



Uniwersytet
Wrocławski

EWOLUCJA PAŃSTWOWOŚCI W BRAZYLI, POLSCE I EURAZJI

EVOLUÇÃO DO ESTADO NO BRASIL, POLÔNIA E EURÁSIA

pod redakcją
Marcosa Augusto Maliski, Krystiana Complaka

Coordenação
Marcos Augusto Maliska, Krystian Complak

Wrocław 2015

**Evolucja państwowości w Brazylii,
Polsce i Eurazji**

**Evolução do Estado no Brasil,
Polônia e Eurásia**

Prace Naukowe
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Seria: **e-Monografie**

Nr 60

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/64761>

Ewolucja państwowości w Brazylii, Polsce i Eurazji

Evolução do Estado no Brasil, Polônia e Eurásia

pod redakcją

Marcosa Augusto Maliski, Krystiana Complaka

Coordenação

Marcos Augusto Maliska, Krystian Complak

Wrocław 2015

Komitet Redakcyjny

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

mgr Bożena Górna – członek

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

Recenzent: *dr hab. Piotr Uziębło, prof. UG*

**© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego**

Redakcja techniczna: *Olga Bednyakova*

Korekta (język polski): *Anna Noga-Grochola*

Projekt i wykonanie okładki: *Karolina Drozd*

Skład i opracowanie techniczne: *Krzysztof Mruszczak, Tomasz Kalota eBooki.com.pl*

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-61370-43-7

SPIS TREŚCI / SUMÁRIO

| | |
|---------------------------|----|
| Przedmowa | 9 |
| Apresentação | 14 |

ROZDZIAŁ I. USTROJE PAŃSTWOWE A DEMOKRACJA CAPÍTULO I. REGIMES CONSTITUCIONAIS E DEMOCRACIA

| | |
|--|----|
| Mariusz Jabłoński <i>Jawność życia publicznego a problem kryzysu demokracji przedstawicielskiej</i> | 21 |
| <i>(Transparência da vida pública e a questão da crise da democracia representativa)</i> | |
| Artur Ławniczak <i>Polska i brazylijska monarchiczność</i> | 41 |
| <i>(O monarquismo polonês e brasileiro)</i> | |
| Paulo Ricardo Schier <i>Linhas gerais do presidencialismo de coalizão no Brasil e seu vínculo com a questão da corrupção</i> | 63 |
| <i>(Podstawowe cechy prezydenalizmu koalicyjnego w Brazylii oraz jego związek z korupcją)</i> | |

ROZDZIAŁ II. PAŃSTWO PRAWA CAPÍTULO II. ESTADO DE DIREITO

| | |
|--|-----|
| Estefânia Maria de Queiroz Barboza <i>Judicialização da política e o controle judicial dos direitos fundamentais sociais no Brasil</i> | 75 |
| <i>(Usądowanie polityki a kontrola socjalnych praw podstawowych w Brazylii przez organy wymiaru sprawiedliwości)</i> | |
| Marcos Augusto Maliska <i>O estado do Estado de Direito no Brasil de hoje em dia. Observações preliminares</i> | 95 |
| <i>(Stan państwa prawnego w dzisiejszej Brazylii. Uwagi wstępne)</i> | |
| Wiesława Miemiec <i>Skrócenie kadencji sejmu w świetle art. 225 Konstytucji RP</i> | 107 |
| <i>(O encurtamento do mandato da Dieta à luz do artigo 225 da Constituição vigente da Polónia)</i> | |
| Robert Stefanicki <i>Prawo do dobrej administracji na przykładzie wdrażania wspólnego europejskiego systemu azylowego</i> | 119 |
| <i>(O direito à boa administração e o exemplo da implementação do Sistema de Asilo Europeu Comum)</i> | |

ROZDZIAŁ III. ZAGADNIENIA PODATKOWE**CAPÍTULO III. QUESTÕES TRIBUTÁRIAS****Octavio Campos Fischer**

Sistema constitucional tributário Brasileiro e direitos fundamentais 141
(Konstytucyjny system podatkowy Brazylii a prawa podstawowe)

Janusz Sawicki

Ochrona prawa podatkowego w instytucjach zaniechania ukarania 179
(Defesa do direito tributário nas instituições de desistência da punição na Polónia)

ROZDZIAŁ IV. INTEGRACJE REGIONALNE**CAPÍTULO IV. INTEGRAÇÕES REGIONAIS****Altay Bozhkarauly**

*Euroazjatycka unia gospodarcza: o perspektywach integracji gospodarczej
 Europy Wschodniej z Azją Środkową* 199

Altay Bozhkarauly

*União econômica Euro-Asiática: sobre as perspectivas da integração econômica
 da Europa do Leste e da Ásia Central* 205

Eduardo Biacchi Gomes

Construção jurídica na integração da América do Sul 211
(Konstrukcja prawna integracji Ameryki Łacińskiej)

Larissa Liz Odreski Ramina

O Mercosul como projeto de integração regional: resultados, perspectivas e desafios 217
(MERCOSUL jako projekt integracji regionalnej: wyniki, perspektywy i wyzwania)

Marek Szydło

*Judycjalizacja polityk publicznych w Unii Europejskiej na przykładzie prawa
 konkurencji oraz regulacji sektorowej* 233
*(A judicialização da proteção da concorrência e da regulamentação setorial no direito da
 União Europeia: entre o controle de legalidade e a condução da política administrativa)*

Załącznik 247

Apêndice 249

Informacja o autorach / Dados sobre autores 251

Przedmowa

Organizatorzy Czwartego Sympozjum Polsko-Brazylijskiego Prawa Konstytucyjnego (Wrocław, 18-21 października 2014 r.) mają przyjemność przedstawić drugi tom¹ dociekań naukowych – badaczy z ośrodków akademickich Kurytyby i Wrocławia – na wybrane zagadnienia prawnoustrojowe. Jest on pokłosiem wspomnianego Sympozjum z dodaniem kilku tekstów powstałych w związku z tym wydarzeniem. Z uwagi na udział w nim – na zasadzie gościa specjalnego – profesora z Kazachstanu, autorzy omawianego zbioru ośmielili się go nazwać nieco pretensjonalnie „Ewolucja państwowości w Brazylii, Polsce i Eurazji”.

Zasadą odbywających się na przemian w Kurytybie i we Wrocławiu seminariów jest prezentacja tematu wybranego przez naukowca z kraju goszczącego oraz identycznego, albo przynajmniej zbliżonego do niego przez badacza z innego ośrodka. Nie zawsze się to udaje. Mimo tego konferencje są okazją do podzielenia się przez badaczy z tak odległych miejsc swoimi aktualnymi zainteresowaniami naukowymi. Ponadto dają one sposobność poznania zachodzących w tych krajach procesów i zmian prawnych. Jest to dużą wartością. Może w przyszłości zasada ta stanie się kryterium przy wyborze referentów.

W czwartym sympozjum łącznie udział wzięło 12 referentów. Oprócz profesora z Kazachstanu, pozostali referenci reprezentowali ośrodki naukowe z Kurytyby i Wrocławia. Referaty zgrupowaliśmy w czterech zespołach tematycznych: Ustroje państwowe a demokracja (I), Państwo prawa (II), Problemy podatkowe (III) oraz Integracje regionalne (IV).

W niniejszym zbiorze zamieściliśmy 14 tekstów, w tym dwa, które nie były wygłoszone podczas sympozjum, oraz dodatkowo jedną notkę bibliograficzną.

W pierwszym rozdziale książki „Ustroje państwowe a demokracja” zamieściliśmy trzy ciekawe opracowania dotyczące tytułowej problematyki. Otwiera go interesująca praca M. Jabłońskiego. Autor porusza w niej podstawę systemów demokratycznych:

¹ Pierwszy tom pt. *Entre Brasil e Polonia. Um Debate sobre Direito e Democracia* ukazał się – nakładem Lumen Juris Editora z Rio de Janeiro – w 2012 r. Był on wynikiem ponadczteroletniej współpracy naukowej między Zespołonymi Wydziałami UniBrasil z Kurytyby (Brazylia) a Wydziałem Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego (Polska).

otwartość i jawność życia publicznego. Po rozpatrzeniu regulacji obowiązujących w tym zakresie w Polsce, M. Jabłoński dochodzi do wniosku, że pogląd o kryzysie demokracji w naszym kraju – z uwagi na uchybienia występujące w przejrzystości życia publicznego – nie jest uzasadniony. Do podważenia demokracji dojdzie bowiem wtedy, gdy tajność stanie się wyjątkiem i nie będą istniały urządzenia prawne zdolne zapobiec temu stanowi rzeczy.

A. Ławniczak zajął się rzadko poruszaną problematyką relacji między monarchicznymi a republikańskimi ustrojami we współczesnych warunkach konstytucyjno-politycznych. Na podstawie swych wywodów Autor dochodzi do wniosku, że istnieją przesłanki do przywrócenia systemów dynastycznych (królestw) zarówno w Brazylii, jak i w Polsce. Ich obecność – A. Ławniczak – upatruje w senatach (tzw. izbach wyższych ciał przedstawicielskich) oraz w instytucji jednoosobowej głowy państwa.

Ciekawą tematykę podjął P.R. Schier. Punktem wyjścia rozważań Autora jest stwierdzenie, że w Brazylii, mimo ustanowienia w obowiązującej Konstytucji z 1998 r. systemu prezydenckiego, sposób kierowania rządem niewiele różni się od parlamentarnego modelu sojuszy partyjnych. Jest to tzw. prezydenalizm koalicyjny. Polega on na istnieniu stosunkowo silnej władzy wykonawczej przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek stronnictwa większościowego – rozporządzającego samodzielnie ponad połowę mandatów w parlamencie (Kongresie Narodowym). Taki stan prowadzi do podporządkowania władzy wykonawczej „interesom sektorowym”, w ostateczności do korupcji, powstania niezdrowych układów zależności oraz nepotyzmu.

Do problematyki państwa prawa włączyliśmy cztery opracowania. Pierwszy artykuł tej części – E.M. de Queiroz Barbozy – rozpatruje sporne zagadnienie zapewnienia wykonania przez brazylijskie sądownictwo praw społeczno-gospodarczych wpisanych do Konstytucji tego kraju z 1988 r. Opierając się na badanym orzecznictwie Sądu Najwyższego (NTF) oraz Trybunału Konstytucyjnego (STF) Brazylii, Autorka stwierdza daleko idące usądowienie polityki. Powoduje to przyjęcie przez organy wymiaru sprawiedliwości oraz oceny konstytucyjności prawa nowych funkcji w dziedzinie kontrolowania polityki publicznej, urzeczywistnianej albo określanej przez władze wybierane przez lud.

M.A. Maliski w swoim szkice dokonuje wstępnej oceny współpracy między Zespołonymi Wydziałami UniBrasil a Wydziałem Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Według niego Polska była i jest dla brazylijskich naukowców specyficznym systemem prawnym, stwarzającym możliwość nowego spojrzenia na zjawiska ustrojowo-konstytucyjne. Jeśli chodzi o wyzwania stojące przed państwem prawa

w Brazylii, Autor skupił się na realizacji praw społeczno-gospodarczych zawartych w Konstytucji z 1988 r. W tym zakresie jest wiele do zrobienia, zwłaszcza w sferze większego włączenia się społeczeństwa do zarządzania państwem. Formy i sposoby tego zaangażowania społecznego M.A. Maliska pozostawia do otwartej dyskusji publicznej.

W. Miemieć uczyniła przedmiotem analizy prawnej artykuł 225 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. Zgodnie z jego postanowieniem, jeżeli w ciągu czterech miesięcy od dnia przedłożenia Sejmowi projektu ustawy budżetowej nie zostanie ona przedstawiona Prezydentowi do podpisu, może on zarządzić skrócenie kadencji izby poselskiej. Autorka po szczegółowym rozpatrzeniu różnych aspektów tak określonej kompetencji Prezydenta naszego kraju dochodzi do wniosku, że wymogi skorzystania z tego uprawnienia świadczą o trosce ustrojodawcy, aby wprowadzony wyjątek od reguły czteroletniej kadencji parlamentu był związany z obowiązkiem zapoznania się przez głowę państwa ze wszystkimi okolicznościami, które spowodowały opóźnienie prac nad budżetem, a w konsekwencji – aby decyzja Prezydenta o rozwiązaniu izb nie była pochopna.

