têm a função de municiar a Administração com os elementos necessários para a apuração do montante tributário e para a fiscalização dos valores arrecadados, criando mecanismos para impedir a sonegação tributária. Mas se a fiscalização e a arrecadação de tributos é um direito da Administração tributária, não se pode permitir que esse direito perturbe o cidadão a ponto de lhe tolher o livre exercício da atividade econômica ou direitos como privacidade e intimidade.⁷⁹⁶

Desse modo, se por um lado os poderes de fiscalização e administração dos tributos se assentam no interesse público, na indisponibilidade dos bens públicos, na necessidade da presença do Estado como instrumento essencial de coerção monopolizada,⁷⁹⁷ por outro, as garantias constitucionais marcam os limites dentro dos quais se devem alinhar o exercício dos poderes tributários. Assim, a atividade de fiscalização da Administração tributária “deve contar com mecanismos e instrumentos aptos a otimizar a arrecadação, mas sem que haja – jamais – o sacrifício das garantias individuais que alicerçam o ordenamento jurídico constitucional e tributário”.⁷⁹⁸ Enfim, a tributação deve desenvolver-se dentro dos limites que a Carta Suprema traçou, fulminando

⁷⁹⁵ Art. 145 (...) §1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

⁷⁹⁶ FERRAZZO, Cristiano José. **Os limites de imposição de obrigações acessórias no direito tributário brasileiro**. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 8.

⁷⁹⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. A fiscalização tributária em um Estado democrático de direito. **Seminário fiscalização tributária: contexto, prática e tendências**, 1999. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/ucp/pnafe/cst/arquivos/Fisc-Democ-Misabel.doc>. Acesso em 08/03/2012, p. 21/22.

⁷⁹⁸ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: (administrativo e judicial). 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 230.

o poder tributário absoluto do Estado. Por isso, os conflitos resultantes entre o poder estatal de fiscalizar e arrecadar e os direitos e garantias constitucionais dos contribuintes devem ser resolvidos pela ponderação dos princípios em face da situação fática, de maneira a proporcionar a solução mais razoável e proporcional para o caso em colisão.

Tem-se, na situação relatada, que os controles tecnológicos impostos aos contribuintes são muito importantes para um eficiente funcionamento da Administração tributária e, conseqüentemente, para elevar a arrecadação de tributos. Ademais, têm os contribuintes a obrigação legal de repassar aos órgãos fazendários as informações que lhe são solicitadas. É natural, portanto, que no desenvolvimento de sua atividade, o Estado exija de seus cidadãos a revelação de dados econômicos e patrimoniais. O problema, no entanto, se apresenta porque as informações solicitadas não se restringem aos dados fiscais, atingindo também toda informação comercial da empresa: seus lucros, suas dívidas, com que contrata, para quem vende, de quem compra, ou seja, a empresa compartilhará com o Estado uma gama de informações que não, raramente, fazem parte de sua política empresarial e que gostaria de manter ocultas.⁷⁹⁹

Leve-se em conta ainda que o mundo jurídico que tais obrigações acessórias busca reproduzir é bastante complexo, haja vista o intrincado Sistema Tributário Nacional. Isto gera altos custos de gestão tributária para as empresas. Há nessa questão uma grande contradição: ao mesmo tempo em que o Estado é o responsável pela criação dos tributos e de seus regulamentos cada vez mais casuísticos, ele transfere ao particular a obrigação de lhe prestar todas as informações que supõe serem necessárias para uma eficiente aferição do fato gerador tributário, pelo preenchimento de complexas declarações eletrônicas.⁸⁰⁰

Não bastasse isso, para facilitar ainda mais o Estado em sua tarefa “criativa” de elaboração de tais obrigações, o atual estágio de desenvolvimento tecnológico, notadamente o surgimento da Internet, lhe auxilia sobremaneira nesse trabalho. O que se vê, então, é que essas obrigações se multiplicam com o avanço da informatização e da complexidade do Sistema Tributário Nacional.⁸⁰¹

Diante dessa realidade, normativa e tecnológica, as Fazendas Públicas têm criado diversas obrigações tributárias acessórias, normalmente, decorrentes da crescente imposição dos tributos lançados por homologação. Nesta modalidade de lançamento, ensina Misabel DERZI, transferem-se ao contribuinte as funções de apurar e antecipar o montante devido, antes de qualquer

⁷⁹⁹ RIBEIRO, Marcelo Miranda. A era do controle tributário eletrônico e o direito fundamental à privacidade. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV)*, Vitória/ES, jan./jun. 2012, n. 11, p. 294.

⁸⁰⁰ RIBEIRO, Marcelo Miranda. A proporcionalidade e a razoabilidade como limites ao poder estatal de criar deveres instrumentais tributários. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP/Franca, Franca/SP, n. 23, 2012, p. 217.

⁸⁰¹ RIBEIRO, Marcelo Miranda. A proporcionalidade e a razoabilidade ... Op. cit., p. 218.

manifestação por parte da Fazenda Pública, fato que leva alguns juristas a denunciar uma espécie de “privatização da gestão tributária”. E os eventuais erros cometidos configuram descumprimento da obrigação, sendo sancionáveis na forma da lei. O legislador, observa a autora, supõe a compatibilidade de quase todos os tributos com o lançamento por homologação, na prática realizando uma transferência do custo das atividades de gestão administrativa para o contribuinte, a quem é atribuído até mesmo a tarefa de aplicação correta da lei ao caso concreto, o que supõe a compreensão adequada do Direito.⁸⁰²

Enfim, as novas tecnologias abrem diversas oportunidades à Administração tributária para incrementar a eficiência no controle de seus administrados, propiciam a transferência de diversas responsabilidades e custos aos contribuintes, aumentam a integração entre os Fiscos, facilitam a formulação de políticas arrecadatórias e fiscalizatórias, apontam setores econômicos com maiores índices potenciais de sonegação, favorecem a criação de perfis de “bom comportamento” tributário, entre tantas outras possibilidades. Mas não há só vencedores. Do modo do diálogo entre Tamus e Tot, o desenvolvimento tecnológico reduz a privacidade, limita a autonomia do sujeito, aumenta os riscos para os sujeitos passivos e cria mecanismos muito mais sutis para a criação de um Estado totalitário. Por isso, há limites ao Estado fiscal vigilante. É o que se passa a analisar.

No que toca à privacidade, dois dispositivos constitucionais estão em perfeita consonância com o problema analisado: os incisos X⁸⁰³ e XII⁸⁰⁴, do art. 5º da CF. O primeiro resguarda o direito fundamental à privacidade e o segundo diz respeito à inviolabilidade do sigilo de dados. Este último, todavia, de acordo com a posição jurisprudencial dominante, protege as informações durante a transmissão entre remetente e destinatário. Com efeito, o STF tem seguido esta interpretação, a qual não alcança a proteção dos dados em si, mas apenas sua comunicação.⁸⁰⁵

Portanto, o problema que ora se apresenta, tomando como base a orientação do Supremo Tribunal Federal, cinge-se à questão da privacidade estabelecida no referido inc. X. Da

⁸⁰² DERZI, Misabel Abreu Machado. A fiscalização tributária em um Estado ... Op. cit., p. 12.

⁸⁰³ X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁸⁰⁴ XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁸⁰⁵ No julgamento do Recurso Extraordinário 219.780/PE, o STF entendeu que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências etc BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 219.780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.99, p. 23.

sua leitura percebe-se que a intimidade é considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina até então considerava que tais direitos eram manifestação da intimidade.⁸⁰⁶ Não há na Constituição, ademais, referência específica ao direito à privacidade. Advém daí o entendimento, para alguns doutrinadores, de que o direito à privacidade é gênero cujas espécies são os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Essa é, aliás, a posição de Luiz Roberto BARROSO, para quem:

A intimidade e a vida privada são esferas diversas, compreendidas em um conceito mais amplo: o de direito de privacidade. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada uma, as suas particularidades. Aí estão incluídos os fatos ordinários como hábitos, atitudes, comentários, escolhas pessoais, vida familiar, relações afetivas. Como regra geral, não haverá interesse público em ter acesso a esse tipo de informação.⁸⁰⁷

A mesma posição adota José Afonso da SILVA, que utiliza a expressão “direito à privacidade” para abarcar todas as manifestações da esfera íntima e privada, inclusive, os direitos à honra e à imagem das pessoas.⁸⁰⁸

No entanto, entende-se que o inc. X da Constituição Federal distingue os direitos à intimidade e à privacidade, ao qual denomina “vida privada”, com conteúdos de proteção diversos. O direito à intimidade diz respeito ao âmbito “mais interior da pessoa, seus pensamentos, idéias, emoções, etc.”. A ideia é a de interioridade, campo em que as pessoas devem estar livres de qualquer ingerência.⁸⁰⁹ Por isso, a intimidade deve ser sempre mantida em segredo, inacessível e escondida, sendo de conhecimento apenas do próprio titular.⁸¹⁰

A privacidade (ou vida privada), por sua vez, seria tudo o que não pertence ao âmbito mais interior, mas que não alcança a esfera pública. Um exemplo seria a “convivência que um determinado indivíduo leva junto a sua família, com os companheiros de trabalho, com os amigos mais próximos”.⁸¹¹ Dessa forma, tudo o que envolve um relacionamento bilateral, mas que o indivíduo queira manter em sigilo é protegido pelo direito fundamental à privacidade. Assim, por exemplo, uma conversa telefônica com um amigo, uma correspondência postal, informações fiscais (que envolve o relacionamento com o Fisco), informações bancárias (que envolve troca de informações com a instituição bancária), informações médicas, todas essas envolvem dados que são protegidos pelo direito fundamental à privacidade. Há, portanto, uma relação entre intimidade e

⁸⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op. cit., p. 206.

⁸⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Liberdades de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 201.

⁸⁰⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op. cit., p. 206.

⁸⁰⁹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na Internet**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 111.

⁸¹⁰ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 36

⁸¹¹ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na Internet**. Op. cit., p. 116.

privacidade. Porém, a privacidade manifesta-se para o exterior, estando mais exposta. O que as diferencia, portanto, é o grau de exclusividade que cada uma impõe a terceiros.

O direito à intimidade, relata Têmis LIMBERGER, surgiu em 1890 por criação de Samuel Warren e Louis Brandeis, quando foi publicado um artigo na *Harvard Law Review*, intitulado “*Right to privacy*”. O Senador Warren, em ocasião do matrimônio de sua filha, considerou que a imprensa havia exagerado ao divulgar notícias reservadas sobre o casamento. Pediu, então, ajuda ao jurista Brandeis para verificar se a *common law* oferecia uma possibilidade de proteção à esfera íntima dos cidadãos. A partir da análise de diversos precedentes, o jurista concebeu um direito geral à *privacy*, construído com fundamento em casos de violação da propriedade, da confiança, do direito do autor e de difamação.⁸¹² Defenderam a necessidade de reconhecimento pela Corte do denominado *right of privacy*: o direito de o indivíduo estar só com seus pensamentos, emoções e sentimentos. De outro lado, prestaram grande contribuição doutrinária, ao diferenciar o *right of privacy* da proteção da honra, na medida em que, enquanto esta protege seu titular de fatos inverídicos, aquele o protege até mesmo contra fatos verdadeiros quando o autor não autoriza a divulgação na esfera do conhecimento geral. Mas os autores concluíram, também, que o “o direito de estar só” não seria absoluto, podendo ser mitigado caso se enquadrasse em certas hipóteses, como nos casos de publicação de matéria de interesse geral do público, autorização legal e se o próprio indivíduo permitisse a divulgação.⁸¹³ Como se vê, em sua origem, o *right to privacy* estava muito mais relacionada ao direito à intimidade do que propriamente ao direito à privacidade, como sua tradução literal pode induzir a se pensar.