R. Stefanicki zajął się przepisami o ochronie uchodźców w publicznym prawie międzynarodowym oraz w Unii Europejskiej. Jeśli chodzi o regulacje prawa unijnego, kluczową rolę odgrywają trzy dyrektywy: 2004/83/WE, 2005/85/WE oraz 2013/32/UE. Na temat urzeczywistnienia wymienionych dyrektyw wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Do orzeczeń Trybunału luksemburskiego nawiązuje polski Naczelny Sąd Administracyjny. W konsekwencji przebija się pogląd, że współcześnie formalistyczne postrzeganie roli administracji musi ustąpić podmiotowemu prawu jednostki do dobrej administracji.

W trzeciej grupie tematycznej zamieściliśmy zaledwie dwa opracowania. O. Campos Fischer przedstawił konstytucyjny system podatkowy Brazylii w kontekście praw podstawowych. W odróżnieniu od innych krajów Konstytucja Brazylii ustanawia drobiazgową regulację podatków. Złożoność unormowania dodatkowo wzmacnia federacyjny podział na podatki centralne, stanowe, gminne, pięć ich rodzajów, rozbudowane przepisy dotyczące ulg i zwolnień itd. Z drugiej strony Konstytucja ustanowiła wiele praw chroniących podatników. Oprócz ich znaczenia podmiotowego, Autor podkreśla ich wartość obiektywną. Powinny one służyć stworzeniu demokratycznego państwa prawnego oraz „społeczeństwa sprawiedliwszego, wolniejszego i solidarniejszego”.

J. Sawicki ocenia model zaniechania ukarania sprawcy przewidziany w kodeksie karnym skarbowym z punktu widzenia skuteczności ochrony prawa podatkowego w Pol-

sce. W modelu tym chodzi bardziej o egzekwowanie należności publicznoprawnych i wyrównanie uszczerbku finansowego Skarbu Państwa lub innego uprawnionego podmiotu niż o represje. W związku z tym na plan pierwszy wysuwają się czynny żal, dobrowolne poddanie się odpowiedzialności i odstąpienie od wymierzenia kary. W wyniku swych ustaleń Autor dochodzi do wniosku, że model zaniechania ukarania sprawcy za cenę odzyskania uszczuplonych należności podatkowych jest elementem racjonalnej polityki karnej, wydatnie wzmacniającym ochronę prawa podatkowego w Polsce.

W czwartej części książki znalazły się cztery opracowania poruszające temat procesów integracyjnych w trzech częściach globu ziemskiego. A. Bozhkarauy przedstawia stan i perspektywy tzw. euroazjatyckiej integracji gospodarczej. Autor bada jej przebieg w realizacji czterech swobód: obrotu towarowego i kapitałowego oraz przemieszczania się pracowników i usług. Jej podstawą jest umowa podpisana 29 maja 2014 r. przez Białoruś, Kazachstan i Rosję. Autor pokazuje, że umowa zbudowana jest na poszanowaniu – za pomocą różnorodnych mechanizmów – suwerenności narodowej. Weszła ona w życie 1 stycznia 2015 r.

Według A. Biacchi Gomesa proces gospodarczego jednoczenia się Ameryki Łacińskiej rozpoczął się na dobre z chwilą utworzenia 26 marca 1991 r. tzw. Wspólnego Rynku Południa, znanego szerzej pod skrótem Mercosul. Jego trzonem są gospodarki Argentyny, Brazylii, Paragwaju i Urugwaju. Według Autora, przewodnią rolę w tej organizacji odgrywa Brazylia. A. Biacchi Gomes stara się swą pracą przyczynić do lepszego zrozumienia brazylijskiej polityki zagranicznej w tej sferze.

L. Ramina, poruszając w szerokiej perspektywie czasowej integrację w ramach Mercosul, dochodzi do wniosku, że zmiana tego modelu powinna rozpocząć się od stworzenia regionalnego projektu opartego – oprócz merkantyizmu – na podstawach politycznych i kulturalnych, zakorzenionych w tożsamości Ameryki Łacińskiej. Niezależnie od sukcesów integracyjnych w Stożku Południowym tego kontynentu jej dalszy rozwój stoi przed olbrzymimi wyzwaniami, opartymi głównie na podziałach geopolitycznych między państwami, związanymi z ewolucją gospodarczą Organizacji Państw Amerykańskich oraz innych inicjatyw jednoczących (Alba, Alca, Wspólnota Andyjska itd.).

M. Szydło zauważa, że judycjalizacja unijnego prawa konkurencji oraz unijnego prawa regulacji sektorowej przejawia się w dwóch równoległych procesach. Z jednej strony, powoływane przez prawo unijne krajowe organy konkurencji i krajowe organy regulacyjne przybierają charakter instytucji sądowych. Z drugiej strony, prawo unijne wymaga, aby wspomniane organy – realizujące określoną politykę publiczną – były poddane kontroli sądowej. W rezultacie, Autor postuluje dalsze ujednoczenie oraz dalej

idącą uniformizację rozwiązań prawnych będących przejawem judycjalizacji unijnego prawa konkurencji i unijnego prawa regulacji sektorowej.

W odróżnieniu od pierwszego tomu, zredagowanego w całości po portugalsku, niniejsza książka zawiera prace w językach oryginałów ze streszczeniami po portugalsku i polsku. Jedynie w przypadku artykułu Altay'a Bozhkarauy tekst napisany po rosyjsku został przełożony na język polski i portugalski. Wszystkie prace zawierają również słowa kluczowe w dwóch językach tomu.

Wrocław – Kurytyba, luty 2015 r.
Prof. dr Marcos Augusto Maliska
Prof. dr hab. Krystian Complak

Apresentação

Os organizadores do IV Congresso Brasil Polônia de Direito Constitucional¹, realizado em Wrocław entre os dias 13 e 15 de Outubro de 2014, têm o prazer de apresentar ao público o segundo volume² das pesquisas científicas sobre temas constitucionais, realizadas pelos professores dos centros acadêmicos de Curitiba e Wrocław. Este livro é resultado do mencionado Congresso acrescido de alguns textos pertinentes com o tema do evento. Em atenção à participação neste simpósio, bem como da inclusão do informe do professor do Cazaquistão, os coordenadores desta coleção ousaram em dar ao livro o título um pouco pretensioso de “Evolução do Estado no Brasil, Polônia e Eurásia”.

O princípio norteador dos congressos, que são realizados alternadamente, a cada dois anos, em Curitiba e em Wrocław, se constitui do exame dos temas escolhidos pelos professores organizadores dos mesmos. Os pesquisadores do centro convidado tratam de corresponder com temas idênticos ou, pelo menos aproximado, aos quesitos sugeridos. Nem sempre isso dá certo. Ainda assim, os congressos são uma ocasião em que investigadores de lugares tão distantes compartilham seus interesses científicos. Outrossim, esses encontros oferecem um ensejo para se tomar conhecimento dos recentes processos e mudanças jurídicas nos países respectivos. Isso tem um valor inapreciável. Talvez, no futuro, esse modo de proceder passará a ser um critério para a escolha dos expositores.

No IV Congresso tomaram parte como conferencistas treze professores. Além do professor do Cazaquistão, os demais palestrantes representaram – divididos em partes iguais – o professorado do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil e da Faculdade de Direito, Administração e Economia da Universidade de Wrocław. Os informes aqui apresentados são agrupados nos quatro conjuntos temáticos: Regimes Constitucionais e Democracia (I); Estado de Direito (II); Questões Tributárias (III); Interações Regionais (IV). Nesta obra foram reunidos quatorze textos, incluídos dois que não foram proferidos durante o Simpósio, bem como adicionalmente uma nota bibliográfica.

O primeiro capítulo do livro “Regimes Constitucionais e Democracia” insere três composições concernentes a essa problemática. O abre o artigo, profundo, de M. Jablonski. O autor aborda o fundamento dos sistemas democráticos: a publicidade e a transparência da vida pública. Depois de examinar as legislações vigentes nesta seara na Po-

¹ M. A. Maliska e K. Complak (org.), *Entre Brasil e Polônia. Um Debate sobre direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2012. Essa obra foi o resultado de quatro anos de cooperação entre o UniBrasil Centro Universitário e a Faculdade de Direito, Administração e Economia da Universidade de Wrocław.

lônia, o autor conclui que a opinião sobre a crise da democracia no nosso país – em razão das falhas na limpidez da vida pública – não é justificada. A democracia será fortalecida quando o segredo virar uma exceção e houver instrumentos capazes de contrapor-se a este estado de coisas.

A. Ławniczak ocupou-se, levando em conta as condições constitucionais e institucionais contemporâneas, de uma problemática raramente tratada nas relações entre os regimes monárquicos e republicanos. Como resultado de suas reflexões, o autor chega à conclusão de que existem os pressupostos para o retorno aos sistemas dinásticos (reinos), tanto no Brasil quanto na Polônia. A sua premonição – A. Ławniczak – encontra fundamento nos senados (isto é, nas câmaras altas das assembleias representativas) e na instituição do chefe de Estado unipessoal.

Argumento interessante trouxe P. R. Schier. O ponto de partida das suas meditações é a afirmação de que no Brasil, apesar da Constituição vigente de 1988 ter instaurado um regime presidencialista, o sistema de governo real não se distingue muito do modelo parlamentar das alianças partidárias. É o chamado presidencialismo de coalizão. Ele consiste no funcionamento de um poder executivo assaz forte com a simultânea carência de um partido majoritário que disponha sozinho de mais da metade dos votos no Congresso Nacional (parlamento). Este estado de coisas conduz a sujeição do poder executivo aos “interesses setoriais” e, no final das contas, à corrupção, ao surgimento das relações viciosas de dependência e ao nepotismo.

Ao conjunto temático “Estado de Direito”, os organizadores da obra incluíram quatro artigos. Esta seção é inaugurada com o ensaio de E. M. de Queiroz Barboza aborda o quesito disputável da efetivação pelo poder judiciário dos direitos sociais que se encontram declinados na Constituição brasileira de 1988. Baseando-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a autora faz constatar a considerável judicialização da política. Isso traz a assunção pelo Judiciário das novas funções na esfera do controle das políticas públicas realizadas ou definidas pelos poderes eleitos pelo povo.

M. A. Maliska faz – no começo no começo do seu trabalho – uma avaliação preliminar da cooperação entre o UniBrasil Centro Universitário e a Faculdade de Direito, Administração e Economia da Universidade de Wrocław. Como anota o autor, a Polônia foi para os científicos brasileiros a descoberta de um novo mundo e uma alavanca para dar uma nova olhada sobre os fenômenos jurídico-institucionais. No que tange aos desafios, postos perante o Estado de Direito no Brasil, o autor concentrou sua análise na realização dos direitos sociais esculpidos na Lei Maior de 1988. Nesta área há muitas coisas

a fazer, designadamente o maior envolvimento da sociedade nesta tarefa. As formas e os modos deste comprometimento da gente comum, M. A. Maliska deixa aberto à discussão pública.

W. Miemiec fez objeto de sua análise jurídica o art. 225 da Constituição da República da Polônia de 1997. Conforme esta disposição, se no decorrer dos quatro meses desde a apresentação do projeto de lei orçamentária à Dieta, o seu texto aprovado não for submetido à assinatura do Presidente de República, este pode encurtar o mandato do parlamento. A autora, depois de dissecar os diferentes aspectos desta atribuição do Chefe de Estado chega à conclusão de que as exigências desta competência atestam a preocupação do poder constituinte para que a quebra da legislatura quadrienal seja conectada com a obrigação do Presidente da República de conhecer todos os pormenores do atraso dos trabalhos parlamentares relativos ao orçamento. Tudo isso a fim de tomar – com o discernimento e sem precipitação – uma decisão sobre a dissolução das câmaras legislativas.

R. Stefanicki dedicou o seu trabalho aos preceitos sobre a proteção dos refugiados no direito público internacional e na União Europeia. No que diz respeito às normas do direito comunitário europeu, o papel chave pertence às três diretivas: 2004/83/CE; 2005/85/CE e 2013/32/EU. Sobre a realização destas diretivas pronunciou-se o Tribunal de Justiça da União Europeia. Aos pareceres do Tribunal de Luxemburgo refere-se a Corte Administrativa Superior polonesa. Como resultado, abre-se caminho para a opinião de que o papel formalista da administração deve ceder passo, no mundo de hoje, ao direito subjetivo do indivíduo a uma boa administração.

O terceiro grupo temático conta com apenas dois trabalhos. O. Campos Fischer expõe o sistema tributário do Brasil no contexto dos direitos fundamentais. Diferente de outros países, a Constituição brasileira estabelece minuciosa regulação dos impostos. A complexidade das normas reforça a divisão dos tributos em federais, estaduais e municipais, bem como os seus cinco tipos e uma ampla legislação sobre reduções e isenções de impostos. De outro lado, a Constituição estabeleceu muitos direitos protetores dos contribuintes. Além da importância subjetiva destes direitos, o autor sublinha o seu valor objetivo. Os direitos fundamentais devem servir para criar um Estado de direito democrático, bem como “uma sociedade mais justa, livre e solidária”.

J. Sawicki avalia o modelo da desistência à punibilidade do infrator castigado – previsto no Código Penal Tributário – da perspectiva da eficácia da salvaguarda do direito tributário polonês. Neste modelo trata-se mais de liquidar dívidas de direito público e de recompensar as perdas financeiras da Fazenda Pública (ou de outra entidade estatal

lesada) do que de uma repressão. Por isso, em primeiro plano está o resgate voluntário em espécie, a submissão espontânea ao castigo e a renúncia à punição. No final de suas considerações, o autor chega à conclusão de que a substituição da pena por uma recuperação diminuída dos impostos é um elemento da política penal racional, que reforça consideravelmente a proteção do direito tributário na Polônia.

No derradeiro capítulo do livro têm-se quatro artigos sobre processos de integração em três partes do globo terráqueo. A. Bozhkarauly faz exhibir o estado e as perspectivas da chamada integração econômica euro-asiática. O autor examina o seu desenvolvimento na realização das quatro liberdades, relativas às mercadorias, pessoas, serviços e capitais. O seu fundamento está no acordo assinado em 29 de maio de 2014 por Bielorrússia, Cazaquistão e Rússia. O autor mostra que o tratado assenta-se no respeito – mediante diferentes mecanismos – das soberanias nacionais. O acordo em baila entrou em vigor 1º de janeiro de 2015.

Segundo E. Biacchi Gomes o processo de unificação econômica da América Latina iniciou-se efetivamente a partir de 26 de março de 1991, isto é, desde que foi posto em marcha o chamado Mercado Comum do Sul, conhecido mais amplamente sob a abreviação Mercosul. O seu núcleo se constitui das economias da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai. Conforme a opinião de E. Biacchi Gomes o Brasil possui papel dirigente. O autor esforça-se, através de seu trabalho, para contribuir ao melhor entendimento da política externa brasileira nesta seara.

L. Ramina, ao abordar, em uma ampla perspectiva temporal, a integração do Mercosul, chega à conclusão de que a mudança deste modelo deverá partir da criação do modelo regional. Este deve ser baseado – além do mercantilismo – em fundamentos políticos e culturais, enraizados na idiosincrasia da América Latina. Independentemente dos êxitos integracionistas no Cone Sul do continente, o seu desenvolvimento ulterior chocará com enormes desafios, alicerçados nas divisões geopolíticas entre os Estados, ligados com a evolução econômica da Organização dos Estados Americanos e de outras iniciativas unificadoras (ALBA, ALCA, Comunidade Andina, etc.).

M. Szydło aponta que a judicialização do direito da União Europeia no tocante à concorrência e às normas de regulação setorial fez-se por intermédio de dois processos paralelos. De um lado, os órgãos nacionais para os assuntos de concorrência e de regulação setorial – instituídos pelo direito europeu - adquirem, cada vez mais, o caráter de instituições judiciais. De outro, o direito europeu exige que as agências mencionadas - as quais cumprem determinadas políticas públicas – sejam subordinadas ao controle judicial. Como resultado, o autor postula uma unificação maior e uma uniformização mais

avançada das normas jurídicas encarnadas no direito da União Europeia sobre a competição e sobre as regulamentações setoriais.

Diferente do primeiro volume², redigido inteiramente na língua de Camões, o presente livro contém os trabalhos nas línguas originais com resumos em português e polonês. Apenas o artigo do professor Altay Bozhkaruly, escrito originariamente em russo, foi traduzido para a língua polaca e portuguesa.

Wroclaw – Curitiba em Fevereiro de 2015

Prof. Dr. Hab. Krystian Complak

Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

Rozdział I.
Ustroje państwowe
a demokracja

Capítulo I.
Regimes constitucionais
e democracia

Mariusz Jabłoński

Jawność życia publicznego a problem kryzysu demokracji przedstawicielskiej

Streszczenie

W opracowaniu podjęty został temat znaczenia tzw. jawności życia publicznego dla oceny standardów współczesnej demokracji. Analiza ta w odniesieniu do podstawowych rozwiązań ustrojowych istniejących w Rzeczypospolitej Polskiej ma na celu próbę ustalenia, czy malejące poczucie wpływu obywateli na sprawy kraju, jak również słaba frekwencja wyborcza w poszczególnych wyborach rzeczywiście świadczą o zjawisku, które można zakwalifikować jako tzw. kryzys demokracji przedstawicielskiej.

Podstawowym założeniem jest ustalenie, iż trwałym fundamentem demokracji – co wydaje się niezależne od stopnia zainteresowania udziałem obywateli w procedurach wyborczych – jest utrwalanie procedur dostępu do tej sfery informacji, która dotyczy działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, a które to w państwie totalitarnym były w zasadzie niedostępne. Możliwość sprawowania rzeczywistej kontroli obywatelskiej, wykonywanej w związku z realizacją uprawnień informacyjnych, wzmocniona wolnością prasy i innymi środkami przekazu, sama w sobie jest gwarancją demokracji. Oczywiście jest przy tym, że żaden system, w tym również demokracja, nie jest doskonały. Dlatego również w ramach demokracji zdarzały się i będą się ujawniać pewne zjawiska, które negatywnie wpływać muszą na ocenę konkretnych procedur, czy zachowania się funkcjonariuszy publicznych.

W sytuacji, w której istnieją realne mechanizmy pozwalające na wyegzekwowanie informacji ujawniających pewne odstępstwa od przyjętych reguł, jak również ich rozpowszechnienie i rozpoczęcie publicznej debaty, teza, zgodnie z którą mamy do czynienia z kryzysem demokracji, wydaje się przesadzona. Z kryzysem demokracji będziemy mieli do czynienia zarówno wtedy, gdy tajność stanie się regułą, a nie ustawowo sprecyzowanym wyjątkiem, jak też dopiero wtedy, gdy mimo ujawnionych nieprawidłowości istniejące instytucje prawne nie podejmą lub nie będą zdolne do podjęcia właściwych działań prowadzących do wyciągnięcia stosownych konsekwencji prawnych, politycznych oraz społecznych.

Słowa kluczowe: jawność życia publicznego, przejrzystość działania, transparentność, demokracja, kryzys demokracji, informacja publiczna, uprawnienia informacyjne, autonomia informacyjna jednostki

1. Uprawnienia informacyjne jednostki jako fundament demokracji

Model, w którym podstawową formą realizacji zwierzchnictwa jest system demokracji pośredniej (przedstawicielskiej), oznacza, że wiele procesów decyzyjnych opiera się na woli tych, którzy zostali wyłonieni w wyborach i którym większość głosujących zaufała, oddając na nich swój głos. Warto jednocześnie przypomnieć, że H. Kelsen identyfikował przedstawicielstwo z pełną demokracją, tzn. taką w ramach której nie tylko członków organu przedstawicielskiego, ale i każdą decyzję przez nich uzgadnianą podejmuje się w ramach demokratycznych procedur opartych na zasadzie woli większości¹. Wola większości w praktyce staje się wyznacznikiem kształtującym sumę rozstrzygnięć, które zapadają na płaszczyźnie kreowania, a następnie późniejszego funkcjonowania przedstawicielstwa. Inne założenie zakładające konieczność uzyskania jednomyślności, właśnie ze względu na istotę demokracji, nie ma racji bytu.

Wola większości jest też podstawą rozstrzygania spraw w drodze instytucji demokracji bezpośredniej, w szczególności zaś referendum. Instytucja ta ma bowiem na celu wskazanie, z jakim rozwiązaniem utożsamia się większość, a nie całość społeczeństwa².

Należy zauważyć, że w ramach współistnienia dwóch różnych form sprawowania władzy (przedstawicielskiej i bezpośredniej) nie zawsze referendum, czy inne instytucje demokracji bezpośredniej cieszą się „popularnością” wśród przedstawicieli tych ugrupowań politycznych, które w danej rzeczywistości tworzą większość parlamentarną. W szczególności wynik głosowania referendalnego stanowi przecież nie tylko element swoistego poparcia dla przedstawionych propozycji, ale niekiedy wyraz braku akceptacji określonych działań podejmowanych przez aktualną większość znajdującą się u sterów władzy, co może samo w sobie potwierdzać utratę takiego poparcia, identyfikowanego z istnieniem odpowiedniej legitymizacji do sprawowania władzy. Niewątpliwie też przeniesienie władztwa na zbiorowo działających obywateli jest swoistym samoograniczeniem się reprezentacji zbiorowego podmiotu władzy, co świadczyć może o słabości lub bezprzedmiotowości działań organu przedstawicielskiego, szczególnie wtedy, gdy ten właśnie organ dysponuje prawem do zarządzania referendum. Z drugiej strony, referendum (jak i inne instytucje demokracji bezpośredniej)³, może zostać wykorzystane instrumentalnie jako zabieg propagandowy, pozwalający określonej opcji politycznej nie tylko na uzyskanie poparcia niezbędnego do wprowadzenia określonych zmian ustawowych, ale przede wszystkim do poprawy swojego wizerunku oraz zwiększenia poparcia przed

¹ H. Kelsen, *O istocie i wartości demokracji*, Warszawa 1936, s. 41.

² O relacjach między demokracją przedstawicielską i bezpośrednią zob. M. Marczevska-Rytko, *Demokracja bezpośrednia w teorii i praktyce politycznej*, Lublin 2001, s. 31 i n.

³ Na temat tych instytucji zob. szerzej: M. Jabłoński, *Referendum i inne instytucje demokracji bezpośredniej*, „Przegląd Prawa i Administracji” t. LI, B. Banaszak (red.), Wrocław 2002, s. 65 i n.; P. Uziębło, *Demokracja partycypacyjna*, Gdańsk 2009, s. 35–58.

zbliżającymi się wyborami⁴. Również i takie zastosowanie referendum – co często się podkreśla – powoduje tylko powstanie lub pogłębienie istniejących konfliktów społecznych, szczególnie wtedy, gdy przedmiotem rozstrzygnięcia jest drażliwa kwestia społeczna lub moralna (np. kara śmierci, ochrona życia poczętego czy dopuszczalność eutanazji).

Pominięcie instytucji demokracji bezpośredniej i oparcie się wyłącznie na przedstawicielskiej formie sprawowania władzy nie może być identyfikowane z osłabieniem demokracji. Współcześnie bowiem obok sformalizowanych procedur demokracji bezpośredniej, które wcale nie muszą zapewniać realnego wpływu na sprawowanie władzy wyróżnić należy takie instytucje, które zapewniają obywatelowi (a w szerszym zakresie każdemu zainteresowanemu), możliwość nie tylko oddziaływania na różnego rodzaju procesy decyzyjne, ale także merytorycznej oceny prawidłowości i racjonalności działań (bądź ich braku) podejmowanych nie tylko przez wybranych przedstawicieli, ale również przez szeroko rozumianą kategorię osób piastujących funkcję publiczną. Działalność tych osób odbywa się bowiem w przestrzeni, którą identyfikować będziemy z tzw. sferą jawnego życia publicznego. Z punktu widzenia relacji jednostka – osoba pełniąca funkcję publiczną, sfera ta charakteryzować się będzie gwarantowanym przez przepisy prawa, w tym przepisy Konstytucji RP⁵, szerokim spektrum tzw. uprawnień informacyjnych jednostki, których realizacja ma na celu możliwość pozyskiwania i rozpowszechniania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, a w konsekwencji zapewnienie transparentności i przejrzystości działań państwa i jego piastunów, w tym oczywiście wyłonionych w drodze wyborów przedstawicieli⁶.