Sobre a origem do *right to privacy*, cabe ainda apontar que Warren e Brandeis foram os seus fundadores no terreno jurídico. Porém, o nascimento da intimidade está historicamente associado à desagregação da sociedade feudal, na qual os indivíduos eram todos ligados por uma complexa série de relações que se refletiam na organização de sua vida cotidiana: o isolamento era privilégio de pouquíssimos eleitos ou daqueles que, por necessidade ou opção, viviam distantes da comunidade – místicos ou monges, pastores ou bandidos. Esta possibilidade, posteriormente, se estendeu a todos os que dispunham de meios materiais, os quais requisitavam esta nova necessidade de intimidade. O *right to privacy* configurou-se, assim, como uma possibilidade da classe burguesa que conseguiu realizá-la, sobretudo, graças às transformações sócio-econômicas relacionadas à Revolução Industrial. Por isso, o nascimento de tais direitos não se apresenta como a realização de uma exigência natural dos indivíduos, mas como a aquisição de um privilégio por parte de um grupo. Não é por acaso que seus instrumentos jurídicos de tutela foram predominantemente

⁸¹² LIMBERGER, Têmis. LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 205-6.

⁸¹³ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação ...** Op. cit., p. 37.

modelados com base no direito burguês por excelência, a propriedade.⁸¹⁴

De todo o modo, a *privacy*, observa Marcelo Cardoso PEREIRA, inicialmente concebida como um direito de defesa do indivíduo contra intromissões indevidas por parte dos meios de comunicação, como sendo o “direito de estar só”, com o tempo foi alargando seu alcance, passando a ser uma garantia do cidadão de exercer um direito de controle sobre os dados que tenham saído de sua esfera própria para converter-se em dados de arquivos eletrônicos.⁸¹⁵ No mesmo sentido, observa RODOTÀ que o espectro de abrangência de proteção da *right to privacy* não reflete mais somente o tema clássico da defesa da esfera íntima contra invasões externas, “mas realiza uma importante mudança qualitativa”.⁸¹⁶ Seu campo de atuação, na visão do autor, “dilatou-se para muito além das informações relacionadas à esfera íntima da pessoa, constituída esta pelos dados que o interessado quer ver excluídos de qualquer tipo de circulação”.⁸¹⁷ Pode-se concluir, pois, que a *privacy* deixou de garantir, unicamente, a intimidade dos indivíduos e passou a resguardar também a vida privada. Esses novos contornos, ressalva PEREIRA, foram delineados justamente porque tais direitos podem ser, hoje, vulnerados por maneiras nas quais não é necessária a presença física do intruso, como nos casos de escutas telefônicas, de fotos tiradas à distância e do uso indevido de dados informáticos.⁸¹⁸

Em função do que se expôs, é necessário deixar bem claro quatro pressupostos adotados para a boa compreensão do que se defenderá a seguir. Primeiro, o *right to privacy* surgiu para proteger a esfera mais íntima dos indivíduos (o direito de estar só), mas com o tempo alargou seu conteúdo, envolvendo também o direito à privacidade. Segundo, o direito à privacidade protege as informações pessoais não públicas, mas que envolvem terceiros (eu com outrem) e o direito à intimidade protege a esfera mais íntima dos indivíduos (eu comigo mesmo). Terceiro, vida privada e privacidade são sinônimos. Quarto, o conflito que aqui se discute diz respeito ao direito à privacidade, pois envolve a transmissão de uma série de informações à Administração tributária.

Estabelecidas estas premissas, defende-se, na linha do que sustenta RODOTÀ, que os problemas contemporâneos da privacidade indicam a necessidade de se garantir um “máximo de opacidade às informações suscetíveis de originar práticas discriminatórias e o máximo de transparência àquelas que, referindo-se à esfera econômica dos sujeitos, concorrem para embasar decisões de relevância coletiva”.⁸¹⁹ Assim, informações relativas a opiniões políticas, fé religiosa, raça, saúde, hábitos sexuais, dados genéticos, que envolvem tanto o direito à intimidade, quanto o

⁸¹⁴ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 26-8.

⁸¹⁵ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na Internet**. Op. cit., p. 119.

⁸¹⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** ... Op. cit., p. 23-4.

⁸¹⁷ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** ... Op. cit., p. 95.

⁸¹⁸ PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na Internet**. Op. cit., p. 112.

⁸¹⁹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** ... Op. cit., p. 35.

direito à privacidade, devem ser plenamente resguardadas, não podendo ser comercializadas, transmitidas ou acessadas por terceiros, cabendo àquele que a detém a obrigação de mantê-las sob absoluto sigilo e responsabilizado, civil e criminalmente, caso haja violação.

Por outro lado, as informações de conteúdo econômico, de pessoas físicas ou jurídicas, resguardadas pelo direito fundamental à privacidade, implicam na garantia de que tais informações não podem ser tornadas públicas. Porém, esse direito, pelo menos no que diz respeito à esfera econômica, deve ceder frente ao interesse coletivo. Não é crível que num Estado social de Direito o órgão arrecadatório não possa ter livre acesso à movimentação financeira dos administrados. A privacidade, nesse caso, só interessa àqueles que têm algo a esconder. Portanto, o acesso a todo e qualquer dado econômico pelo órgão fazendário deve ser irrestrito, mas, obviamente, apenas utilizado para o fim de aferição do fato gerador tributário e, ainda assim, desde que se garanta sua absoluta segurança em relação ao acesso de terceiros. Afinal, como diz Aldemario Araujo CASTRO, quando o Fisco toma conhecimento de informações financeiras dos contribuintes não o faz com o fim de divulgá-las. Pelo contrário, todos os agentes fiscais estão obrigados a resguardar as informações manuseadas sob pena de responsabilidade penal e administrativa.⁸²⁰

Por isso, o acesso aos dados econômicos de todos os cidadãos e empresas, inclusive bancários, não significa ofender o direito fundamental à privacidade, pois a ideia de quebra de sigilo bancário e fiscal está relacionada à comunicação prestada a terceiros. Não há violação da privacidade quando as informações são transferidas, por razões juridicamente aceitáveis, com a manutenção do traço sigiloso por parte do conhecedor.⁸²¹ Essa é, aliás, uma tendência bem visível. Existe, como afirma CASTRO, um nítido movimento internacional de flexibilização do sigilo bancário sem intermediação do Poder Judiciário. As razões justificadoras desta tendência, envolvendo países como Estados Unidos, Espanha, França, Bélgica, Holanda, entre outros, “repousam na necessidade de combate à lavagem de dinheiro oriundo de práticas criminosas e a viabilização em novos patamares, da fiscalização e arrecadação tributárias”.⁸²²

A esfera econômica deve ceder, portanto, parcela da superproteção que lhe foi atribuída no passado. Essa progressiva transparência tem a sua origem na necessidade crescente de recursos

⁸²⁰ CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela lei complementar 105/2001. In: SOUZA, James José Marins de (org.). **Tributação e sigilo bancário**. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 11-26, p. 19-20.

⁸²¹ Sobre a questão do sigilo bancário, cabe observar que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, que autorizava o Fisco a quebrar o sigilo bancário de contribuintes sem autorização judicial, por considerar que havia uma indevida invasão ao direito fundamental da privacidade. Não se concorda com tal decisão, pois, nos termos do voto vencido, da Ministra Carmem Lúcia, “não existe quebra de privacidade do cidadão, mas apenas a transferência para outro órgão dos dados protegidos”. Ademais, determina o § 2º do art. 5º da referida lei, “as informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”. Ou seja, como pode informações de movimentações financeiras totalizadas mensalmente possibilitar qualquer conhecimento da esfera privada de alguém, ainda mais pelo órgão arrecadador?

⁸²² CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo ... Op. cit., p. 12-3.

para o *welfare state*.⁸²³ A privacidade, no contexto pós-moderno, deixa de ser elemento de proteção da propriedade, principalmente, a de origem ilícita.⁸²⁴ Deve-se considerar ainda que o conhecimento da vida econômica dos contribuintes permitirá a efetividade de ditames, também constitucionais, como a pessoalidade dos impostos, a isonomia e livre iniciativa, mediante combate à concorrência desleal daquele que não recolhe a carga tributária devida. Ou seja, a solidariedade exige que se distribua a carga fiscal sobre os cidadãos de forma equitativa.

Afirme-se, ainda, a incompatibilidade entre as ideias de Estado Democrático de Direito e a inacessibilidade da Administração tributária à movimentação econômica dos contribuintes, dado que “os recursos arrecadados via tributação constituem a principal, quiçá, única forma de realização da justiça social”. Conclui-se, pois, que “a presença do interesse público relativiza as restrições ao acesso aos fatos de natureza ou conteúdo financeiro reveladores da vida privada”.⁸²⁵

Existe, portanto, um “núcleo duro”, para se utilizar a expressão de RODOTÀ,⁸²⁶ indevassável a quem quer que seja. Esse núcleo é constituído pelos elementos que compõem o direito à intimidade (segredos, diário íntimo, preferências sexuais, etc.) e aquelas que, pertencendo

⁸²³ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** ... Op. cit., p. 78.

⁸²⁴ É oportuno, neste ponto, destacar que a jurisprudência brasileira ainda não se livrou da origem patrimonialista do direito à privacidade. Um exemplo paradigmático é a jurisprudência trabalhista, na qual a privacidade cede ao poder diretivo do empregador. Segundo a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, “pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho”. Não há, nesse caso, segundo o TST, violação alguma aos direitos estabelecidos nos incisos X e XII do art. 5º da CF/1988. Porém, caso se adotasse a mesma lógica daquela que o STF utilizou para considerar o sigilo bancário inconstitucional o direito de interceptação do conteúdo das mensagens dos e-mails corporativos deveria também ser procedida apenas com autorização judicial. Nesse caso, aliás, por muito mais razão, pois a autorização judicial é expressamente estabelecida no inciso XII. Estas decisões antagônicas apenas refletem a origem histórica da privacidade – a lógica é proteger a propriedade. Aliás, é oportuno trazer à baila, nesse caso, a análise de Tatiana Malta Vieira, autora que ressalta que nem mesmo um juízo de proporcionalidade foi utilizado pelo Tribunal para apontar a violação ao direito fundamental à privacidade. Segundo aduz a autora, a violação do *e-mail* corporativo dos empregados é um meio adequado para se garantir a proteção da imagem da organização, mas fere o sub-princípio da necessidade, pois, segundo aponta, há outros meios menos invasivos à privacidade para se chegar aos mesmos resultados, tais como a auditoria periódica de todos os equipamentos, uma vez que eles guardam registros de todos os *sites* acessados pelos empregados, além de políticas de conscientização dos empregados para a boa utilização dos recursos computacionais da empresa. Além de ferir a necessidade, a autora considera também que há uma violação da proporcionalidade em sentido estrito, caso o rastreamento se dê de forma generalizada das comunicações de todos os empregados e não apenas em relação àqueles em que se identificou suspeita de má conduta. Por isso, assevera que, diante do caso concreto, o TST sequer aplicou o princípio da proporcionalidade, aniquilando o direito à privacidade, ao consolidar o posicionamento de que não se permite sequer “expectativa de privacidade no ambiente de trabalho”. Ademais, a Constituição não estabelece distinção entre comunicação de caráter pessoal e comunicação de caráter profissional, resguardando o sigilo em ambos os casos, pois o que se objetiva proteger não se restringe ao conteúdo da comunicação propriamente dito e muito menos ao meio utilizado e, sim, a intimidade e a vida privada dos interlocutores ou dos destinatários da comunicação. VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação** ... Op. cit., p. 139-142. Em outro exemplo bastante interessante, aponta Castro que na ADIN 1.1790-DF, o Pretório Excelso firmou o entendimento de que “a convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se imperativo da economia da sociedade de massas”. Mas, como questiona o autor, “por que a formação e utilização dos “arquivos de consumo” podem conviver com os direitos à intimidade e vida privada, e a transferência de informações financeiras ao Fisco não”? CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário ... Op. cit., p. 23

⁸²⁵ CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo ... Op. cit., p. 22.

⁸²⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** ... Op. cit., p. 95.

ao núcleo de proteção do direito à inviolabilidade, podem gerar práticas discriminatórias (fé religiosa, opção sexual, informações relativas à saúde, etc.). Informações, entretanto, que concorrem para a satisfação do interesse coletivo devem ter seu âmbito de proteção enfraquecido. É o que ocorre, como já se disse, com as informações de caráter econômico em relação às Administrações tributárias. De todo o modo, mesmo no âmbito mais forte de proteção, ou seja, relativamente às informações protegidas pelo “núcleo duro” da privacidade, esse direito pode ceder frente ao interesse coletivo. É o que ocorre, por exemplo, se determinada pessoa, portadora de HIV, mantiver relações sexuais com diversos parceiros ou parceiras sem dar-lhes conhecimento dessa situação. Nesse caso, seu direito ao segredo deve ceder diante do interesse alheio, com o surgimento de um dever de comunicação.