Uprawnienia takie w polskim porządku konstytucyjnym są wyartykułowane w bardzo czytelny sposób. Zaliczyć do nich należy przede wszystkim:

- wolność prasy i innych środków społecznego przekazu wraz z wolnością wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji (gwarantowana zakazem wprowadzania cenzury prewencyjnej – art. 14 w związku z art. 54);
- prawo dostępu do informacji publicznej (art. 61)⁷;

⁴ Dlatego też na płaszczyźnie badań politologicznych wyróżnia się pojęcie referendum prohegemonicznego, którego celem jest utrzymanie lub umocnienie pozycji sprawujących władzę, oraz antyhegemonicznego, którego celem jest umożliwienie przejścia władzy przez opozycję, lub uniemożliwienie większości przyjęcia konkretnego rozstrzygnięcia – zob. A. Antoszewski, *Formy partycypacji obywateli w procesie politycznym*, [w:] A. Antoszewski, R. Herbut (red.), *Demokracje zachodnioeuropejskie. Analiza porównawcza*, Wrocław 1997, s. 221.

⁵ Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁶ Na temat koncepcji tzw. otwartego rządu zob. M. Bernaczyk, P. Kuczma, *Jawność działania władz publicznych jako zasada ustroju Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] B. Banaszak, M. Jabłoński (red.), *Konieczne i pożądane zmiany Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, Wrocław 2010, s. 206 i n.

⁷ Nie tylko w literaturze, ale również w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się, że konstytucyjne prawo dostępu do informacji publicznej ma w praktyce zapewnić „transparentność życia publicznego oraz możliwość świadomego i aktywnego uczestnictwa obywateli w życiu publicznym, wyko-

- prawo do informacji o stanie i ochronie środowiska (art. 74 ust. 3)⁸;
- prawo do nauki (art. 70), którego realizacja musi wiązać się z zagwarantowaniem dostępu do informacji i wiedzy⁹.

Z drugiej strony, trzeba podkreślić, że postanowienia konstytucyjne gwarantują również tzw. autonomię informacyjną jednostki¹⁰, na którą składają się:

- prawo do prywatności (art. 47);
- wolność i ochrona tajemnicy komunikowania się (art. 49);
- nienaruszalność miru domowego (art. 50);
- prawo do ochrony danych osobowych (art. 51)¹¹.

Warto ten katalog uzupełnić o wyraźne wskazanie, że celem zagwarantowania przedmiotowej autonomii jest ograniczenie możliwości pozyskiwania informacji przez państwo o określonej osobie prywatnej. W odniesieniu do osoby publicznej, a w szczególności do osoby pełniącej funkcje publiczne ochrona takiej autonomii ma bardziej ograniczony charakter¹².

Konieczne jest również podkreślenie istnienia szczególnych gwarancji konstytucyjnych wzmacniających uprawnienia informacyjne, a wiążących się z nałożeniem na państwo polskie obowiązków:

nywania społecznej kontroli władz, instytucji i osób pełniących funkcje publiczne” – wyrok TK z dnia 11 maja 2007 r., K 2/07.

⁸ Por. B. Rakoczy, *Ustawa o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko. Komentarz*, Lexis Nexis 2010; B. Banaszak, *Komentarz do art. 74, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 377–378.

⁹ Szerzej na ten temat: S. Jarosz-Żukowska, Ł. Żukowski, *Prawo do nauki i jego gwarancje*, [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja konstytucyjnych wolności i praw jednostki*, Wrocław 2014, s. 631 i n.

¹⁰ Pojęciem takim posłużył się Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 19 lutego 2002 r., U. 3/91, w odniesieniu do konstytucyjnej gwarancji prawa do prywatności i ochrony danych osobowych. Należy jednak szerzej ujmować tę kategorię „autonomię” i dlatego uważam za słuszne dodanie dwóch pozostałych uprawnień o *stricte* ochronnym charakterze, gwarantującym zachowanie takiej właśnie autonomii.

¹¹ Na temat tych uprawnień zob.: J. Rzucidło, *Prawo do prywatności i ochrona danych osobowych*, s. 153 i n.; A. Rogowska, *Wolność i tajemnica komunikowania się*, s. 199 i n., Ł. Kaczkowski, *Nienaruszalność mieszkania*, s. 209 i n., [w:] M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014.

¹² Trybunał Konstytucyjny wskazał, że: „Wyrażone w art. 61 Konstytucji, prawo do informacji zawiera w swej treści uprawnienie do żądania informacji o funkcjonowaniu instytucji publicznych, przede wszystkim zaś instytucji władzy publicznej. Chodzi np. o informacje dotyczące istniejących w ramach danej instytucji procedur i wyznaczanych zadań, procesie ich realizacji, oraz inwestycjach czy organizowanych przetargach. Na gruncie tego przepisu konstytucji nie można przynajmniej *prima facie* wykluczyć, że realizacja prawa do informacji będzie dotykała pośrednio nie tylko działalności publicznej osób publicznych, co jest oczywiste wówczas, gdy jest to działalność wykonywana w ramach i w bezpośrednim związku z funkcjonowaniem określonej instytucji publicznej, ale również sfery z pogranicza ich życia publicznego i prywatnego. Wydaje się jednak, że nie można z góry wykluczyć objęcia tej sfery zakresem konstytucyjnego prawa do informacji, bez zbadania, czy i w jakim zakresie ingerencja taka nie jest usprawiedliwiona na gruncie innych norm konstytucyjnych. Wyrok TK z dnia 20 marca 2006 r., K 17/05.

- rzetelnego i sprawnego funkcjonowania instytucji publicznych państwa polskiego (preambuła);
- stworzenia warunków upowszechniania i równego dostępu do dóbr kultury (art. 6);
- poszanowania i ochrony przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (art. 30).

W żadnym razie katalog ten nie może być traktowany jako enumeratywny. Ze swej istoty realizacja w zasadzie wszystkich konstytucyjnych wolności, praw, i obowiązków wiąże się bowiem z dostępem do informacji i musi być realizowana z poszanowaniem wolności i sprawiedliwości¹³.

Dodatkowo, pamiętać musimy, że funkcjonowanie organów władzy publicznej oparte zostało na zasadzie jawności, łączącym się z prawem wstępu na posiedzenia organów kolegialnych pochodzących z wyborów powszechnych (art. 61 ust. 2 w związku z art. 113 Konstytucji RP)¹⁴, jak również jawności postępowania sądowego i publicznego charakteru ogłaszania wyroków (art. 45 ust. 2 Konstytucji). Z istoty konstytucyjnych regulacji wynika, że każde ograniczenie jawności musi znajdować odpowiednią podstawę ustawową, co jest równoznaczne z tym, że jawność jest standardem, tajemnica zaś wyjątkiem¹⁵.

Biorąc pod uwagę powyższe, trudno zgodzić się z ewentualnymi zastrzeżeniami, które miałyby na celu negowanie istnienia odpowiednich gwarancji zapewniających jednostce możliwość skutecznego dostępu do wielu informacji dotyczących funkcjonowania państwa i reprezentujących go funkcjonariuszy. Wręcz przeciwnie, obowiązujące regulacje zdają się spełniać wymagania stawiane państwu demokratycznemu, a więc takiemu, którego jednym z podstawowych standardów jest transparentność i przejrzystość funkcjonowania jego struktur oraz działających w jego imieniu funkcjonariuszy publicznych.

2. Jawność życia publicznego

Nie są nam aż tak bardzo odległe czasy, w których udostępnianie określonych informacji nie tylko było zakazane, ale wręcz uznawane za zdradę stanu karaną karą śmierci. Tak było np. w XVIII w. w Niemczech, gdzie kara taka groziła za ujawnienie informacji na temat wydatków i dochodów państwa. Zmiana relacji i spojrzenie na obywatela jako podmiot wolności i praw zapoczątkowana została w Europie dopiero w drugiej połowie

¹³ Zob. szerzej: M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji publicznej w trybie wnioskowym*, Wrocław 2009.

¹⁴ Tajność posiedzeń Sejmu i Senatu może być wprowadzone w drodze uchwały każdej z izb, wtedy gdy wymaga tego dobro państwa. Uchwała taka podejmowana jest większością bezwzględną głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów (senatorów).

¹⁵ Na temat ochrony informacji niejawnych zob. M. Jabłoński, T. Radziszewski, *Bezpieczeństwo fizyczne i teleinformatyczne informacji niejawnych*, Wrocław 2012.

XX w.¹⁶, choć w Polsce miało to miejsce dopiero 100 lat później, gdy doszło do uchwalenia, a następnie wejścia w życie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.¹⁷.

Na sferę jawności życia publicznego składa się kilka istotnych elementów. Samo pojęcie jawności identyfikować musimy z istnieniem takiego stanu faktycznego, w ramach którego wszystkie obiektywnie związane z nim informacje, tzn. te dla których ten stan jest źródłem opisu, są bez jakichkolwiek ograniczeń dostępne, tworząc płaszczyznę umożliwiającą pozyskanie określonego rodzaju danych składowych, które w sumie tworzą pełny obraz określonej rzeczywistości. „Jawność” koncentruje się więc na możliwości ustalenia, iż chodzi o zachowanie, zdarzenie, czynność, w szerszym ujęciu ciąg zachowań, zdarzeń lub czynności składających się na określony proces, które jest dokonywane i uzewnętrzniane w sposób dla wszystkich widoczny lub mogący przy wykorzystaniu odpowiednich środków (w tym środków prawnych) i zastosowaniu konkretnych nośników zostać udostępnione każdemu zainteresowanemu¹⁸.

Jawność w tym ujęciu odniesiona do pojęcia życia publicznego będzie musiała oznaczać swobodny dostęp każdego zainteresowanego do informacji dotyczącej państwa, a więc informacji o działalności istniejącego aparatu publicznego i reprezentującej go grupy piastunów. Konieczne jest przy tym przyjęcie założenia, że jawność musi być rozumiana szeroko jako możliwość uzyskania dostępu do informacji o wszystkich przejawach aktywności (jej braku) w obszarze związanych z funkcjonowaniem określonych instytucji publicznych oraz reprezentujących je osób. Ważne jest przy tym podkreślenie, iż tak rozumiana jawność ograniczana tylko przez ustawowo zdefiniowane tajemnice oraz ochronę prywatności dotyczy tak wewnętrznej, jak i zewnętrznej płaszczyzny funkcjonowania struktur publicznych.

W takim właśnie ujęciu jawność życia publicznego w odniesieniu do struktur państwa i jego funkcjonariuszy staje się narzędziem służącym do sprawowania przez każdego zainteresowanego (jak i przez ogół, do którego trafia określona informacja) ogólnej kontroli legalności funkcjonowania tych wszystkich podmiotów i osób, które wchodzi w skład tzw. sfery władztwa publicznego. Kontrola ta koncentruje się zazwyczaj na kil-

¹⁶ Zob. szerzej: M. Bernaczyk, *Konstytucyjne prawo do informacji o działalności posłów i senatorów a zakres podmiotowy ustawy o dostępie do informacji publicznej*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 3, s. 41.

¹⁷ Naczelny Sąd Administracyjny podkreślał w swym orzecznictwie, iż przepis art. 61 ust. 2 Konstytucji może być stosowany samodzielnie, tworząc wystarczającą podstawę udostępniania informacji publicznej. Sprawy te dotyczyły udostępniania informacji o działalności organów gminy, np. wyrok NSA z dnia 30 stycznia 2002 r., II SA 717/01. Sąd działał, opierając się na normie Konstytucji oraz ustawie z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, Dz. U. Nr 74, poz. 368 ze zm.

¹⁸ Jeszcze inaczej można wskazać, że chodzi tu o swobodę dostępu do „posiedzeń organów władzy. Nie chodzi zatem o zapewnienie wiedzy «po fakcie», ale umożliwienie dostępu do wiedzy o aktualnych wydarzeniach. Możliwość obserwacji przebiegu procesów w czasie rzeczywistym daje faktyczną przesłankę do dyskusji nad rozważanymi problemami, zanim przybiorą one postać finalnych rozstrzygnięć”, M. Bernaczyk, *op. cit.*, s. 47.

ku elementach składowych związanych z funkcjonowaniem władzy i reprezentujących ją osób. Przede wszystkim ma na celu pozyskiwanie informacji o tzw. osobach pełniących funkcje publiczne, które można identyfikować z pojęciem osoby publicznej (lecz nie na odwrót). Termin „osoba publiczna” jest jednak znacznie szerszy podmiotowo i obejmuje również osoby zajmujące w życiu publicznym istotną pozycję z punktu widzenia kształtowania postaw i opinii ludzi, wywołujące powszechne zainteresowanie ze względu na określone działania, zaangażowanie społeczne lub dokonania, np. artystyczne, naukowe, sportowe, a także inne wywołujące skutki w sferze publicznej (np. zawody zaufania publicznego i związana z nimi reprezentacja określonych osób przed instytucjami publicznymi, przywództwo określonych ruchów obywatelskich czy grup interesów itd.).

Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, „[...] pojęcie osoby pełniącej funkcje publiczne jest [...] ściśle związane z konstytucyjnym ujęciem prawa z art. 61 ust. 1, a więc nie może budzić wątpliwości, że chodzi tu o osoby, które związane są formalnymi więziami z instytucją publiczną (organem władzy publicznej)”. Zdaniem Trybunału, nie jest jednak możliwe precyzyjne i jednoznaczne określenie, czy i w jakich okolicznościach osoba funkcjonująca w ramach instytucji publicznej będzie mogła być uznana za sprawującą funkcję publiczną. Nie każda bowiem osoba publiczna będzie tą, która pełni funkcje publiczne. W związku z tym konieczne staje się ustalenie, czy „Sprawowanie funkcji publicznej wiąże się z realizacją określonych zadań w urzędzie, w ramach struktur władzy publicznej lub na innym stanowisku decyzyjnym w strukturze administracji publicznej, a także w innych instytucjach publicznych. Wskazanie, czy mamy do czynienia z funkcją publiczną, powinno zatem odnosić się do badania, czy określona osoba w ramach instytucji publicznej realizuje w pewnym zakresie nałożone na tę instytucję zadanie publiczne. Chodzi zatem o podmioty, którym przysługuje co najmniej wąski zakres kompetencji decyzyjnej w ramach instytucji publicznej. Nie każdy zatem pracownik takiej instytucji będzie tym funkcjonariuszem, którego sfera chronionej prywatności może być zawężona z perspektywy uzasadnionego interesu osób trzecich, realizującego się w ramach prawa do informacji. Nie można twierdzić, że w wypadku ustalenia kręgu osób, których życie prywatne może być przedmiotem uzasadnionego zainteresowania publiczności, istnieje jednolity mechanizm czy kryteria badania zakresu możliwej ingerencji. Trudno byłoby również stworzyć ogólny, abstrakcyjny, a tym bardziej zamknięty katalog tego rodzaju funkcji i stanowisk. Podejmując próbę wskazania ogólnych cech, jakie będą przesądzały o tym, że określony podmiot sprawuje funkcję publiczną, można bez większego ryzyka błędu uznać, iż chodzi o takie stanowiska i funkcje, których sprawowanie jest równoznaczne z podejmowaniem działań wpływających bezpośrednio na sytuację prawną innych osób lub łączy się co najmniej z przygotowywa-

niem decyzji dotyczących innych podmiotów. Spod zakresu funkcji publicznej wykluczone są zatem takie stanowiska, choćby pełnione w ramach organów władzy publicznej, które mają charakter usługowy lub techniczny¹⁹.

Przywołanie tak obszernego uzasadnienia stanowiska Trybunału Konstytucyjnego jest niezbędne do wykazania, że nie zawsze wszystkich zatrudnionych w ramach określonych organów i instytucji publicznych będziemy mogli wprost zakwalifikować jako osoby pełniące funkcje publiczne²⁰, podobnie jak nie wszystkich tych, którzy pozostają w określonych relacjach z tymi organami lub instytucjami (np. umowa o dzieło czy zlecenia), będziemy mogli za takie osoby uznać²¹. Rozróżnienie to ma istotne znaczenie z punktu widzenia kolejnej płaszczyzny dookreślającej zakres obowiązków informacyjnych nałożonych bezpośrednio na osoby pełniące funkcje publiczne. Względem osób pełniących funkcje publiczne formułuje się wiele obowiązków ustawowych, których konsekwencją staje się przedstawienie konkretnych informacji dotyczących stanu majątkowego takiej osoby (tzw. oświadczenia majątkowe), jak również takich, które mają na celu udokumentowanie dysponowanie przez nie finansami publicznymi²².

Mając na względzie powyższe, demokracja musi wiązać się immanentnie z istnieniem gwarancji tzw. jawności życia publicznego, którą w zakresie tego opracowania odnosić będziemy do otwartości i transparentności funkcjonowania aparatu państwowego i wszystkich związanych z nim osób piastujących funkcję publiczną, w tym oczywiście parlamentarzystów. Owa otwartość i transparentność w praktyce zapewnić ma możliwość pozyskania najpierw informacji, a potem (potencjalnie) uzyskania wiedzy nie tylko na temat tego, co jest przedmiotem działalności różnego rodzaju organów, ale identyfikacji skutków określonego rodzaju rozstrzygnięć (jak również ich braku). Wiedza ta natomiast

¹⁹ Wyrok TK z dnia 20 marca 2006 r., K 17/05.

²⁰ Na temat tego pojęcia zob. szerzej: B. Banaszak, K. Wygoda, *Pojęcie funkcji publicznej jako przesłanka modyfikująca zakres ochrony danych osobowych*, [w:] *Ochrona danych osobowych wczoraj, dziś, jutro. Personal data protection yesterday, today, tomorrow*, Warszawa 2006.

²¹ „Umowy o dzieło zawierane przez Szefa Kancelarii Prezydenta RP z ekspertami prezentującymi swoje opinie w przedmiocie ewentualnych zmian legislacyjnych związanych z systemem ubezpieczeń społecznych nie czyniły z autorów tych opinii osób pełniących funkcje publiczne, gdyż osoby te we wskazanym zakresie nie tylko nie działały w ramach instytucji publicznej, lecz i ponad wszelką wątpliwość nie przysługiwało im z tytułu przygotowania opinii jakiegokolwiek zakresu kompetencji decyzyjnej (zwłaszcza w ramach instytucji publicznej). Przygotowanie opinii eksperckiej stanowi pewien rodzaj usługi polegającej na zaprezentowaniu określonego poglądu na bazie posiadanej wiedzy, umiejętności czy autorytetu w celu umożliwienia podmiotowi korzystającemu z opinii uwzględnienia w swoim procesie decyzyjnym jak największego spektrum okoliczności i uwarunkowań związanych z określoną tematyką – w tym przypadku z problematyką regulacji prawnej systemu ubezpieczeń społecznych. Kompetencja decyzyjna nie leży jednak po stronie autorów opinii. Tym bardziej samo zawarcie umowy o dzieło nie wyposaża tych osób w jakiegokolwiek kompetencje decyzyjne. Nie można też przyjąć, że proces opiniowania ma bezpośredni wpływ na sytuację prawną innych osób, skoro opinia z istoty swojej nie ma charakteru wiążącego podmiot decyzyjny” – wyrok NSA z dnia 25 kwietnia 2014 r., I OSK 2499/13.

²² Zob. szerzej: A. Wierzbica, *Przepisy antykorupcyjne w administracji publicznej*, Lexis Nexis 2010.

powinna stać się punktem wyjścia do podjęcia przez osobę (podmiot) nią dysponującą działań nakierowanych na wyeliminowanie praktyk, które nie znajdują uzasadnienia w systemie demokratycznym, co może się również wiązać z podjęciem działań nakierowanych na pociągnięcie konkretnych osób piastujących konkretne funkcje publiczne do osobistej odpowiedzialności przed właściwymi organami państwowymi.

Nie budzi wątpliwości, że jawność i przejrzystość dotycząca zasad, mechanizmów i praktycznych aspektów towarzyszących działaniom państwa i jego funkcjonariuszy staje się fundamentem do prowadzenia przez każdego zainteresowanego obywatela kontroli i oceny (merytorycznej, politycznej itd.) potrzeby, zasadności, a także racjonalności działań wszystkich instytucji publicznych. Dlatego też tak istotne znaczenie ma potwierdzenie w Konstytucji RP nie tylko prawa dostępu do informacji publicznej (art. 61)²³, ale sumy wskazanych wcześniej uprawnień oraz zasad.

Zwracając szczególną uwagę na prawo dostępu do informacji publicznej, warto zauważyć, że do dnia 17 października 1997 r. gwarancja taka nie istniała, trudno też było mówić o innych, które stwarzałyby jednostce możliwość skutecznego egzekwowania dostępu do informacji o działalności państwa i jego funkcjonariuszy, w oderwaniu od konieczności wykazania się interesem prawnym bądź faktycznym²⁴. Sytuacji tej nie zmieniły zmiany ustrojowe w latach 1989–1997 r., choć właśnie w tym okresie, w wielu regulacjach ustawowych odwoływano się do zasady jawności publicznej²⁵. Jawność publiczna w zasadzie opierała się w znacznym stopniu na funkcjonowaniu wolnej pracy i egzekwowaniu słabo dostosowanej do zmienionej rzeczywistości ustawy regulującej zasady prawa prasowego²⁶. Generalizując, dotychczasowa ewolucja jawności życia pu-

²³ Na temat treści art. 61 Konstytucji oraz postanowień ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, t.j. Dz. U. z 2014, poz. 782 (dalej: u.d.i.p.) zob. M. Jabłoński, *Udostępnianie informacji publicznej w formie wglądu do dokumentu*, Wrocław 2013, s. 27 i n.

²⁴ W Konstytucji PRL, w jej art. 83 gwarantowano wolność słowa i druku. Przez długi czas żaden z obowiązujących aktów o randze ustawowej nie formułował zasad realizacji tej wolności. W praktyce głoszenie własnych poglądów, a w szczególności indywidualne roszczenie o udostępnienie informacji publicznej przez organy władzy państwowej było fikcją. Sytuacji tej nie zmieniło uchwalenie ustawy – Prawo prasowe z 1980 r. Na temat tej wolności i jej rozumienia w czasie funkcjonowania państwa socjalistycznego zob. L. Wiśniewski, *Gwarancje podstawowych praw i wolności obywateli PRL*, Ossolineum 1981, s. 201 i n.; A. Łopatka, *Podstawowe prawa i obowiązki obywateli PRL*, Warszawa 1978, s. 94 i n.; szerzej na temat jawności zob.: T. Górzyńska, *Zasada jawności w administracji*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 6, s. 19–24.

²⁵ Zob. szerzej: T. Górzyńska, *Prawo do informacji i zasada jawności administracyjnej*, Kraków 1999, s. 19 i n.

²⁶ Ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r., Dz. U. Nr 5, poz. 24 ze zm. Podkreślić też wypada stanowisko SN, który w jednym ze swych orzeczeń potwierdzał, że „rozwiniciem konstytucyjnej zasady jawności życia publicznego są w obowiązującym porządku prawnym przepisy ustaw zwykłych, regulujących w sposób konkretny (i uzupełniający wobec ustawy zasadniczej) określone dziedziny życia w państwie”, wypuklając rolę postanowień ustaw samorządowych oraz ustawy o finansach publicznych, zob. wyrok SN z dnia 1 czerwca 2000 r., III RN 64/00, OSNAP 2001 nr 6. Na szczególne znaczenie jawności finansów publicznych jeszcze przed uchwaleniem u.d.i.p. zwracał uwagę NSA, uznając potrzebę jak największej

blicznego przeszła w Polsce drogę od – w zasadzie – pełnej tajności państwa i jego struktury do uznania, że jawność i przejrzystość, to fundament demokracji i społeczeństwa demokratycznego, a odstępstwo od niej należy traktować jako – ściśle definiowany przez normy prawa powszechnie obowiązującego i odpowiednio interpretowany w praktyce – wyjątek.

Poseł i senator, co nie budzi wątpliwości, to osoby sprawujące funkcje publiczne. Z punktu prawa karnego kwalifikuje się ich jako funkcjonariuszy publicznych (art. 115 § 13 k.k.). Są też zobowiązani do udostępniania różnych informacji, które w istotny sposób stanowią wkroczenie w sferę ich prywatności, a co uzasadniane jest właśnie jako realizacja zasady jawności życia publicznego. Posłowie i senatorowie zobowiązani są do składania oświadczeń majątkowych o swoim stanie majątkowym (dotyczy majątku odrębnego i objętego małżeńską wspólnością majątkową) obejmujących wiele danych definiowanych w art. 35 ust. 1 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora²⁷, a także do odrębnego ujawnienia w Rejestrze Korzyści korzyści przez nich lub ich małżonków uzyskiwanych (art. 35a ustawy)²⁸. Informacje takie podawane są do publicznej wiadomości przez marszałków w formie zapisów elektronicznych.