Os problemas relacionados à privacidade são, portanto, bastante complexos. Remontam à mesma dificuldade verificada na análise do conteúdo jurídico de “interesse público”. Isso porque, a privacidade também traduz um conteúdo impreciso. Ademais, no exame do interesse público, a doutrina busca desconstruir seu conceito, utilizando como argumento a suposta origem autoritária para defender a ideia de que tal interesse não pode sobreviver num Estado democrático de Direito. Na privacidade, a jurisprudência dominante apega-se à sua origem patrimonialista para diminuir a ingerência do Estado nas atividades privadas. Em ambos os casos, perdem de vista que o conteúdo dos conceitos possui um aspecto dinâmico. No caso da privacidade, as mudanças causadas pelas tecnologias da informação, assim como pela engenharia genética, bem como a necessidade de uma distribuição mais correta do ônus fiscal, reclamam mudanças em seu conceito. Além disso, ressalte-se que no Estado social e fiscal retirar das Administrações tributárias a prerrogativa de ter acesso às informações econômicas de seus contribuintes é subtrair do Estado uma função que lhe é essencial.

A questão que envolve o direito fundamental à privacidade ganha, contudo, uma dimensão não presente na problemática relativa ao interesse público. Na questão da privacidade, o problema se intensifica em razão de a população, de um modo geral, consentir em abrir mão de parcelas de sua privacidade, pelo menos em questões comerciais (compras *online*), de relacionamentos pessoais (*sites* de relacionamento) e de segurança pública (câmeras de vigilância). Há uma cessão espontânea de informações da esfera íntima e privada ao conhecimento público. Portanto, não é possível afirmar que os dados íntimos devam ser sempre protegidos e as informações privadas possam ser ponderadas com outros direitos fundamentais.

Examinados, então, o interesse público na arrecadação de tributos e o direito à privacidade, passa-se à análise do conflito existente entre ambos. O recente dilema, aduz VIEIRA, é que, de um lado, os Estados necessitam de cada vez mais informações sobre os cidadãos para o exercício de diversas atividades, como a investigação de evasão tributária, o combate à criminalidade, a formulação de políticas públicas, dentre tantas outras; de outro, deve haver limites

ao uso das informações de caráter pessoal para evitar uma excessiva intromissão na esfera da privacidade das pessoas.⁸²⁷ Por isso, a tensão entre a proteção das informações dos cidadãos e a necessidade de coletar, armazenar e processá-las deve ser ponderada a fim de se buscar a solução mais proporcional e razoável.

O princípio da proporcionalidade “se estrutura na idéia de que os direitos fundamentais, ainda que possam ser restringíveis, não podem ser atingidos no seu núcleo essencial”. Esse núcleo é definido como aquela parte do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia e, por isso, deixa de ser reconhecível como um direito fundamental.⁸²⁸ A ideia que a proporcionalidade enuncia é a de que o ato estatal seja exarado “na extensão e intensidade proporcional ao que seja realmente necessário para o cumprimento da finalidade a que está atrelada”.⁸²⁹ Tal princípio informa toda a Administração pública, bastando que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim colimado. A proporcionalidade tem grande relevo prático, já que a Administração tributária está obrigada a escolher, entre as medidas adequadas para a consecução de um dado fim, aquela que menos restringe os direitos dos contribuintes, ou seja, as vantagens devem superar as desvantagens provocadas pela adoção da medida.⁸³⁰

Para a completa avaliação da proporcionalidade são três os exames a serem providenciados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A necessidade consiste em verificar dentre as medidas disponíveis e igualmente eficazes para atingir um dado fim qual é a menos gravosa em relação aos direitos atingidos. Nesse sentido, o exame da necessidade “envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”. Duas são, assim, as verificações relativas à necessidade: primeiramente, verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, ou seja, verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados. O segundo aspecto para a verificação da proporcionalidade é o da adequação, isto é, analisar se o meio imposto é apropriado para atingir o fim ao qual se propõe. A “adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim”.⁸³¹ Por fim, deve ser proporcional em sentido estrito, isto é, proíbe-se o excesso, devendo as prestações limitarem-se ao suficiente para se atingir os fins pretendidos. Tal critério revela a necessidade de ponderação entre o meio adotado e a limitação

⁸²⁷ VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação ...** Op. cit., p. 235.

⁸²⁸ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a Emenda constitucional n. 53, de 19.12.2006. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 403.

⁸²⁹ CEZAROTI, Guilherme. Aplicação de multa pelo descumprimento de obrigações acessórias: razoabilidade e proporcionalidade em sua aplicação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 148, p. 49-63, jan. 2008, p. 55.

⁸³⁰ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário ...** Op. cit., p. 414.

⁸³¹ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário ...** Op. cit., p. 414.

sofrida pelo indivíduo em parcela juridicamente protegida. A proporcionalidade em sentido estrito consiste, assim, num “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção de medida restritiva”. Desse modo, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito basta que os motivos que fundamentam a sua adoção não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem longe de implicar a não realização de algum direito. Porém, se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.⁸³²

Apesar da existência desses critérios para se aferir a proporcionalidade, em sentido amplo, observa ÁVILA que ela é, na prática, de avaliação bastante difícil. A dificuldade reside no fato de que os meios diferem entre si na promoção do fim, já que uns promovem mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e assim sucessivamente. Em consequência, como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental, mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim, mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o de promoção é inafastável, ou seja, as vantagens causadas pela promoção dos fins devem ser proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio.⁸³³

Enfim, o exame da proporcionalidade é bastante complexo, haja vista que a análise daquilo que será considerado como vantagem e como desvantagem depende de um exame fortemente subjetivo. Sobre tal questão, ÁVILA defende que se não for possível avaliar a proporcionalidade de uma imposição estatal, em virtude da dificuldade de se comparar todos os meios em todos os seus aspectos, “deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro”.⁸³⁴ Portanto, a aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio contribui-se para a promoção do fim.

Já a razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre meio e fim, mas exige o agir com moderação, bom senso e coerência. Ela impõe, como preceitua ÁVILA, os deveres de equidade, congruência, coerência e equivalência entre a imposição estabelecida e as consequências dela advindas. A razoabilidade-equidade é utilizada como critério que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, seja mostrando sob qual

⁸³² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, 2002, p. 40-1.

⁸³³ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário ...** Op. cit., p. 420.

⁸³⁴ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário ...** Op. cit., p. 421.

perspectiva a norma deve ser aplicada, seja indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. A razoabilidade-congruência exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, reclamando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. A razoabilidade-equivalência é utilizada como critério que exige a relação de equivalência entre duas grandezas, como ocorre no caso da exigência de correspondência entre a pena e a culpa, ou entre a taxa e o serviço público prestado. Por fim, a razoabilidade-coerência é diretriz que exige a consistência entre os elementos constantes de uma regra jurídica, proibindo a validade de normas que instituem deveres contraditórios ou sem qualquer sentido prático.⁸³⁵

Assim, enquanto a razoabilidade tem uma função negativa – não ultrapassar os limites do juridicamente aceitável –, a proporcionalidade teria uma função positiva, a de demarcar os limites e indicar como se mantém dentro deles.⁸³⁶ Tais princípios expressam, em consequência, construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que têm objetivos semelhantes, o que não significa dizer que têm a mesma função.⁸³⁷ Revelam-se, em verdade, como bons critérios para se avaliar a validade jurídica dos controles tecnológicos impostos aos contribuintes.

Indubitavelmente, tais controles informáticos são absolutamente adequados ao fim ao qual se propõe, ou seja, são instrumentos bastante eficientes na busca do objetivo desejado, que é o incremento da capacidade de controle das atividades econômicas dos sujeitos passivos. Os controles eletrônicos atendem também ao requisito da necessidade. Afinal, é até possível que haja meios alternativos que promovam igualmente o fim, como a contratação de mais pessoal, por exemplo. Porém, certamente, a alternativa eletrônica promove o fim mais rapidamente e com menos dispêndio. Ademais, qualquer solução que se dê para a ampliação dos exames fiscalizatórios e arrecadatários, seja por meio de pessoal, seja pelos controles informáticos, ambos restringirão, na mesma medida, o direito fundamental à privacidade dos contribuintes. Por fim, quanto à proporcionalidade *stricto sensu*, as prestações devem limitar-se ao suficiente para atingir os fins objetivados. Nesse ponto é que a análise dos controles tributários eletrônicos se torna bem mais difícil, porque há, sem dúvida, um aumento vertiginoso da quantidade das obrigações acessórias eletrônicas, bem como, da complexidade dos dados a serem prestados. Isso implica custo de gestão tributária e ampliação de riscos à autuações por má prestação das informações. Porém, tal avaliação tem cunho bastante subjetivo, o que obriga a considerar que deve ser respeitada, pelo menos por ora, a escolha da autoridade competente.

Entende-se, também, que a instituição desses mecanismos eletrônicos de controle atende

⁸³⁵

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário** ... Op. cit., p. 438-9.

⁸³⁶

LOBO, Rogério Leite. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e o direito tributário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 241-255, jan/mar de 2005, p. 245.

⁸³⁷

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Op. cit., p. 27.

ao princípio da razoabilidade, ressaltando, como já dito, os aspectos da complexidade e dos custos econômicos envolvidos. Adota-se tal posição, pois se compreende que a redução da esfera de proteção do direito à privacidade para garantir o incremento da eficiência arrecadatória e do interesse público no aumento das receitas tributárias pela ampliação da base tributária, justifica-se em face dos maiores benefícios advindos da atenuação desse direito que na sua prevalência.

Ademais, ainda dentro do exame da razoabilidade, deve-se observar que as informações que as empresas devem prestar ao Fisco são aquelas ínsitas às suas atividades econômicas, as quais, ordinariamente, já devem ser prestadas. Por isso, não podem ser consideradas como partes do espaço privado dos sujeitos passivos em relação ao Fisco. O direito fundamental à privacidade não pode ser justificativa para que os contribuintes escondam do Estado seus fatos jurídicos tributários, pois a Constituição não resguarda um direito à privacidade injustificável.

Deve-se, entretanto, ressaltar que a facilidade tecnológica, o interesse público na arrecadação de tributos e a eficiência arrecadatória não podem significar o direito de se devassar a vida dos cidadãos e das empresas. Para que essas novas obrigações cibernéticas sejam razoáveis, limites devem ser impostos ao Estado. Tais limites são econômicos (os custos para os contribuintes não podem inviabilizar o desenvolvimento das atividades econômicas, verificação que requer uma análise tanto da quantidade de obrigações como do seu conteúdo), de segurança (o Estado deve garantir a inviolabilidade dos dados coletados) e de contexto (somente podem ser utilizadas para o fim a que se destinam). Impõe-se, assim, a necessidade de simplificação da gestão tributária e que a tecnologia beneficie ambos os lados relação tributária.

Portanto, o problema maior reside na quantidade e qualidade dos dados coletados, muitas vezes desproporcionais quando se compara com os fins perseguidos. Além do mais, uma vez coletados devem receber um tratamento seguro, de forma a garantir sua integridade, autenticidade e sigilo. Em função disso, na linha do que ensina VIEIRA, são três os parâmetros que devem nortear o poder público na gestão dos dados coletados: quantidade e qualidade dos dados aos fins perseguidos, acesso restrito a pessoas que tenham necessidade de conhecer e preservação da segurança em todas as fases do tratamento da informação.⁸³⁸

Diante do que se expôs, percebe-se, claramente, que os problemas se tornam, cada vez mais, de difícil avaliação. Não é simples escolher entre os dois valores em jogo para se decidir qual deve prevalecer e em qual medida. Necessita-se, no entanto, assegurar a convivência entre a garantia dos direitos individuais e uma progressiva abertura da sociedade. Obviamente, tal abertura não implica o direito do Estado conhecer aquela parcela de informações dos cidadãos localizadas no “núcleo duro” da privacidade. Mas sendo o Estado o ator mais importante na função de distribuição equitativa do ônus fiscal, deve, sem embargo, ampliar sua eficiência e ter acesso, de forma ampla e

838

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação** ... Op. cit., p. 233.

irrestrita, aos dados econômicos de seus administrados. Por isso, deve-se buscar um justo equilíbrio entre a noção individualista da privacidade e a satisfação das exigências sociais, pois nem a eficiência legitima o uso indiscriminado das ferramentas de controle pelo Estado e nem, tampouco, o interesse público dá-lhe o poder de invadir a esfera mais íntima das pessoas.