Warto też przypomnieć, co podkreślał Trybunał Konstytucyjny, że „Jawność oświadczeń majątkowych pozwala wyborcom ocenić, czy osoba składająca oświadczenie podała dane zgodne ze stanem faktycznym, czy majątek uzyskany w trakcie pełnienia funkcji znajduje pokrycie w uzyskiwanych dochodach. Jawność stanowi zatem narzędzie realnej kontroli sprawowanej przez wyborców. W odniesieniu do osób powoływanych na stanowiska lub do pełnienia funkcji publicznych, odpowiednie procedury winny zapewniać podmiotowi powołującemu możliwość zapoznania się z takimi danymi”²⁹.

Sam proces stanowienia prawa również został objęty szeregami regulacji, których cechą wspólną jest dążenie do zagwarantowania jak największej jego jawności i przejrzystości. Dotyczy to nie tylko regulacji, której celem jest identyfikacja prowadzenia działalności lobbingowej³⁰, ale tej, która związana jest z jawnością posiedzeń Sejmu i Senatu, procedur związanych z udostępnianiem informacji publicznej związanej z funkcjonowaniem tych organów, jak i sprecyzowaniem sposobu rozpowszechniania informa-

dostępności do dokumentów urzędowych i zawartych w nich informacji, zob. wyrok NSA w Warszawie z dnia 19 kwietnia 1999 r., II S.A. 304/99.

²⁷ Ustawa z dnia 9 maja 1996 r., t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 7, poz. 29.

²⁸ Szerzej na ten temat: P. Uziębło, *Komentarz do art. 35 i 35a*, [w:] K. Grajewski, J. Stelina, P. Uziębło, *Komentarz do ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora*, Warszawa 2014, s. 418–446.

²⁹ Wyrok TK z dnia 6 grudnia 2005 r., SK 7/05.

³⁰ Na temat postanowień ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingowej w procesie stanowienia prawa Dz. U. Nr 169, poz. 1414 ze zm. i rozwiązań regulaminowych (w przypadku Sejmu i Senatu tryb udostępniania informacji określają regulaminy tych izb. por. np. art. 202a–202c Regulaminu Sejmu RP, M.P. t.j. z 2009 r. Nr 5, poz. 47 ze zm.; art. 37 Regulaminu Senatu M. P. t.j. z 2010 r. Nr 39, poz. 542 ze zm.) zob. szerzej: M. Bernaczyk, P. Kuczma, *op. cit.* s. 213; M. Bernaczyk, *op. cit.* s. 52.

cji z jednoczesnym określeniem zasad rzetelności prasowej i relacji, do jakich dochodzi między politykami (w tym posłami i senatorami) a dziennikarzami³¹. Jak wskazywał Trybunał Konstytucyjny, cechą państwa demokratycznego jest to, że osoba publiczna (poseł, senator, a szerzej polityk, ważny urzędnik, żołnierz, funkcjonariusz, autorytet naukowy lub religijny itp.) „nie może, w imię jakości debaty publicznej, manipulować *post factum* swoimi wypowiedziami. A jeżeli nawet, to opinia publiczna ma prawo to wiedzieć, jako o ważnym elemencie wpływającym na postrzeganie autora takich zmienionych wypowiedzi. [...] Obywatele oczekują, że politycy będą osobami, które mają odwagę podejmowania mądrych decyzji w trudnych sytuacjach. Jeżeli polityk nie jest pewny tego, co mówi, nie jest pewny słów, których używa w sytuacji publicznej, udzielając informacji, to może to być sygnał dla opinii publicznej, że może sobie nie radzić w trudnej sytuacji. Opinia publiczna ma prawo do wiedzy na ten temat”³².

Widać więc wyraźnie, że ocena funkcjonowania organów przedstawicielskich odbywa się na różnych płaszczyznach tak odnoszących się do funkcjonowania Sejmu i Senatu jako całości, jak i przez pryzmat działalności poszczególnych posłów i senatorów³³. W połączeniu z wolnością słowa i prasy, przy jednoczesnym zakazie stosowania cenzury prewencyjnej, jak również wielością osób i podmiotów rozpowszechniających informację w przestrzeni publicznej, przekazywanych jest wiele informacji, które nie zawsze pozytywnie przedstawiają istotę, charakter, jak i sens działania organów przedstawicielskich oraz zasiadających w nich posłów i senatorów³⁴.

³¹ Zob. szerzej: M. Bernaczyk, *op. cit.*, s. 57 i n.

³² Zdanie odrębne sędziego Trybunału Konstytucyjnego Andrzeja Rzeplińskiego do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 września 2008 r., SK 52/05.

³³ Na temat orzecznictwa dotyczącego uznania posłów i senatorów za zobowiązanych do udostępniania informacji publicznej (co do zasady są wyłączeni) i negatywnej analizy podstaw uzasadniających niemożność stosowania przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej zob. M. Bernaczyk, *op. cit.*, s. 59 i n.

³⁴ W jednym ze swych orzeczeń (K 4/06) Trybunał Konstytucyjny przyjął, że „swoboda wypowiedzi jest jednym z fundamentów społeczeństwa demokratycznego, warunkiem jego rozwoju i samorealizacji jednostek. Swoboda ta nie może ograniczać się do informacji i poglądów, które są odbierane przychylnie albo postrzegane jako nieszkodliwe lub obojętne. Rolą dziennikarzy jest rozpowszechnianie informacji i idei dotyczących spraw będących przedmiotem publicznego zainteresowania i mających publiczne znaczenie. Pozostaje to w ścisłym związku z prawem opinii publicznej do otrzymywania informacji. Oczywiście, w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji swoboda wypowiedzi może doznawać ograniczeń”. Wolność wypowiedzi oznacza, jak wskazuje się w literaturze, „swobodę nieskrępowanego przedstawiania opinii, przekonań, poglądów lub informacji faktycznych w najróżniejszych formach (słowem, drukiem, obrazem, dźwiękiem, gestem), lecz zawsze w sposób widoczny dla innych, a więc w procesie komunikacji interpersonalnej” (W. Sokolewicz, *Wolność prasy i jej konstytucyjne ograniczenia*, „PiP” 2008, z. 6, s. 22). W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego podkreśla się nadto, że na tle art. 54 Konstytucji można mówić o trzech odrębnych wolnościach jednostki: wolności wyrażania swoich poglądów, wolności pozyskiwania informacji, wolności rozpowszechniania informacji (zob. np. wyrok P 1/06, OTK ZU nr 2/A/2007, poz. 11). Zgodnie z zasadą rozumienia wyrażeń konstytucyjnych w możliwie najszerszym znaczeniu (zob. P. Sarnecki, *Komentarz do art. 54, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003, s. 1), pojęcia te interpretowane powinny być sze-

Dysponując w rzeczywistości szerokim dostępem do informacji każdy ma możliwość ciągłej oceny działalności organów przedstawicielskich i zasiadających w nich osób. Okazuje się przy tym, że ocena demokracji, jak i samych przedstawicieli zasiadających w organach przedstawicielskich dokonywana przez obywateli jest bardzo negatywna.

Jedne z ostatnich badań CBOS pokazują, że 47 proc. Polaków uważa, że od „ludzi takich jak oni nie zależy ani to, co się dzieje w skali ogólnopolskiej, ani na poziomie lokalnym. Jedna czwarta badanych (26 proc.) ma poczucie wpływu zarówno na sprawy kraju, jak i miasta czy gminy, nieznacznie mniejsza grupa (23 proc.) – wyłącznie na to, co dzieje się w ich miejscowości, natomiast nieliczni (4 proc.) – tylko na sytuację w kraju”³⁵.

Praca parlamentarzystów jest przez Polaków również częściej krytykowana niż chwalona. W sierpniu działalność Sejmu negatywnie oceniło 64% badanych, a Senatu – 47%. Pozytywne opinie o pracy posłów wyraziło tylko 18% badanych, a o pracy senatorów – 23%³⁶.

3. Próba identyfikacji przyczyn negatywnych ocen demokracji przedstawicielskiej

Nieodłącznym elementem demokracji jest niezadowolenie pewnej grupy osób, które stanowią część zbiorowego podmiotu władzy, jakim współcześnie, również w Polsce, jest naród, związane z negatywną oceną jakości i sposobu sprawowania władzy. W wielu też przypadkach ta negatywna ocena identyfikowana jest z tzw. kryzysem demokracji, a gdy bezpośrednio dotyka wybieranych w demokratycznych wyborach przedstawicieli (w Polsce posłów i senatorów) z kryzysem demokracji przedstawicielskiej.

roko, w szczególności wolność pozyskiwania informacji oraz rozpowszechniania informacji powinna dotyczyć także poglądów, a nie tylko faktów. O znaczeniu wolności wyrażania swoich poglądów, szczególnie w kontekście życia publicznego, a zwłaszcza politycznego, Trybunał Konstytucyjny wypowiedział się w sprawie P 1/06, wiążąc ją z wolnością działania jednostki w życiu publicznym. Należy podkreślić, że „uświadomienie społeczeństwu, że w skład statusu jednostki jako *hominem politicus* wchodzi także wolność wyrażania poglądów, bezpośrednio lub poprzez media, a nie tylko ich wyrażania poprzez manifestacje publiczne lub przynależność do organizacji, może przyczynić się do większego zaangażowania się w życie publiczne i przejmowania w szerszym wymiarze odpowiedzialności za wspólne dobro, jakim jest państwo polskie”.

³⁵ Badanie przeprowadzono w dniach 5–16 września 2012 r. na liczącej 985 osób reprezentatywnej próbie losowej dorosłych mieszkańców Polski. Raport BS/6/2014 (http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2014/K_006_14.PDF [dostęp 20.12.2014]).

³⁶ Komunikat z badań CBOS NR 118/2014 (sierpień 2014 r.) - http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2014/K_118_14.PDF [dostęp 20.12.2014]. Warto jednocześnie zauważyć, że negatywna ocena polskich parlamentarzystów jest w zasadzie cechą charakterystyczną każdego przeprowadzanego przed wyborami badania. Np. na początku 2005 r. negatywnie oceniło działalność Sejmu 84% Polaków, a zaledwie 8% wypowiedziało się w tej sprawie pozytywnie. Senat był tylko nieco lepiej oceniany niż Sejm: pozytywne opinie miało o nim w tamtym okresie 16% badanych, 63% było natomiast zdania, że senatorowie niezadowolająco wypełniają swoje obowiązki. – Komunikat z badań BS/19/2005 (styczeń 2005) http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2005/K_019_05.PDF [dostęp 20.12.2014].

Niewątpliwie jakość sprawowania władzy w państwie jest jednym z podstawowych problemów współczesnej demokracji, która jednak może stać się przedmiotem publicznej debaty tylko wtedy, gdy staje się elementem składowym otwartej dyskusji opartej na rzeczywistych faktach, przedstawionych w sposób ogólnie zrozumiały i jednocześnie dający się w odpowiedni sposób zweryfikować. Istotą współczesnych systemów demokracji musi więc być stworzenie takiego systemu gwarancji, który zapewnić będzie możliwość pozyskiwania i rozpowszechniania informacji na temat funkcjonowania instytucji publicznych i reprezentujących ich funkcjonariuszy publicznych. Zdefiniowanie podstaw kształtujących treść tych gwarancji oraz praktycznej możliwości ich realizacji należy uznać za fundament, który determinować będzie ocenę tego, czy rzeczywiście demokracja ma miejsce, czy też jest fikcją.

Paradoksalne jest twierdzenie, że kryzys demokracji ma miejsce wtedy, gdy możemy pozyskiwać określone informacje, poddać je ocenie i w ramach tej oceny rozpocząć, a następnie prowadzić merytoryczną dyskusję, w ramach której konfrontowane będą ze sobą różne poglądy oraz racje. Przesłanką istnienia takiego kryzysu byłoby wyeliminowanie takich gwarancji, co należałoby uznać za zaprzeczenie demokratycznego charakteru państwa, negację istnienia społeczeństwa demokratycznego, tzn. takiego, które nie musi, a nawet nie może być jednomyślne. Demokracja ma to bowiem do siebie, że zawsze umożliwia każdemu zainteresowanemu przedstawienie swojego zdania, nawet jeżeli ma ono zupełnie inne niż większość charakter.

Demokracja musi wiązać się z istnieniem i propagowaniem wielości poglądów, które ze względu na cele przyświecające różnym osobom (grupom społecznym), mogą być zupełnie ze sobą sprzeczne, a nawet się wykluczające. W niektórych przypadkach, jak to ma np. miejsce w USA, poglądy takie mogą nawet godzić w dobra innych osób³⁷, co z perspektywy europejskiej, a przede wszystkim polskiej praktyki prawnej, wydaje się niedopuszczalne. Demokracja w ujęciu modelowym musi być jednak utożsamiana z takim systemem, w ramach którego różnorodność – która polegająca również na odmiennym postrzeganiu tych samych zjawisk – jest standardem, a nie wypaczeniem wzorcowego systemu sprawowania władzy i relacji jednostek, których ogół identyfikowany jest z podmiotem suwerennej władzy.

W takim ujęciu demokracja musi być pojmowana jako przestrzeń ścierania się wielu odmiennych poglądów, w celu osiągnięcia kompromisu zapewniającego sprawne, oparte na zasadzie rzetelności i sprawności działanie państwa. Odnosząc to do państwa polskiego, można byłoby wskazać, że chodzi w przypadku naszej, polskiej demokracji,

³⁷ Zob. szerzej: Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011, s. 131 i n.

o ty, by mieć na względzie dobro Trzeciej Rzeczypospolitej, o którym w wielu miejscach jest mowa w Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.³⁸.

Osiągnięcie kompromisu oparte być musi na uzyskaniu, a następnie na odpowiednim wykorzystaniu informacji. W takim ujęciu informacja i dostęp do niej staje się punktem wyjścia do zainicjowania procesu poznania określonych zjawisk, procedur czy zachowań. Sama informacja nie może być jednak identyfikowana z wiedzą, pozwalającą na zrozumienie i merytoryczną ocenę istniejących praktyk charakteryzujących funkcjonowanie różnego rodzaju instytucji oraz ich piastunów. Informacja jest bowiem dopiero punktem wyjścia, stworzeniem sobie bazy dla późniejszych działań mających na celu poznanie i weryfikację określonego stanu rzeczy. Uzyskanie informacji częściowej, niepełnej, subiektywnie przekazanej, niepoddanej merytorycznej ocenie jest zjawiskiem dość częstym i w istocie charakterystycznym właśnie dla demokracji, która zapewnia właśnie możliwość swobody formułowania różnego rodzaju wypowiedzi. Brak takiej możliwości identyfikowany będzie natomiast z brakiem swobody wyrażania poglądów, a więc będzie zaprzeczeniem jednego z fundamentów, na którym opiera się funkcjonowanie państwa demokratycznego.

Wiedza jest dobrem wyższym, którego uzyskanie wymaga od każdego zainteresowanego podjęcia dodatkowych działań, bazujących już nie tylko na wygenerowanym przekazie danych, ale na poddaniu ich weryfikacji. W takim ujęciu konieczne staje się zebranie sumy informacji, ich odpowiednie przetworzenie, w odniesieniu do obiektywnego punktu odniesienia (suma dokumentów, dowodów itd.). Uzyskanie wiedzy nie jest łatwe i dlatego dość często ocena demokracji i podstawowych jej mechanizmów opiera się na pozyskaniu prostej i niesprawdzonej (lub niepełnej) informacji, która zaburza prawidłową weryfikację określonego rodzaju zdarzeń. Niekiedy też dochodzi do sytuacji, w której mimo uzyskania informacji kompletnej, jej upowszechnienie ma charakter niekompletny (wybiórczy).

Przenosząc ten wątek na płaszczyznę funkcjonowania parlamentu, trzeba sobie zdawać sprawę, że jest to miejsce, w którym podstawowym mechanizmem wydaje się przeprowadzenie rzetelnej i merytorycznej dyskusji, której efektem ma być osiągnięcie konsensusu. Problemem, który charakteryzuje współczesny przekaz informacyjny, jest to, że obywatel otrzymujący informację na temat dyskusji parlamentarnej (również ciał przedstawicielskich na poziomie lokalnym) nie jest w stanie dostrzec dążenia do jakiej-

³⁸ Dobro to przywoływane jest zarówno we wstępie do Konstytucji, jak i jej art. 1 „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”. Odwołanie do dobra wspólnego ma też miejsce w art. 82 Konstytucji RP. Szerzej na ten temat: P. Kaczmarek, *Rozumienie praw i wolności jednostki w Konstytucji RP (między dobrem wspólnym a ideą indywidualistyczną)*, [w:] *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, t. I, *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, Warszawa 2010, s. 289 i n.

gokolwiek osiągnięcia kompromisu. W zasadzie dominujący staje się przekaz o hegemonii jednej opcji dysponującej większością, połączony z tezą o zawłaszczaniu całej sfery decyzyjnej tylko przez jedną grupę, tzw. grupę rządzącą. W zasadzie nie akcentuje się zarówno istnienia jakichkolwiek procesów pozwalających na wymianę poglądów, jak też tych, których celem staje się poszukiwanie tzw. złotego środka. Jednocześnie podkreśla się dość pozorny charakter procedur konsultacji społecznych, które towarzyszyć mają różnym procesom decyzyjnym³⁹, co jest trudne do zrozumienia, jeżeli weźmiemy pod uwagę to, że niepełne wykonanie obowiązku prawidłowego przeprowadzenia konsultacji społecznych, przeczy zasadzie demokratycznego państwa prawnego i wypływającym z niej dyrektywom prawidłowej legislacji (art. 2 Konstytucji), a także – jak się podkreśla w doktrynie – zasadzie społeczeństwa obywatelskiego, z którą wiąże się obowiązek współpracy władz publicznych z organizacjami społecznymi (art. 12 Konstytucji), a także obywatelskie prawo do petycji (art. 63 Konstytucji)⁴⁰.

Negatywne oceny społeczne nie mogą jednak same w sobie stanowić o tym, że mamy do czynienia z rzeczywistym kryzysem demokracji. Wręcz przeciwnie – system, który opiera się na trwałych fundamentach, tzn. istnieniu:

- społecznego i politycznego przekonania o konieczności poszanowania standardów jawności informacji ze sfery życia publicznego;
- prawnie zdefiniowanego modelu i związanych z nim mechanizmów identyfikacji obowiązków informacyjnych w sferze działania struktur państwa i funkcjonariuszy publicznych;
- wyodrębnionych środków, którymi dysponuje zainteresowany pozyskaniem informacji publicznej;

³⁹ „Aby konsultacje uznać za w pełni demokratyczne, należy tak określić zakres podmiotów objętych nimi, by nie pominąć żadnego z potencjalnie zainteresowanych. Należy również okazać elementarny szacunek ich uczestnikom, dostarczać im pełnych informacji o przebiegu prac, o planowanych zmianach pierwotnego projektu, o napływających ekspertyzach itp. Należy napiętnować i zwalczać patologiczne przypadki niearchiwizowania, usuwania i niszczenia dokumentów i ekspertyz finansowanych ze Śródków publicznych za dziesiątki tysięcy złotych. W trakcie prac przed podpisaniem umowy i późniejszych prac legislacyjnych nad ustawą regulującą jakiś zespół stosunków społecznych bądź nad ustawą zezwalającą na ratyfikację umowy międzynarodowej nie mogą zdarzać się sytuacje, w których podmioty uczestniczące dotychczas w konsultacjach nie są wystarczająco lub w ogóle informowane o zmianach wprowadzonych do konsultowanych aktów prawnych, bądź sytuacje, w których wobec tych podmiotów były składane obietnice bez pokrycia. Nie można w tym kontekście zapominać, że konsultacje są niczym innym jak wymianą informacji pomiędzy osobami żywo i bezpośrednio zainteresowanymi nowymi rozwiązaniami prawnymi, posiadającymi na dodatek szczegółową wiedzę na temat potrzeb swojego środowiska. Konsultacje, będąc instytucją nierozzerwalnie związaną z demokratycznym sposobem podejmowania rozstrzygnięć i stanowiąc immanentny element społeczeństwa obywatelskiego, nie mogą funkcjonować prawidłowo bez dostępu do informacji” (B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Konsultacje społeczne i prawo do informacji o procesie prawotwórczym na tle Konstytucji RP oraz postulatu „otwartego rządu”*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2012, nr 4 (43).

⁴⁰ Por. T. Zalasieński, *Konsultacje społeczne rządowych projektów ustaw jako instrument poprawy jakości prawa*, „Kwartalnik KRS” 2010, nr 4, s. 46–47.

- zróżnicowanego i szerokiego katalogu procedur dostępu do informacji, w tym do ewidencji i rejestrów publicznych, przy jednoczesnym zastrzeżeniu istnienia systemowej gwarancji w postaci podmiotowego prawa dostępu do informacji publicznej, którego wykorzystanie musi wiązać się z istnieniem odpowiednich gwarancji procesowych pozwalających na skuteczną jego egzekucję;
- zapewnia trwałość demokracji, nie prowadząc jednocześnie do zakwestionowania rządów przedstawicielskich. Możemy mówić jedynie o pojawianiu się pewnych niedoskonałości modelu.

Istnienie odpowiednich środków oraz organów ochrony wolności i praw jednostki zapewnia jednak nie tylko możliwość ustalenia, czy i w jakim zakresie doszło do naruszenia lub nadinterpretacji obowiązujących reguł, ale również możliwość ich wyeliminowania. Działania takie możliwe są właśnie dzięki gwarantowanej konstytucyjnie sferze uprawnień informacyjnych zapewniających dostęp do informacji. Ich realizacja pozwala opinii publicznej uzyskać informacje, które tworzą podstawę do rozpoczęcia publicznej dyskusji, a następnie (tak w ujęciu modelowym) do wydania merytorycznej oceny opartej na rzeczywistych i obiektywnie zweryfikowanych przesłankach.

Warto jednocześnie zauważyć pewną dość istotną kwestię dotyczącą relacji charakteryzujących demokrację przedstawicielską i bezpośrednią w kontekście realizacji uprawnień informacyjnych. Paradoksalnie, frekwencja w dotychczasowych wyborach i referendach nie potwierdza poglądu o większym zainteresowaniu obywateli w bezpośredniej procedurze sprawowania władzy. Przede wszystkim widać wyraźnie, że największym zainteresowaniem cieszą się wybory prezydenckie, w których bierze udział najwięcej uprawnionych. Widoczne jest to szczególnie w pierwszym okresie po wprowadzeniu rozwiązań charakterystycznych dla systemu demokratycznego. W 1990 r. w pierwszej turze wzięło w nich bowiem udział 60,63% uprawnionych (53,40% w drugiej), w 1995 r. – 64,70% (w drugiej jeszcze więcej, bo 68,23%), w 2000 r. – 61,12% (drugiej tury nie było potrzeby przeprowadzać ze względu na uzyskanie przez Aleksandra Kwaśniewskiego bezwzględnej większości głosów w pierwszej turze głosowania).

W miarę upływu czasu stopień zainteresowania społecznego udziałem w wyborach prezydenckich malał. W 2005 r. w pierwszej turze wyborów wzięło udział tylko 49,74% (nieco tylko więcej, bo 50,99% w drugiej turze), natomiast w 2010 r. zanotowaliśmy pewien wzrost zaangażowania – w pierwszej turze wzięło udział 54,94% (55,31% w drugiej turze).

Specyficznie natomiast kształtowała się frekwencja w wyborach parlamentarnych. Pomijając głosowanie w 1989 r., które miało charakter kontraktowy, co w istocie musiało mieć wpływ na udział w drugiej turze wyborów (w pierwszej turze wzięło udział – 62,70%;

a w drugiej – 25,31%), frekwencja wyborcza tylko dwa razy przekroczyła 50% (1991 r. – 43,20%, 1993 r. – 52,13%, 1997 r. – 47,93%, 2001 r. – 46,29%, 2005 r. – 40,57%, 2007 r. – 53,88%, 2011 r. – 48,92%).