6.6 CIDADANIA DIGITAL E LEGITIMIDADE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Na sociedade da informação, a utilização das novas tecnologias da informação e da comunicação torna-se, cada vez mais, um fator decisivo para que cada indivíduo possa exercer inteiramente sua cidadania. Por isso, a exclusão digital é mais um complexo problema a ser considerado para a plena inserção do indivíduo. Tal exclusão, porém, não diz respeito apenas ao problema do acesso ou não acesso às novas tecnologias. Para além de existirem diferentes graus de qualidade de acesso às novas tecnologias, há também mais algumas relevantes questões a serem consideradas, que vão desde a falta de conhecimento técnico para utilizá-las, passando pela dificuldade de uso de pessoas com algum tipo de deficiência (visual, por exemplo) e chegando até àquelas pessoas que mesmo com formação educacional e capacidade financeira adequadas para a satisfatória adaptação ao mundo digital não o conseguem por serem uma parcela das pessoas denominadas de “migradas”.⁸³⁹

Nesse cenário, a legitimidade do Estado Fiscal Vigilante não pode se limitar tão somente à busca do interesse público na eficiência arrecadatória. A legitimação do panóptico fiscal, e numa perspectiva mais ampla da própria sociedade da informação, requer que os indivíduos sejam capazes de ter acesso de qualidade e de saberem utilizar as novas tecnologias. Faz-se necessário, pois, examinar a questão da cidadania no seu aspecto digital.

A ideia de cidadania surgiu na antiguidade clássica. Estabelecia “o elo entre o homem livre e a cidade, reconhecendo-lhe direitos e impondo-lhe obrigações, orientando-lhe a conduta cívica e despertando-lhe a consciência das virtudes”.⁸⁴⁰ Indicava “a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer”.⁸⁴¹ Em Roma, a cidadania abrangia os “direitos de estado civil, de residência, de sufrágio, de matrimônio, de herança, de acesso à justiça, enfim, todos os direitos individuais na órbita civil”. Ser cidadão era ser membro de pleno direito da

⁸³⁹ As pessoas nascidas a partir da década de 90 são as “digital-nativas”, ou seja, as que nasceram após o advento da sociedade da informação. As demais são consideradas migradas, isto é, aquelas que se esforçam em se adaptar em uma sociedade baseada em aparatos tecnológicos revolucionários. FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. *Redes sociais: sociedade tecnológica e inclusão digital*. In: Marcos Wachowicz. (Org.). **Direito da sociedade da informação & propriedade intelectual**. Curitiba: Juruá, 2012, v. 1, p. 43-65, p. 51.

⁸⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 243-341, p. 247.

⁸⁴¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 10

cidade.⁸⁴² A cidadania designa, em consequência, uma relação de pertencimento de um indivíduo a uma comunidade politicamente organizada e que lhe atribui um conjunto de direitos e deveres.⁸⁴³ Em função disso, “quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”.⁸⁴⁴

Cidadania define-se, portanto, como o “direito a ter direitos”.⁸⁴⁵ Porém, ter direitos não apenas civis, mas também o de participar das decisões políticas, o de eleger representantes e o de influir diretamente na condução dos negócios da cidade. Na Grécia antiga, por exemplo, os cidadãos atenienses participavam das assembleias do povo, tinham plena liberdade de palavra e votavam as leis que governavam a cidade, tomando decisões políticas.⁸⁴⁶ A cidadania antiga, entretanto, não era aplicável a todos os habitantes da cidade. Estavam excluídos os estrangeiros, as mulheres e os escravos. Na Antiguidade, observa Liszt VIEIRA, “o homem era um ser sem direitos, por oposição ao cidadão. Na era moderna, o homem é um sujeito de direitos não apenas como cidadão, mas também como homem”. Assim, se em Roma o escravo era o homem sem direitos, na República moderna os direitos civis são reconhecidos a todos, são direitos naturais do homem. Esse novo *status* do homem foi fruto do Renascimento que preparou o caminho para o advento da cidadania moderna no século XVIII, durante as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789). Conforme consagrado na Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa, todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, donde se irradiaram as liberdades civis de consciência, expressão, opinião e associação, bem como os direitos à igualdade e à propriedade.⁸⁴⁷

A cidadania comporta, por conseguinte, mais de um conjunto de direitos. Conforme explica José Murilo de CARVALHO são três as dimensões da cidadania: civil, política e social. O cidadão pleno, aduz o autor, seria aquele que é titular dos direitos nessas três esferas. Os indivíduos que não possuem nenhum direito são os não cidadãos e os demais são os cidadãos incompletos. Na órbita civil, explica CARVALHO que os direitos são aqueles inerentes à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Se desdobram no direito de ir e vir, de pensamento, de organizar-se, da inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso senão pela autoridade competente. Sua pedra de toque é a liberdade individual. Garantem a vida em sociedade. Os direitos políticos, por sua vez, são os relativos à participação do cidadão no governo da sociedade (votar, ser votado, organizar partidos políticos). Garantem a participação no governo da sociedade. Finalmente, os direitos sociais asseguram a participação dos indivíduos na riqueza coletiva. Incluem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à aposentadoria, entre outros. A sua

⁸⁴² VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997, p. 27.

⁸⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. Op. cit., p. 251.

⁸⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. Op. cit., p. 14.

⁸⁴⁵ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Op. cit., p. 22.

⁸⁴⁶ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Op. cit., p. 27-8.

⁸⁴⁷ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Op. cit., p. 28-9.

efetividade depende da existência de uma eficiente máquina administrativa do Poder Executivo. Os direitos sociais permitem às sociedades politicamente organizadas garantirem um mínimo de bem-estar para todos os seus cidadãos.⁸⁴⁸

Relativamente ao desenvolvimento histórico da cidadania, esclarece CARVALHO que T. A. Marshall, autor que desenvolveu a distinção entre as suas várias dimensões, expôs, também, que a sua evolução, na Inglaterra, se deu com muita lentidão. No século XVIII, ensina o autor, surgiram os direitos civis, os quais serviram de base para que os ingleses reivindicassem o direito de votar e participar do governo, surgindo assim os direitos políticos no século seguinte. A maior participação política permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que foram os responsáveis pela introdução dos direitos sociais, no século XX. Há, no entanto, uma exceção importante na sequência apresentada: trata-se da educação popular, definida historicamente como um direito social, mas que tem sido, normalmente, pré-requisito para expansão dos outros direitos. É a educação, afirma CARVALHO, que permite às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles, razão pela qual sua ausência é um “dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política”.⁸⁴⁹

Como se constata, a “cidadania é um fenômeno histórico”. O percurso acima apontado, todavia, é peculiar à Inglaterra, isto é, o seu desenvolvimento seguiu rumos distintos nos mais diversos países. O Brasil, por exemplo, seguiu caminho próprio com, pelo menos, duas importantes diferenças da experiência inglesa: a maior ênfase nos direitos sociais e a sequência em que os direitos foram adquiridos, pois, aqui, o social precedeu aos demais.⁸⁵⁰

Importante aspecto derivado da natureza histórica da cidadania é que a luta pelos direitos sempre ocorreu dentro das fronteiras geográficas e políticas do Estado-nação. Na Revolução Francesa o que se travou foi uma luta política nacional. Por tal razão, o cidadão que dela emergiu era também nacional. Isto significa que a construção da cidadania tem a ver com a relação das pessoas com o Estado e com a nação. As pessoas se tornavam cidadãs à medida que passavam a se sentir parte de uma nação e de um Estado.⁸⁵¹ Tal vinculação “significa que o indivíduo terá todos os direitos que a lei assegura aos cidadãos daquele Estado, tendo também o direito de receber a proteção de seu Estado se estiver em território estrangeiro”.⁸⁵² Em consequência, a nacionalidade é um importante elemento para a compreensão da cidadania, pois é no quadro da comunidade nacional que os direitos podem ser exercidos.⁸⁵³

⁸⁴⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 9-10.

⁸⁴⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Op. cit., p. 10-11.

⁸⁵⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Op. cit., p. 11-12.

⁸⁵¹ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Op. cit., p. 12.

⁸⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. Op. cit., p. 15.

⁸⁵³ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Op. cit., 1997, p. 30-1.

Foi também com a Revolução Francesa que a concepção de cidadania se expandiu para abranger os direitos fundamentais do homem.⁸⁵⁴ Com a Declaração Francesa de 1789 a cidadania adquiriu uma dimensão universal, no sentido de que os direitos ali consagrados deveriam ser reconhecidos a todos os homens: “era o indivíduo como centro abstrato de uma ordem na qual as diferenças culturais e regionais não contavam”.⁸⁵⁵ Em consequência, como explica VIEIRA, recentes concepções procuram dissociar cidadania e nacionalidade. A cidadania teria uma dimensão puramente jurídica e política, afastando-se da dimensão cultural existente em cada nacionalidade. Com isso, a cidadania, assim como os direitos humanos, teria uma proteção transnacional, de modo que seria possível pertencer a uma comunidade política e ter participação independentemente da questão da nacionalidade.⁸⁵⁶

Essa é, por exemplo, a posição de Javier BUSTAMANTE. O autor explica que Aristóteles afirmava que a *polis* não podia se estender além do alcance da voz dos cidadãos, pois sua essência era o diálogo democrático que se manifestava na *ágora* como ponto de encontro. Porém, os processos de unificação política foram potencializados pelo impulso das tecnologias de comunicação da época, como o bonde. Como diz o autor, ninguém tinha consciência de ser italiano quando o trajeto de Veneza a Nápoles era feito arduamente a pé ou a cavalo. Podia-se ser veneziano ou napolitano, mas não italiano. No momento em que o bonde encurtou a distância, a consciência nacional começou a parecer natural. A cidadania deixou, então, de ser baseada na participação em um espaço físico comum.⁸⁵⁷

Hoje, as distâncias se anulam e o território se desterritorializa através do ciberespaço. O mundo se reduz quando o tempo encurta, o que torna, atualmente, a transformação do tempo em espaço muito mais radical. Isso ocorre primeiro porque poucos conhecimentos ficam ocultos da opinião pública mundial. As telecomunicações permitem esse diálogo, no qual aparece a figura do “prossumidor”, produtor e consumidor ao mesmo tempo do conhecimento que flui pela internet. Se a voz dos cidadãos se estende além da fronteira da *polis*, não há mais razão para manter uma barreira que os fluxos digitais atravessam com facilidade. Ademais, as informações se propagam de modo instantâneo nas redes, o que converte seus receptores em protagonistas, isto é, as pessoas, mesmo distantes, adquirem condições de modificar o curso dos acontecimentos.⁸⁵⁸ Enfim, as novas tecnologias potencializam o processo de universalização da cidadania, embora as fronteiras geográficas do Estado-nação representem ainda um importante obstáculo para que ela adquira um

⁸⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. Op. cit., p. 247.

⁸⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. Op. cit., p. 302.

⁸⁵⁶ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Op. cit., p. 32.

⁸⁵⁷ BUSTAMANTE, Javier. Poder comunicativo, ecossistemas digitais e cidadania digital. SILVEIRA, Sergio Amadeu da (Org.). **Cidadania e redes digitais**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil: Maracá – Educação e Tecnologias, 2010, pp. 11-35, p. 21.

⁸⁵⁸ BUSTAMANTE, Javier. Poder comunicativo, ecossistemas digitais ... Op. cit., p. 23.

mesmo sentido ou que incorpore o mesmo conjunto de direitos em todo o planeta.

A natureza histórica da cidadania, assim como a dos direitos, implica, outrossim, outra relevante consequência: “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.⁸⁵⁹ Nesse sentido, observa Norberto BOBBIO que o conjunto dos direitos do homem se modifica continuamente com a mudança das condições históricas, ou seja, “dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc”. Por isso, direitos declarados com intocáveis no século XVIII, como o direito à propriedade, foram submetidos a importantes restrições nas Constituições contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os sociais, são agora valorizados nas mais recentes cartas constitucionais. Não é difícil imaginar que no futuro, prevê BOBBIO, “poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer pode-se imaginar”.⁸⁶⁰

Esse é o caso do direito ao acesso e à utilização das modernas tecnologias digitais. Como afirma André LEMOS, “estar inserido digitalmente passa a ser considerado um direito dos cidadãos e uma condição fundamental para a sua existência no mundo da informação e da comunicação globais”.⁸⁶¹ Isso ocorre, pois, cada vez mais, os indivíduos são chamados a participar de um mundo no qual a comunicação e a informação se tornam elementos centrais. Aqueles que estão alheios à vida no ciberespaço, seja por questões de pobreza (acesso às tecnologias), educação (conhecimento técnico) ou dificuldade de adaptação (migrados ou deficientes físicos), sofrem, paulatinamente, um processo de exclusão digital, que pode se somar a outras exclusões históricas como a econômica, religiosa, étnica, cultural, agravando ainda mais o exercício da cidadania.

Em função disso, assevera Pierre LÉVY que se impõe buscar o acesso para todos. Mas não se deve entender por isso um acesso apenas ao equipamento ou, simplesmente, um acesso ao conteúdo. O direito de acesso, explica o autor, deve ser compreendido numa perspectiva mais ampla, vale dizer, “um acesso de todos aos processos de inteligência coletiva (...), de expressão das singularidades, de elaboração dos problemas, de confecção do laço social pela aprendizagem recíproca, e de livre navegação nos saberes”. A perspectiva traçada, esclarece LÉVY, não busca a fuga do “território para perder-se no virtual, nem a que um deles imite o outro, mas antes a utilizar o virtual para habitar ainda melhor o território, para tornar-se seu cidadão por inteiro”.⁸⁶²

O direito ao acesso e à utilização das modernas tecnologias digitais é, assim, mais um a ser inserido na dimensão civil da cidadania. É importante ressaltar, porém, que a exclusão digital se caracteriza “não apenas pelo acesso físico a computadores e à conectividade, mas também a

⁸⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 19.

⁸⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Op. cit., p. 18.

⁸⁶¹ LEMOS, André. **Cidade digital: portais, inclusão e redes no Brasil**. Salvador: EDUFBA, 2007, p. 36.

⁸⁶² LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 196.

recursos adicionais, que permitem que as pessoas utilizem a tecnologia de modo satisfatório”. Por isso, na busca da formação de um “cidadão por inteiro”, o processo educacional é um fator fundamental, uma vez que o mero acesso às novas tecnologias de nada servirá se as pessoas não possuírem o conhecimento mínimo necessário para as utilizarem de forma eficiente. Exclusão digital não implica, ademais, uma “cisão bipolar da sociedade”. Não há “uma divisão binária entre ter informação e não ter informação, mas sim uma gradação baseada em diversos graus de acesso à tecnologia da informação”.⁸⁶³ A presença ou não “de equipamento de informática constitui apenas uma pequena parcela do contexto mais amplo que molda a maneira pela qual as pessoas podem, de fato, utilizar as novas tecnologias”.⁸⁶⁴ Na mesma toada, afirma Manuel CASTELLS que:

A info-exclusão fundamental não se mede pelo número de ligações à Internet, mas sim pelas consequências que tanto a ligação como a falta de ligação comportam, porque a Internet não é apenas uma tecnologia: é o instrumento tecnológico e a forma organizativa que distribui o poder da informação, a geração de conhecimentos e a capacidade de ligar-se em rede em qualquer âmbito da atividade humana.⁸⁶⁵

Por sua vez, destaca Evandro Prestes GUERREIRO que não é suficiente apenas ler as informações, o importante é transformá-las em conhecimento.⁸⁶⁶ Desse modo, “ainda que o acesso aos meios tecnológicos (...) seja facilitado, (...) isto não fará com que todos os consumidores sejam capazes de usufruir destes produtos/serviços”.⁸⁶⁷ Por isso, não basta apenas dispor de uma infraestrutura moderna de comunicação, é preciso competência para transformar informação em conhecimento.⁸⁶⁸ Exatamente, por isso, afirma Bernardo SORJ que “o sistema escolar tem um papel central na educação dos futuros cidadãos para o uso das potencialidades da internet e para o controle dos riscos oferecidos”. Para o autor, o “problema último da exclusão digital não é o acesso à tecnologia, mas a capacidade de interpretar criticamente a informação que circula na internet”.⁸⁶⁹ Afinal, como diz Marc GUILLAUME, “informação não é saber”, isto é, o mero acesso à informação não pode ser confundido com o acesso ao saber e ao conhecimento. Para o referido autor, a assimilação de conhecimentos pela mente humana demanda, hoje, tanto tempo e esforço quanto requisitou no passado. As interfaces técnicas não alteraram essa regra, mas só facilitaram a

⁸⁶³ WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e inclusão social**: a exclusão digital em debate. São Paulo: SENAC São Paulo, 2006, p. 21-3.

⁸⁶⁴ WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e inclusão social** ... Op. cit., p. 56.

⁸⁶⁵ CASTELLS, Manuel. **A galáxia internet**: reflexões sobre internet, negócios e sociedade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 311.

⁸⁶⁶ GUERREIRO, Evandro Prestes. **Cidade digital**: infoinclusão social e tecnologia em rede. São Paulo: SENAC São Paulo, 2006, p. 206.

⁸⁶⁷ EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Sociedade de informação: direito à inclusão digital. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 12, p. 87-103, jul./dez. 2009, p. 101.

⁸⁶⁸ TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 7.

⁸⁶⁹ SORJ, Bernardo. Internet, espaço público e marketing político: entre a promoção da comunicação e o solipsismo moralista. **Novos Estudos**, CEBRAP, São Paulo, n° 76, p. 123-136, nov./2006, p. 136.

obtenção do saber em uma medida limitada. Na verdade, explica o autor, o que as novas tecnologias acrescentaram foi apenas a exteriorização do saber. Por isso, “a acumulação sem assimilação periga produzir quase-saberes estritamente especializados, que perigam ser desprovidos de coerência de conjunto, desprovidos de inteligência adicionada e de questionamento criativo”.⁸⁷⁰

Em consequência, pode-se definir exclusão digital como a “falta de capacidade técnica, social, cultural, intelectual e econômica de acesso às novas tecnologias e aos desafios da sociedade da informação”. Ou seja, tal exclusão não deve ser vista de forma meramente técnica ou econômica, mas, principalmente, nas suas faces cognitiva e social. A perspectiva tecnocrática deve ser abandonada em prol de uma visão mais complexa do processo de inclusão. Em função disso, a ação de incluir deve ser entendida sob uma perspectiva que busque a ampliação dos capitais técnico, cultural, social e intelectual, de tal modo que a inclusão digital é um processo que deve contar com ações nas seguintes dimensões: econômica, no sentido de se ter condições financeiras de acesso às novas tecnologias; cognitiva, ou seja, dotar o indivíduo de uma visão crítica e de capacidade independente de uso e apropriação dos novos recursos digitais; e técnico, vale dizer, oferecer às pessoas conhecimentos operacionais de utilização de programas informáticos e de acesso à internet. Incluir requer, assim, o desenvolvimento de habilidades cognitivas, que possibilitem transformar informação em conhecimento e utilização em apropriação.⁸⁷¹

Portanto, no novo paradigma gerado pela sociedade da informação, a universalização dos serviços de informação e comunicação é condição fundamental, ainda que não exclusiva, para a inserção dos indivíduos como cidadãos, para se construir uma sociedade da informação para todos.⁸⁷² Uma sociedade excludente, como diz George de Souza ALVES, “neutraliza as possibilidades de conexão e inclusão que a tecnologia digital deveria implicar, fazendo dela um meio de agravamento da desigualdade social”.⁸⁷³ A desigualdade entre os que têm acesso às novas tecnologias e os que não têm “amplia ainda mais o hiato da desigualdade e da exclusão social”.⁸⁷⁴ O que precisa ser feito, pois, é inverter a lógica excludente, na qual uma reforça a outra numa iteração circular. Como diz LEMOS, a inclusão digital deve ser uma facilitadora de outras inclusões, de modo que “deve ser pensada como uma estratégia para a inclusão social das camadas mais desfavorecidas da população, transcendendo os modismos que se agregaram ao conceito”.⁸⁷⁵

É possível concluir, diante desse contexto, que não há uma relação necessária entre

⁸⁷⁰ GUILLAUME, Marc. A revolução comutativa. In: PARENTE, André (Org.). **Tramas da rede**. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 142-160, p. 156.

⁸⁷¹ LEMOS, André. **Cidade digital: portais, inclusão e redes no Brasil**. Op. cit., p. 41-3.

⁸⁷² TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da informação no Brasil ...** Op. cit., p. 31.

⁸⁷³ ALVES, George de Souza. As tecnologias digitais e seus modos de subjetivação do indivíduo contemporâneo. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 214-229, p. 214.

⁸⁷⁴ CASTELLS, Manuel. **A galáxia internet ...** Op. cit., p. 287.

⁸⁷⁵ LEMOS, André. **Cidade digital ...** Op. cit., p. 39.

exclusão social e exclusão digital, do mesmo modo que incluir digitalmente não significará, forçosamente, uma inclusão social. Porém, não há dúvida que a exclusão social empurra os indivíduos para a exclusão digital e que esta agrava aquela. Assim, se, por um lado, a falta de acesso à informática e à internet reduz as oportunidades, o inverso também é verdadeiro, uma vez que aqueles que já estão marginalizados terão menos oportunidades de acesso e de uso da informática e da internet.⁸⁷⁶ Cabe, no entanto, observar que não é a tecnologia que “cria a desigualdade, ela apenas reforça a exclusão que a própria sociedade gera em suas relações no sentido de manter o poder e o saber concentrados”.⁸⁷⁷

Dados compilados por Cinthia Obladen de Almendra FREITAS demonstram que, em 2009, pessoas que acessaram a internet, de casa ou do trabalho, não passaram de 37 milhões e que quase 65 milhões de pessoas acima de 16 anos são os usuários da internet, considerando também o acesso de ambientes públicos (bibliotecas, *lan houses*, escolas, etc). Outra constatação importante levantada pela autora é que 28% dos domicílios urbanos possuem computador e 20% do acesso à internet. Nas áreas rurais, estes percentuais são, respectivamente, 8% e 4%. Ademais, constata FREITAS que nos domicílios urbanos pertencentes às classes econômicas “D” e “E” o acesso à internet é praticamente inexistente, enquanto nos domicílios da classe “A” o acesso é quase universal. Outra questão importante observada é que os custos dos equipamentos são um fator impeditivo muito relevante, seja no que se refere à posse de equipamentos, seja no que diz respeito ao acesso à internet. Porém, este fator não é o principal obstáculo à inclusão digital. Fazendo, então, referência a relatório produzido pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil de 2009 aponta a autora que a principal barreira para a inclusão digital é a “falta de habilidade com essas tecnologias”.⁸⁷⁸

Torna-se óbvio, a partir dos números apresentados, que o processo de legitimação do Estado na utilização intensa de serviços tecnológicos não será uma tarefa fácil. Afinal, as novas tecnologias devem trazer benefícios para todos e não, ao contrário, ser mais uma trincheira a separar ricos e pobres. Por isso, o papel do Estado na questão da inclusão digital é essencial para a minimização do problema, seja na criação de locais para o acesso público, gratuito e de qualidade às redes digitais, seja no processo de formação educacional dos cidadãos e de redução das desigualdades econômicas da sociedade. Cabe ao Estado, portanto, a tarefa de incorporação dos segmentos sociais menos favorecidos à sociedade da informação, além de ter a responsabilidade de induzir o setor privado a se envolver no movimento de universalização digital.⁸⁷⁹

⁸⁷⁶ WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e inclusão social** ... Op. cit., p. 21-3.

⁸⁷⁷ ALVES, George de Souza. As tecnologias digitais e seus modos ... Op. cit., p. 214.

⁸⁷⁸ FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Redes sociais: sociedade tecnológica ... Op. cit., p. 54-5.

⁸⁷⁹ TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da informação no Brasil** ... Op. cit., p. 33. No entanto, como aponta André Lemos, uma das principais ações criadas pelo governo para combater a exclusão foi o FUST - Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações através da lei nº 9.998/2000. O FUST foi criado para que todos, especialmente os das regiões mais pobres do país pudessem ter disponíveis serviços de telecomunicações. Os recursos são provenientes da contribuição de 1% da receita operacional bruta das operadoras de telecomunicações. Já existem

Outras importantes conclusões sobre a exclusão digital relativas, contudo, à sociedade estadunidense, feitas por CASTELLS, merecem ser destacadas. Demonstra o autor que há forte concentração na utilização da internet por pessoas com altos rendimentos financeiros em detrimento da população de baixa renda, situação que ocorre também entre os que têm curso superior e os que são pouco escolarizados, entre os jovens (até 24 anos) e os idosos (população acima de 50 anos) e entre aqueles que têm emprego e os desempregados. Aponta ainda o autor que a “info-exclusão” também não é alheia à cor da pele, havendo entre os brancos e os asiáticos uma concentração muito maior de acesso à rede do que entre os negros e os hispânicos.⁸⁸⁰ Como bem resume Peter LEVINE, renda, raça, escolaridade e idade indicam se as pessoas usam computadores e suas redes ou não.⁸⁸¹ No entanto, demonstra numericamente CASTELLS que não há entre esses grupos uma cisão bipolar, havendo entre os dois pólos apresentados diversos graus de inclusão digital.⁸⁸² Em síntese, como diz WARSCHAUER, “não existe divisão binária e fator único predominante para a determinação da exclusão digital”.⁸⁸³

Em função do que se expôs, pode-se afirmar que as novas tecnologias da informação e da comunicação são instrumentos, ao modo do deus Janus, de dupla face. Se de um lado promovem maior integração entre os povos, ampliam as possibilidades de participação no processo democrático, oferecem diversas novas oportunidades sociais e econômicas, de outro podem, também, “gerar um fosso social cada vez maior e de proporções inimagináveis para a humanidade”.⁸⁸⁴ O maior acesso à informação tem o condão de promover sociedades mais democráticas, mas também o de “gerar uma nova lógica de exclusão, acentuando as desigualdades e exclusões já existentes, tanto entre sociedades, como no interior de cada uma, entre setores e regiões de maior e menor renda”.⁸⁸⁵

Por isso, sem dúvida, a exclusão digital é um fator importante de deslegitimação do panóptico tributário. A tecnologia cria mais uma barreira para que os cidadãos possam realizar seus deveres tributários de forma satisfatória. Não bastasse a dificuldade de se entender as leis tributárias, de se verem num emaranhado de obrigações acessórias eletrônicas impostas pelos diversos entes tributários, os cidadãos têm ainda a dificuldade adicional de realizar tais tarefas na “centralidade de sua casa” e sem o apoio do órgão solicitante. Se, por um lado, a oferta de serviços disponíveis na *web* facilita a vida de muitos (os incluídos), por outro, os excluídos têm sua vida

nos caixas do governo R\$ 2,7 bilhões. Entretanto, nenhuma parte dos recursos foi efetivamente empregada até hoje, sendo utilizado pelo governo apenas para fazer *superávit* primário. LEMOS, André. **Cidade digital** ... Op. cit., p. 39.

⁸⁸⁰ CASTELLS, Manuel. **A galáxia internet** ... Op. cit., p. 288-9.

⁸⁸¹ LEVINE, Peter. The internet and civil society. In: GEHRING, Verna V., **The internet in public life**. Lanham: Rowman & Littlefield, 79-98, 2004. Disponível em http://www.imdp.org/artman/-publish/article_29.shtml. Acesso em 25/12/2012, p. 21.

⁸⁸² CASTELLS, Manuel. **A galáxia internet** ... Op. cit., p. 288-9.

⁸⁸³ WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e inclusão social** ... Op. cit., p. 21.

⁸⁸⁴ GUERREIRO, Evandro Prestes. **Cidade digital** ... Op. cit., p. 159.

⁸⁸⁵ TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da informação no Brasil** ... Op. cit., p. 7.

ainda mais dificultada, pois os órgãos públicos, ao disponibilizarem os serviços pela via virtual, os restringem pela via presencial. Essa situação cria outro problema grave: torna os mais pobres ainda mais suscetíveis às penalidades tributárias pelo mau cumprimento de seus deveres tributários.

Na sua face positiva, porém, a internet foi visualizada como um instrumento revolucionário da democracia e, assim, da própria cidadania. Antonio NEGRI e Michael HARDT, por exemplo, preconizaram que a internet seria o novo espaço da multidão, como um importante *locus* de contestação do poder do “Império”. Para os autores, a internet é o “principal exemplo dessa estrutura de rede democrática. Um número indeterminado e potencialmente ilimitado de nós, interconectados, comunica-se sem ponto central de controle”.⁸⁸⁶ Nesta perspectiva, como explica Paulo VAZ, “a internet determinaria o fim da intermediação dos políticos e o fim da representação. Seria a nova *ágora* grega, pois todos participariam das votações sobre o destino político. A cidadania seria reconquistada ao se eliminar a passividade e a mediação”. Tais esperanças democráticas, conclui VAZ, decorreram das características da rede: “a potencialização do indivíduo por torná-lo ubíquo, a informação acessível de todo lugar porque descentrada, o fim da mediação pela proximidade de todos e de tudo, um espaço do e para o pensamento”.⁸⁸⁷

No entanto, observa SORJ que recentes trabalhos questionam o papel renovador dos novos meios de comunicação sobre a vida política. Uma das críticas se sustenta no conceito de elo social, que só poderia se estabelecer efetivamente a partir do encontro físico entre as pessoas. A sociabilidade virtual, na visão destes estudiosos, romperia com as bases da interação cara a cara, impedindo a formação da *ágora*. O ambiente virtual, nessa perspectiva, corromperia o fundamento do espaço público e aumentaria as possibilidades de controle da população pelo Estado.⁸⁸⁸

LEVINE, na mesma perspectiva, aponta cinco problemas da internet, os quais enfraquecem o seu potencial democrático. Primeiro, a questão já debatida da menor capacidade das pessoas mais pobres de acessar e usar a internet. Em segundo lugar, a diminuição de relações sociais fundadas no contato físico, o que, no entendimento do autor, fragiliza a construção de laços sociais mais sólidos. Um terceiro aspecto diz respeito à tendência ao fechamento dos grupos, o que impossibilitaria o necessário contato com posições diversas e com o debate público. A internet estimularia, ainda, a transformação dos indivíduos em meros consumidores de produtos, assim como em consumidores de crenças já pré-concebidas. E, por fim, a internet é um instrumento potencial de aniquilação da privacidade.⁸⁸⁹ Além do mais, como destaca GUILLAUME, “o tempo, histórico e social, da democracia é um tempo longo: o da confrontação dos valores, do debate de

⁸⁸⁶ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 320.

⁸⁸⁷ VAZ, Paulo. Esperança e excesso. In: PARENTE, André (Org.). **Tramas da rede**. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 189-208, p. 205.

⁸⁸⁸ SORJ, Bernardo. Internet, espaço público e marketing político ... Op. cit., p. 125.

⁸⁸⁹ LEVINE, Peter. The internet and civil society. Op. cit., p. 80-95.

idéias, da colocação das escolhas feitas à prova. Tudo se efetuando sobre um palco público que não se pode limitar à ordem virtual”.⁸⁹⁰ Não bastasse isso, a democracia eletrônica padece ainda da insuperável “desvantagem de se dar mais voz aos que já são relativamente privilegiados”.⁸⁹¹ Enfim, os sonhos democráticos não exploraram todas as consequências da rede.⁸⁹²

Frente a esse panorama existem dois caminhos possíveis. Em primeiro lugar, o caminho até a *hipocidadania*, que quer dizer a eliminação paulatina da consciência cidadã por meio de várias dinâmicas políticas: aumento do controle social; expansão da informática por padrões proprietários; monopolização dos padrões de comunicação, *hardware* e *software*; promoção de um uso simplesmente lúdico das novas tecnologias; fomento do uso superficial das redes sociais virtuais, etc. Nessa dinâmica, o equilíbrio entre cidadãos e instituições penderia a favor das instituições. Em segundo lugar, existe um caminho possível até uma *hipercidadania*, um exercício mais profundo da participação política. Por esta perspectiva, busca-se utilizar as novas tecnologias para ampliar as formas de democracia participativa. Para tanto, deve-se formular políticas de inclusão digital, entendendo como inclusão não o simples acesso e compra de produtos e serviços de informática, mas o processo de criação de uma inteligência coletiva que seja um recurso estratégico para inserir uma comunidade em um ambiente globalizado. Deve-se, ademais, desenvolver serviços de governo eletrônico que aproximem a gestão dos assuntos públicos dos cidadãos, além de se buscar a proteção dos cidadãos e organizações frente às políticas de controle e de vigilância social.⁸⁹³

Em suma, as tecnologias de informação e comunicação devem ser utilizadas também para a democratização dos processos sociais, para fomentar a transparência de políticas públicas e para incentivar a mobilização dos cidadãos e sua participação ativa nas instâncias cabíveis. Formar o cidadão não significa “preparar o consumidor”, mas, sim, capacitá-lo para a tomada de decisões e para a escolha acerca de todos os aspectos na vida em sociedade que as afetam.⁸⁹⁴

Nessa linha de pensamento, WARSCHAUER aduz que “a sinergia entre Estado e sociedade não pode ser plenamente desenvolvida apenas pela oferta de informação e documentação de cima para baixo”. Argumenta o autor que a algum tipo de mecanismo para comunicação de baixo para cima também deve ser ofertado, pois o *feedback* do cidadão em relação aos atos governamentais “atua como controle contra o abuso e a corrupção da burocracia pública, alerta o governo a respeito das necessidades e das preocupações dos cidadãos e dá aos cidadãos a sensação de que têm voz na sociedade”.⁸⁹⁵ É a comunicação da sociedade civil com os órgãos governamentais de poder é que tornam possível a verdadeira participação cidadã.

⁸⁹⁰ GUILLAUME, Marc. A revolução comutativa. Op. cit., p. 153.

⁸⁹¹ WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e inclusão social** ... Op. cit., p. 239.

⁸⁹² VAZ, Paulo. Esperança e excesso. Op. cit., p. 205.

⁸⁹³ BUSTAMANTE, Javier. Poder comunicativo, ecossistemas digitais ... Op. cit., p. 17.

⁸⁹⁴ TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da informação no Brasil**... Op. cit., p. 45.

⁸⁹⁵ WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e inclusão social** ... Op. cit., p. 239.

No que diz respeito, especificamente, à Administração tributária informacional, entende-se que os novos mecanismos de controle tributário, bem como a transferência de obrigações eletrônicas aos sujeitos passivos, não podem ser realizados ao alvedrio da consideração da questão da exclusão digital. Caso contrário, esses instrumentos se tornarão mais um empecilho para que os cidadãos possam cumprir, por si sós, seus deveres tributários, tornando-se, assim, mais um considerável mecanismo de promoção de desigualdade.

Outra questão importante a é que as novas tecnologias precisam ser usadas não apenas para aumentar o poder do Estado, mas também para estabelecer um equilíbrio de força com os cidadãos. A vigilância deve ser suficientemente intensa para se diminuir a sonegação, mas, por outro lado, as tecnologias devem ser pensadas para a criação de ferramentas que permitam aos cidadãos exigirem uma prestação satisfatória de contas do Estado, tanto do ponto de vista da utilização dos tributos arrecadados, quanto sob o aspecto do uso que está sendo dado às informações coletadas. As novas tecnologias abrem, portanto, perspectivas de mão dupla, no sentido de que o Estado possa mais facilmente fiscalizar o cidadão, mas, também, que este possa monitorar aquele mais eficazmente. Como diz RODOTÀ, o controlado pode se tornar controlador, tornando desta forma mais transparentes os comportamentos de quem colhe as informações.⁸⁹⁶

Na nova situação determinada pelo uso de computadores no tratamento das informações pessoais torna-se cada vez mais difícil considerar o cidadão como um simples fornecedor de dados, sem que a ele caiba algum poder de controle. A possibilidade de controlar não serve apenas para assegurar ao cidadão a exatidão e o uso correto das informações a ele diretamente relacionadas, mas pode se tornar um instrumento de equilíbrio na nova distribuição de poder que vai se delineando.⁸⁹⁷

A criação de um novo espaço de comunicação e relacionamento entre a Administração tributária e os contribuintes exige, portanto, um entendimento de que as perspectivas abertas pelas tecnologias devem gerar benefícios para os dois polos da relação tributária, sob pena de deslegitimar a utilização intensa dos recursos tecnológicos para o incremento da eficiência estatal. O aumento do poder estatal deve caminhar *pari passu* com o aumento da transparência pública. As possibilidades abertas pela revolução tecnológica não podem se limitar ao desenvolvimento de instrumentos de controle social. Uma Administração pública mais transparente, eficaz e voltada para a prestação de informações e serviços à toda população, essa é a grande contribuição que as tecnologias da informação podem dar ao relacionamento do governo com os cidadãos.

⁸⁹⁶ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47.

⁸⁹⁷ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** ... Op. cit., p. 37-8.

CONCLUSÃO

As novas tecnologias misturam desejo de potência e medo de transgressão.⁸⁹⁸ Ao mesmo tempo em que elas ampliam as possibilidades humanas, criam um permanente estado de tensão com valores culturalmente sedimentados na sociedade. Vive-se, então, um tempo de angústia em relação ao futuro, pois, com o fim da modernidade, perdeu-se a fé cega no progresso, que não se apresenta mais com prognósticos somente positivos. Esta realidade, entretanto, não pode implicar a recusa do futuro, pois ao lado da percepção, cada vez maior, dos riscos do progresso tecnológico, existe a consciência de que não se pode detê-lo.⁸⁹⁹

A angústia em relação ao futuro nasce da consciência da crescente defasagem entre a rapidez do progresso técnico-científico e a lentidão com que se amadurece a capacidade de controle dos processos sociais que o acompanham. Percebe-se, com uma frequência inquietante, a rápida obsolescência das soluções jurídicas para os novos problemas que se manifestam. As dificuldades não derivam apenas do fato de que se trata de regular uma realidade em contínua transformação; nascem ainda da necessidade de se levar em conta uma multiplicidade de interesses e valores, frequentemente, em conflito entre si. Também isto é efeito das novas tecnologias, de sua penetração nas mais diversas atividades e do fato de influenciarem os mais diversos setores. Os pares opostos se multiplicam: autoritarismo/democracia, transparência/intimidade, centralização/descentralização, regulamentação/desregulamentação,⁹⁰⁰ eficiência/legalidade, etc.

Especificamente em relação a este último embate, percebe-se que a tecnologia potencializa o conflito, uma vez que o sistema jurídico não possui a mesma dinamicidade das soluções tecnológicas oferecidas a problemas antigos. Afinal, as tecnologias sempre abrem diversas novas perspectivas. Mas “ampliar possibilidades sociais implica reprimir outras”.⁹⁰¹ Por isso, novos conflitos surgirão e velhas desavenças ganharão novos significados. Direitos duramente conquistados (privacidade, por exemplo) deverão ceder frente às novas possibilidades, seja, por exemplo, em função do desejo popular de uma prestação mais eficiente do serviço de segurança pública, seja em virtude da possibilidade de novas descobertas no campo da medicina às custas do acesso aos dados genéticos dos cidadãos. Em síntese, existem, evidentemente, muitas boas razões que sustentam a necessidade de se utilizar todas as oportunidades oferecidas pelas novas tecnologias para proteger a sociedade dos crimes, fomentar a cura de doenças, incrementar a eficiência da máquina arrecadatória, ampliar as possibilidades comerciais, etc. Deve-se, por

⁸⁹⁸ LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 17.

⁸⁹⁹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** ... Op. cit., p. 41.

⁹⁰⁰ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância** ... Op. cit., p. 42.

⁹⁰¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 375.

consequente, buscar um justo equilíbrio entre uma visão individualista dos direitos fundamentais e a satisfação das novas exigências sociais.

Na seara tributária, é impressionante constatar que há pouco mais de 20 anos, o órgão fazendário resumia-se a papeis e burocracia. A internet não passava de um projeto. Entretanto, inovações tecnológicas drásticas ocorreram. Com as mudanças, ingressou-se na era digital e da sociedade de controle. O poder das Administrações tributárias se ampliou enormemente, houve uma imensa transferência de tarefas e custos aos contribuintes e os cidadãos tornaram-se menos opacos e mais vulneráveis ao poder estatal. Por outro lado, a transparência pública continua insuficiente e os ganhos de produtividade não foram repassados aos cidadãos, sob a forma de menor tributação e maior simplicidade do sistema tributário.

Em função disso, entende-se que não se pode admitir que os controles eletrônicos sejam atribuídos aos contribuintes, visando-se tão somente o aumento da eficiência arrecadatória. Os benefícios trazidos pela evolução tecnológica devem repercutir também na esfera dos cidadãos. Além do mais, numa sociedade em que o hiper-real é mais real do que o real e o instrumento de poder é a informação, ela precisa ser utilizada de modo ético, transparente e legal. É necessário prestar atenção, ademais, para que o instrumento tecnológico não se transforme em mais um fator de exclusão e diferenciação numa sociedade que já é por demais desigual. Portanto, a condução informacional da vida social, um estado de “*total control*”, a manutenção dos sujeitos passivos em estado de permanente vigilância não pode ser justificável num Estado Democrático de Direito.

Não se pode aceitar, em consequência, que a máquina arrecadatória funcione sob a perspectiva autopoietica, no sentido de que os fins (aumento da eficiência arrecadatória) justifiquem os meios, ou seja, que o sistema Administração tributária olhe para si egoisticamente, colocando o ser humano na posição de mero elemento externo e secundário. Em matéria tributária, aliás, nota-se um grande equívoco no que concerne à ideia de eficiência, que consiste em confundi-la com a eficiência unicamente arrecadatória. A eficiência tributária só se perfaz se houver a correta utilização dos tributos arrecadados a bem da comunidade, a justiça da tributação pela distribuição equitativa do ônus tributário entre todos os membros da sociedade e o eficaz combate à sonegação fiscal. Portanto, a eficiência tributária deve ser considerada neste aspecto amplo que, diga-se, somente será tolerado se, adicionalmente, ocorrer respeitando-se os direitos fundamentais e os princípios constitucionais. Em suma, a correta percepção do princípio da eficiência em matéria tributária exige que se considere o objetivo essencial do Estado, que é a realização do bem comum, porque a tributação é tão somente um meio de se concretizá-lo. Consequentemente, o princípio da eficiência só será um critério de legitimação do Estado Fiscal Vigilante se ele se der nesta perspectiva mais abrangente. A mera eficiência arrecadatória, ainda que ocorra dentro da legalidade e em respeito aos valores constitucionais, é louvável, mas insuficiente para legitimá-lo.

Inferese, facilmente, que o interesse público também não se confunde com o interesse arrecadatório. O interesse do órgão arrecadador coincide com o interesse público somente na medida em que os valores obtidos sejam efetivamente utilizados para a consecução dos fins estabelecidos constitucionalmente e a relação de tributação ocorra em perfeita consonância com os valores estabelecidos na Constituição. Por isso, o poder de sujeitar não pode se apoiar unicamente no interesse público, pois a Constituição atribui aos indivíduos espaços individuais de ação que são intangíveis ao Estado. É bem verdade que o significado original do direito à privacidade (o direito de ser deixado só) não pode mais sobreviver no Estado contemporâneo. Não é possível mais fazer da privacidade um instrumento de defesa da propriedade, principalmente, aquela de origem ilícita. É necessário reorientar o conteúdo do direito à privacidade para além de sua dimensão individualista. Na sociedade pós-moderna, exige-se um resguardo absoluto de informações suscetíveis de originar práticas discriminatórias e o máximo de transparência àquelas que, relativas à esfera econômica dos sujeitos, concorrem para embasar decisões de interesse coletivo.

Conclui-se, pois, que o interesse público na arrecadação de tributos relativiza as restrições ao acesso de dados de natureza econômica reveladores da privacidade, mas, por si só, não legitima o panoptismo fiscal. Para que isso ocorra, o nível de restrição à privacidade, os custos econômicos impostos aos sujeitos passivos e a razoabilidade na imposição das informações requisitadas devem ser levadas em consideração para se avaliar o nível de ingerência do Estado na vida privada dos cidadãos e empresas. No entanto, é forçoso reconhecer que a eficiência e o interesse público são valores importantes e que concorrem com outros para legitimar a atuação do Estado Fiscal Vigilante. Sem eles, tal Estado não há razão de subsistir, vale dizer, ambos são critérios essenciais e primeiros a indicar a possibilidade de sua existência.

Não menos importante para a legitimidade do Estado Fiscal Vigilante é a questão da cidadania digital. Para muito além da difícil tarefa de universalizar o acesso às novas tecnologias da informação e da comunicação, o Estado tem a árdua obrigação de capacitar as pessoas para que estas possam transformar informação em conhecimento, conhecimento em ação e ação em participação.

Enfim, a imagem de uma tecnologia, bifronte como a do deus Janus e nos termos do diálogo entre Tamus, rei de todo o Egito, e Tot, o inventor de muitas coisas, revela o que pode ser extraído de essencial desse estudo: a ciência e a tecnologia não mais incorporam o mito de um progresso sempre benéfico; elas são, na verdade, portadoras do bem ou do mal de acordo com a vontade de quem as utilizam e dos contextos nos quais são aplicadas.

REFERÊNCIAS

ALVES, George de Souza. As tecnologias digitais e seus modos de subjetivação do indivíduo contemporâneo. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 214/229.

ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, p. 1-6, jul./set. 2004.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Farinãs. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário: de acordo com a Emenda constitucional n. 53, de 19.12.2006**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 11, set./nov. 2007. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 12/10/2012.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 89-113.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAUDRILLARD, Jean. **Tela total: mito-ironias da era do virtual e da imagem**. Tradução de Juremir Machado da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. **Simulacro e simulações**. Tradução de Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. Tradução de Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1977.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri: Manole, 2003.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BINEMBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, pp. 49-82, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BOUVIER, Michel. A questão do imposto ideal. In: FERRAZ, Roberto. **Princípios e limites da tributação 2: os princípios da ordem econômica e a tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRASIL. Ato Declaratório Executivo Cofis n. 37, de 2010. Aprova o manual de orientação do leiaute da escrituração fiscal digital da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins (EFD-PIS/Cofins). Brasília, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/AtosExecutivos/2010/COFIS/ADCofis037.htm>. Acesso em 07 jul. 2012.

BRASIL. Decreto n. 6.022, de 2007. Institui o Sistema Público de Escrituração Digital - Sped. Brasília, de 22 de janeiro de 2007.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 42, de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília, 19 de dezembro de 2003.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **História do imposto de renda**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Memoria/irpf/historia/historia.asp>. Acesso em 06 set. 2012.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Nota fiscal eletrônica**. Disponível em: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>. Acesso em 07 jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Sistema de controle de bebidas**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/bebidas/OrientaSicobe.htm>. Acesso em 20 nov. 2012.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Sistema público de escrituração digital**. Disponível em: <http://www1.receita.fazenda.gov.br/sobre-o-projeto/apresentacao.htm>. Acesso em 07 jul. 2012.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração federal e Reforma do Estado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2010.

BRETON, Philippe. **História da informática**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista - Campus Marília, 1991.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis (a idade da fábula)**. São Paulo: M. Claret, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Leopoldo, 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

BULOS, Uadi Lamêgo. Reforma administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 214, p. 69-98, out./dez. 1998.

BUSTAMANTE, Javier. Poder comunicativo, ecossistemas digitais e cidadania digital. In: SILVEIRA, Sergio Amadeu da (Org.). **Cidadania e redes digitais**. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil: Maracá – Educação e Tecnologias, 2010, pp. 11-35.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 67-83.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **A galáxia internet**: reflexões sobre internet, negócios e sociedade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CASTRO, Aldemario Araujo. A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o Fisco preconizada pela lei complementar 105/2001. In: SOUZA, James José Marins de (org.). **Tributação e sigilo bancário**. Curitiba: Juruá, 2002, pp. 11-26.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Sistema de controle interno: perspectiva gerencial e o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte: Fórum, ano 7, n. 30, out./dez. 2007, pp.63-73.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CENTENO, Maria João. **O conceito de comunicação na obra de Bateson**: interação e regulação. Covilhã, Portugal: Labcon, 2009.

CEZAROTI, Guilherme. Aplicação de multa pelo descumprimento de obrigações acessórias: razoabilidade e proporcionalidade em sua aplicação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São

Paulo, n. 148, p. 49-63, jan. 2008.

CHANEL, Emmanuel de Crouy. A cidadania fiscal. In: FERRAZ, Roberto. **Princípios e limites da tributação 2: os princípios da ordem econômica e a tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 25-63.

CHIAVENATO, Idalberto. Tecnologia e administração: criando a infra-estrutura da empresa. In: _____. **Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. Capítulo 15, p. 409-441.

COSTA, Rogério da. Sociedade de controle. **São Paulo em perspectiva**. 2004, vol.18, n. 1, pp. 161-167. ISSN 0102-8839. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000100019>. Acesso em 11/05/2012.

COUFFIGNAL, Louis. **A cibernética**. Tradução de Raimundo Rodrigues Pereira. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1966.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DECHERT, Charles R. O desenvolvimento da cibernética. In: DECHERT, Charles R. (org.). **O impacto social da cibernética**. Tradução Adilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Bloch, 1970.

DELEUZE, Gilles. **Post-scriptum sobre as sociedades de controle**. Conversações: 1972-1990. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-226.

_____; GUATTARI, Félix. **Mil platôs: capitalismo e esquizofrenia**. Vol. 1. Tradução de Aurélio Guerra Neto e Célia Pinto Costa. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1995.

DE MASI, Domenico. **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla, Luiz Sérgio do Nascimento Henriques e Marcos Aurélio Nogueira. 3. ed. São Paulo: Senac, 2000.

DEMO, P. Inclusão digital – cada vez mais no centro da inclusão social. **Inclusão Social**, Brasília: IBICT, v. 1, n° 1, p. 36-38, 2005.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A fiscalização tributária em um Estado democrático de direito. **Seminário fiscalização tributária: contexto, prática e tendências**, 1999. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/ucp/pnafe/cst/arquivos/Fisc-Democ-Misabel.doc>. Acesso em 08/03/2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 203-219.

DUHIGG, Charles. How companies learn your secrets. **Jornal New York Times**. 16/02/2012, Magazine. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html?pagewanted=all>. Acesso em 09/10/2012.

EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Sociedade de informação:

direito à inclusão digital. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n. 12 , p. 87-103, jul. 2009.

EPSTEIN, Isaac. **Cibernética**. São Paulo: Ática, 1986.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 267-305.

FERRAZO, Cristiano José. **Os limites de imposição de obrigações acessórias no direito tributário brasileiro**. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FRANK, Helmar G. **Cibernética e filosofia**. Tradução de Celeste Aída Galeão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1970.

FOLLONI, André Parmo. **Teoria do ato administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Ciência do direito tributário no Brasil**: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de Direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Mara Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Redes sociais: sociedade tecnológica e inclusão digital. In: Marcos Wachowicz. (Org.). **Direito da sociedade da informação & propriedade intelectual**. Curitiba: Juruá, 2012, v. 1, p. 43-65.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo – uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 155-196.

GIBSON, Willian. **Neuromancer**. Tradução de Maya Sangawa e Sílvio Alexandre. 2 ed. São Paulo: Aleph, 1991.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991.

- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GUARESCHI, Pedrinho A. **Comunicação & controle social**. Petrópolis: Vozes, 1993.
- GUERREIRO, Evandro Prestes. **Cidade digital: infoinclusão social e tecnologia em rede**. São Paulo: SENAC São Paulo, 2006.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011, pp. 59-110.
- HARDT, Michael. A sociedade mundial de controle. In: ALLIEZ, Eric (org.). **Gilles Deleuze: uma vida filosófica**. São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 357-373.
- _____; NEGRI, Antonio. **Império**. 6. ed. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 13. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- HUXLEY, Aldous. **Admirável mundo novo**. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. 5. ed. Rio de Janeiro: Cia. Brasileira de Divulgação do Livro, 1969.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 65-95.
- KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- LEITE, Flamarion Tavares. **Os nervos do poder: uma visão cibernética do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- LEMOS, André. **Cibercultura, tecnologia e vida social na cultura contemporânea**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2004.
- _____. **Anjos interativos e retribalização do mundo: sobre interatividade e interfaces digitais**. Disponível em: <http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/lemos/interativo.pdf>. Acesso em 12/08/2012.
- _____. Mídias locativas e vigilância: sujeito inseguro, bolhas digitais, paredes virtuais e territórios informacionais. In: BRUNO, Fernanda; KANASHIRO, Marta; FIRMINO, Rodrigo José (Orgs). **Vigilância e visibilidade: espaço, tecnologia e identificação**. Porto Alegre: Sulina, 2010, pp. 61-94.
- _____. **Cidade digital: portais, inclusão e redes no Brasil**. Salvador: EDUFBA, 2007.
- LEVINE, Peter. The internet and civil society, in: GEHRING, Verna V., **The internet in public life**. Lanham: Rowman & Littlefield, 79-98, 2004. Disponível em http://www.imdp.org/artman/-publish/article_29.shtml. Acesso em 25/12/2012.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: 34, 1999.

_____. Palestra realizada no Festival Usina de Arte e Cultura, promovido pela Prefeitura Municipal de Porto Alegre, em Outubro, 1994. Tradução: Suely Rolnik. Disponível em: <http://www.sescsp.org.br/sesc/images/upload/conferencias/35.rtf>. Acesso em 31/07/2012.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 195-227.

LOBO, Rogério Leite. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e o direito tributário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 239, p. 241-255, jan/mar de 2005.

LOPES, Ana Isabel; SANTOS, Sônia. **Da sociedade disciplinar à sociedade de controle**. Disponível em: <http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/sociedade%20disciplinar/index.htm>. Acesso em 23/07/2012.

LOSANO, Mario G. **Lições de informática jurídica**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

LYOTARD, Jean François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Princípio da eficiência matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 50-68.

MAMEDE, Gladston. **Semiologia do direito: tópicos para um debate referenciado pela animalidade e pela cultura**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

MARCONDES FILHO, Ciro. **A sociedade tecnológica**. São Paulo: Scipione, 1994.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial**. Tradução de Giasone Rebuá. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. O desafio da política jurídico-fiscal. In: **Tributação & política**. MARINS, James (Coord.). Curitiba: Juruá Editora, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da eficiência matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 29-49.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MARUYAMA, Magoroh. The second Cybernetics: deviation-amplifying mutual causal processes, **American Scientist** 5:2, pp. 164-179, 1963. Disponível em:

<http://cleamc11.vub.ac.be/books/maruyama-secondcybernetics.pdf>. Acesso em 12/07/2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIGUEL, Carlos Ruiz. Derechos constitucionales, fiscalidad e internet: necesidad de una reformulación de conceptos tradicionales. In: NOVOA, César Garcia; REINO-CARNOTA, Enrique Gómez (Coord.). **Derecho tributario e informática**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 39-53.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de setembro de 2012.

NABAIS, José Casalta. Algumas reflexões sobre o actual Estado fiscal. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jul. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29477>. Acesso em: 17/11/2011.

_____. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do Estado fiscal contemporâneo. Almedina: Coimbra, 1998.

NEGROPONTE, Nicholas. **A vida digital**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Da autopoiese à alopoiese do Direito. In: **Anuário do Mestrado em Direito** – Universidade Federal de Pernambuco, n. 5. Recife, 1992, pp. 273-298.

_____. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**, Ijuí - RS, v. 5, p. 07-37, 1995.

NEVES, Rômulo. A ocorrência de influência externa em sistemas sociais autopoieticos - os processos sobrecomunicativos. **Plural - Revista de Ciências Sociais** – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2006, vol. 13, p. 35-60.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na teoria da sociedade. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, p.209-240, jul/set. 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos

- Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 120-154.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Vicente Kleber de Melo. **A administração tributária como atividade essencial ao funcionamento do Estado**. Fortaleza, 2009. Dissertação (mestrado) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza (UNIFOR).
- ORWELL, George. **1984**. Tradução de Wilson Velloso. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- PEREIRA, Marcelo Cardoso. **Direito à intimidade na internet**. Curitiba: Juruá, 2011.
- PEREIRA, Luiz María Ruibal. La aplicación de la informática en el procedimiento actual de gestión tributaria: especial referencia a las liquidaciones paralelas. In: NOVOA, César Garcia; REINO-CARNOTA, Enrique Gómez (Coord.). **Derecho tributário e informática**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 201-229.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 21-39.
- _____. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2002.
- PIGNATARI, Décio. **Informação, linguagem, comunicação**. 10. ed. São Paulo: Cultrix, 1991.
- PIMENTEL, Alexandre Freire. **O Direito cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.
- PISÓN, Juan Arrieta Martínez de. Derecho tributário e informática. In: NOVOA, César Garcia; REINO-CARNOTA, Enrique Gómez (Coord.). **Derecho tributário e informática**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 15-37.
- PLATÃO. **Fedro**. Tradução de Carlos Alberto Antunes. 3. ed. Belém: Ed. UFPA, 2011.
- POSTMAN, Neil. **Tecnopólio: a rendição da cultura à tecnologia**. Tradução de Reinaldo Guarany Simões. São Paulo: Nobel, 1994.
- RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 103-118.
- RIBEIRO, Marcelo Miranda. Leviatã fiscal: uma análise crítica do panóptico tributário. **Revista SJRJ – Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2012, vol. 19, n. 33, p. 97-112.

_____. A era do controle tributário eletrônico e o direito fundamental à privacidade. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória/ES, jan./jun. 2012, n. 11, p. 279-301.

_____. A proporcionalidade e a razoabilidade como limites ao poder estatal de criar deveres instrumentais tributários. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP/Franca, Franca/SP, n. 23, 2012, p. 215-239.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROLLI, Cláudia; FERNANDES, Fátima. Arrecadação sobe 20% no setor de bebidas. **Folha de São Paulo**, 6 abr. 2010, Caderno Mercado. Disponível: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0604201005.htm>. Acesso em 20/11/2012.

ROSZAK, Théodore. **O culto da informação**. Tradução de José Luiz Aidar. São Paulo: Brasiliense, 1988.

SALOMONI, Jorge Luis. Interés público y emergencia em la República Argentina. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 117-139.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Jair Ferreira dos. **O que é pós-moderno**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 97-143.

SCHIER, Paulo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime dos direitos fundamentais. **Revista Histedbr Online**, Campinas, n. 18, p. 114-128, jun. 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, 2002.

SORJ, Bernardo. Internet, espaço público e marketing político: entre a promoção da comunicação e o solipsismo moralista. **Novos Estudos**, CEBRAP, São Paulo, n.º 76, p. 123-136, nov./2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. **Interesse Público**, n. 28, Porto Alegre: Notadez, p. 29-42, nov./dez. 2004.

TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

TENÓRIO, Igor. **Direito e cibernética**. 2. ed. Brasília: Editora de Brasília, 1972.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. Tradução de João Távora. 22. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 243-341.

UCKMAR, Victor. Direito tributário e tecnologia. In: MARINS, James (coord). **Tributação e tecnologia**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 11-32.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 8. ed. Campinas: Papirus, 2009.

VAZ, Paulo. Esperança e excesso. In: PARENTE, André (Org.). **Tramas da rede**. Porto Alegre: Sulina, 2004, p. 189-208.

VIANNA, Túlio Lima. A era do controle: introdução crítica ao direito penal cibernético. **Direito e Justiça**, Lisboa, v.18, p. 339-351, 2004.

_____. Da ditadura dos sistemas sociais: uma crítica à concepção de Direito como sistema autopoietico. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 67-78, jul./dez. 2003.

_____. **Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle**. Curitiba, 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Fabris, 2007.

VIRILIO, Paul. **A bomba informática**. Tradução de Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. A crescente violação do direito de imagem do cidadão diante do monitoramento das câmeras de vigilância. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz; GABARDO, Emerson (Coord.). **Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 275-291.

WARSCHAUER, Mark. **Tecnologia e inclusão social: a exclusão digital em debate**. São Paulo: SENAC São Paulo, 2006.

WIENER, Norbert. **Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos**. Tradução de José Paulo Paes. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1954.

WORLD ECONOMIC FORUM. **The Global Competitiveness Report 2012–2013**. Genebra/Suíça, 2012. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf. Acesso em 15/09/2012.