Jeszcze większym zaskoczeniem jest natomiast to, że najmniejszą frekwencją cieszy się udział obywateli w głosowaniach referendalnych, więc tych, które co do zasady mają każdemu obywatelowi polskiemu gwarantować osobisty i bezpośredni udział w procesie sprawowania władzy, w tym przypadku przybierającemu postać wyrażenia woli w konkretnej sprawie. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie charakteryzuje się referendum akcesyjne z 2003 r. Pozostałe charakteryzują się frekwencją zdecydowanie niższą niż 50% (referendum „uwłaszczeniowe” w 1996 r. – 32,40%, referendum „prywatyzacyjne” w 1996 r. – 32,44%, referendum konstytucyjne w 1997 r. – 42,86%, referendum akcesyjne w 2003 r. – 58,85%)⁴¹.

4. Podsumowanie

Wydaje się, że trudno identyfikować niskie poczucie wpływu obywateli na sprawę kraju oraz niską ocenę funkcjonowania organów przedstawicielskich z istnieniem tzw. kryzysu demokracji. Odczucie takie jest raczej wynikiem klasycznego – właśnie dla demokracji – procesu kształtowania świadomości obywatelskiej, tzn. zarówno poznawania zasad, mechanizmów, jak i praktyk funkcjonowania państwa i reprezentujących go funkcjonariuszy. Niekiedy ten proces skutkuje pojawieniem się ogólnej niechęci społecznej będącej wyrazem dezaprobaty, czy to wobec instytucji, czy w odniesieniu do konkretnej osoby (przedstawicieli ugrupowania politycznego lub sumy ugrupowań). W szerszym ujęciu przekłada się to też na możliwy spadek zainteresowania udziałem obywateli w wyborach, czy też referendach, co również w realiach demokracji, która nie łączy się z egzekwowaniem obowiązku udziału w wyborach, może przyjmować postać tzw. bierności w zakresie osobistego udziału w procesach wyborczych i referendalnych. Tytułem przykładu można w tym zakresie przywołać kasus Brazylii, która dotknięta w znacznym stopniu problemem korupcji i utraty społecznego zaufania do elit politycznych charakteryzuje się frekwencją wyborczą liczącą sobie ponad 80%⁴².

⁴¹ Wyniki dostępne na stronie Państwowej Komisji Wyborczej: <http://pkw.gov.pl/wyniki-wyborow-i-referendow/wybory-i-referenda.html> [dostęp 20.12.2014].

⁴² Podmiotowy zakres obowiązku udziału w głosowaniu jest jednak zróżnicowany na podstawie różnych kryteriów. Zob. art. 14 Konstytucji Republiki Brazylii. *Konstytucja Federacyjnej Republiki Brazylii*. Tłum. Agnieszka Wojtyczek-Bonnand. Warszawa 2004. Kryzys zaufania publicznego trwa kilka lat. Jego źródłem jest tzw. afera „Mensalão”, zob. M. Stasiński, *Polityczna ośmiornica. Za posłuszne głosowanie posłowie dostawali po 10–15 tys. dol.*; *Brazylia: parlament ostoja korupcji* teksty zamieszczone pod adresami: http://wyborcza.pl/1,76842,12647142,Polityczna_osmiornica_Za_posluszne_glosowanie_poslowie.html; http://wyborcza.pl/1,76842,13358591,Brazylia__parlament_ostoja_korupcji.html [dostęp 25.11.2014].

Trwałym fundamentem demokracji – co wydaje się niezależne od stopnia zainteresowania udziałem obywateli w procedurach wyborczych – jest utrwalanie procedur dostępu do tej sfery informacji, która dotyczy działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne, a które to w państwie totalitarnym były w zasadzie niedostępne. Możliwość sprawowania rzeczywistej kontroli obywatelskiej, wykonywanej w związku z realizacją uprawnień informacyjnych, wzmocniona wolnością prasy i innych środków przekazu, sama w sobie jest gwarancją demokracji. Oczywiście jest przy tym, że żaden system, w tym również demokracja, nie jest doskonały. Dlatego również w ramach demokracji zdarzały się i będą się ujawniać pewne zjawiska, które negatywnie wpływają na ocenę konkretnych procedur, czy zachowania się funkcjonariuszy publicznych. W sytuacji, w której istnieją realne mechanizmy pozwalające zarówno na wyegzekwowanie informacji ujawniających pewne odstępstwa od przyjętych reguł, jak też ich rozpowszechnienie i rozpoczęcie publicznej debaty, teza, zgodnie z którą mamy do czynienia z kryzysem demokracji, wydaje się przesadzona. Z kryzysem demokracji będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy tajność stanie się regułą, a nie ustawowo sprecyzowanym wyjątkiem, oraz dopiero wtedy, gdy mimo ujawnionych nieprawidłowości, istniejące instytucje prawne nie podejmą lub nie będą zdolne do podjęcia właściwych działań prowadzących do wyciągnięcia stosownych konsekwencji prawnych, politycznych oraz społecznych. Uważam, że istniejąca sytuacja, w tym ta charakteryzująca praktykę funkcjonowania nie tylko instytucji państwowych, ale w szczególności tych, które identyfikują realizację uprawnień informacyjnych, przeczy w pełni twierdzeniom nie tylko o zachwianiu, ale wręcz o zaprzeczeniu demokratycznego charakteru Rzeczypospolitej Polskiej. Generalnie można odnieść wrażenie, że jak zwykle sprawdza się stare polskie powiedzenie: „Cudze chwalicie, swego nie znacie”.

Transparência da vida pública e a questão da crise da democracia representativa

Resumo

O artigo aborda a importância da chamada publicidade na vida política para a apreciação dos padrões da democracia contemporânea. O exame, alicerçado no arcabouço institucional polonês, tem por escopo medir se o sentimento decrescente dos cidadãos sobre a sua influência mínima nos assuntos do país, bem como a pequena participação eleitoral das populações podem atestar o fenômeno qualificado habitualmente como crise da democracia representativa.

O pressuposto precípua diz que o fundamento essencial e durável da democracia – independentemente do grau de interesse dos indivíduos na participação dos eventos de votação universais – é o fortalecimento dos procedimentos de acesso à informação no que tange às atividades das autoridades públicas, bem como das pessoas que desempenham as funções públicas, o que foi proibido nos regimes totalitários. As possibilidades do verdadeiro controle cívico – exercido com relação à realização dos poderes informativos e reforçado pela ação da mídia

– e em si mesmo a garantia da democracia. Nenhum sistema, incluído também o democrático, é perfeito. Por isso, nas democracias ocorrem igualmente os determinados fenômenos nocivos, os quais influem negativamente na avaliação dos procedimentos e comportamentos dos servidores públicos.

Neste contexto, a opinião sobre a crise da democracia – quando existem os mecanismos reais que permitem a extração das informações reveladoras das infrações das regras estabelecidas, bem como a sua ampla difusão como alvo de debate na sociedade, parece exagerada. A crise da democracia ocorre quando o segredo é a regra e não uma exceção exatamente limitada, bem como quando depois de descobrir as irregularidades, as instituições do Estado não fazem nenhuma ação oportuna, dirigida a tirar as indispensáveis consequências de caráter jurídico, político e social.

Palavras-chaves: transparência da vida pública, crise da democracia representativa, informação pública, acesso aos dados, Polônia.

Artur Ławniczak

Polska i brazylijska monarchiczność

Streszczenie

Brazylia stała się monarchią w 1822 r., gdy uzyskała niepodległość, a republiką w 1889 r. W Polsce natomiast początki monarchizmu podobno sięgają X w., ale dopiero w 1025 r. Bolesław Chrobry został pierwszym królem Polski. Natomiast republikę wprowadzono w 1918 r., kiedy Naczelnikiem Państwa został Józef Piłsudski. W Brazylii za jego odpowiednika można uznać Manuela Deodoro Fonsecę. Podstawą prawną monarchii w Brazylii była Konstytucja z 1824 r., a w Polsce Ustawa Rządowa z 3 maja 1791 r.

Zarówno w Polsce, jak i w Brazylii współcześnie namiastkami monarchii są senaty. Pozaostałością przedrepublikańskich czasów jest także instytucja jednoosobowej głowy państwa. Upadek Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej pokazuje, że mamy do czynienia z ustrojowym powrotem, który znajdzie swój dalszy ciąg. Można się zatem spodziewać, że w Polsce oraz w Brazylii dojdzie do ponownego ustanowienia monarchii w myśl powiedzenia *caia na real, monarquia e um ideal!*

Słowa kluczowe: cesarstwo, królestwo, parlamentaryzm, głowa państwa, demokracja

Zarówno w Polsce, jak i w Brazylii na aktualnym etapie rozwoju nie odnajdziemy w konstytucyjnie zatwierdzonym oficjalnym modelu ustrojowym monarchiczności, bowiem przed kilkoma lub kilkunastoma dziesiątkami lat państwa te stały się republikami. Mimo to ich monarchiczna przeszłość wciąż daje znać o sobie, rzucając długi cień na współczesną rzeczywistość ustrojowo-polityczną, dość płytko przenikniętą fundamentalnymi republikańskimi ideami czy też wartościami, które nie są bliżej znane nie tylko zwykłym obywatelom, ale także rządzącym elitom, pozbawionym w gruncie rzeczy własnego paradygmatu sprawowania władzy, który byłby immanentnie związany z narodowo-państwową tożsamością któregoś z dwóch przedzielonych oceanicznymi przestrzeniami krajów. Być może, wytłumaczeniem tego stanu rzeczy jest rezygnacja z koronowanej monokracji, będącej naturalną formą sprawowania władzy, w związku z czym jej porzucenie skutkuje kryzysogennym społeczno-politycznym zagubieniem, jakie próbuje się zaczarować ciągłymi nawoływaniami do przeprowadzenia reform, zazwyczaj osadzanych w republikańsko-demokratycznym kontekście, co, według krytyków pore-

wolucyjnego Nowego Porządku, skazuje je na powierzchowność i pozorność z powodu hołdowania wciąż jeszcze popularnym nowoczesnym dogmatom, które przecież już nie raz dowiodły, że są jałowe i szkodliwe.

Zanim radykalni nowożytni republikanie zaczęli na szerszą skalę epitetami tego rodzaju charakteryzować zarówno pokryte czcigodną patyną, jak i całkiem świeże państwa monarchiczne, odmawiając im racji bytu, stały się one dominującą częścią europejskiego prawnopolitycznego pejzażu, co sprawiło, że kolonialne podboje odtwarzały go w innych częściach świata. Dzięki właśnie tej prawidłowości Portugalczycy rozszerzyli swe królestwo m.in. na Brazylię, która w ten sposób znalazła się w tym samym „obozie ustrojowym” co Polska, przy czym w przypadku tej drugiej monarchiczna tradycja, odnoszona do wciąż istniejącej państwowości, traktowanej jako kontynuacja istniejącej gdzieś przed wiekami jej wyjściowej postaci, jest znacznie głębiej zakorzeniona i ginie w pomroce dziejów. Dlatego też można twierdzić, że istnieje chthoniczna, immanentnie zrośnięta z wielkopolsko-małopolską glebą, rodzima polańsko-wiślańska wersja odwiecznie obecnej na ziemskiej kuli monarchiczności¹. Wypada zatem traktować jej polską odmianę jako niezwykle istotną część pozostawionego przez przodków ideowego legatu, głęboko osadzonego w narodowej podświadomości, mimo destrukcyjnego oddziaływania republikańskiego eksperymentu, wciąż jeszcze krótkotrwałego w zestawieniu ze stuleciami monarchicznej przeszłości, obecnej zarówno w królewskich zamkach Krakowa i Warszawy, jak i narodowo-państwowym godle w postaci białopiórego orła, ponownie ozdobionego koroną po nastaniu III RP².

Przypomina ona o obdarzeniu zrodzonej gdzieś między górskimi łańcuchami Sudeków i Karpat a wodami Bałtyku państwowości tą wyrazistą oznaką władania, co miało miejsce w pierwszych dekadach XI stulecia, gdy Bolesławowi Chrobremu udało się uzyskać dla odziedziczonej po książęcych przodkach państwowości status królestwa,

¹ Niektórzy badacze stoją na gruncie teorii podboju, zakładającej stworzenie państwowości na terenie Wielkopolski wskutek inwazji dokonanej przez germańską drużynę zbrojną, co przypominałoby latopisową opowieść Nestora o skandynawskich korzeniach Rusi Kijowskiej powołanej do państwowego życia przez wareski hufiec, zaproszony nad Dniepr przez niezorganizowanych wschodnich Słowian. W odniesieniu do ich zachodnich pobratymców nie zachował się porównywalny z kroniką ruskiego mnicha tekst, zawierający opowieść o zewnętrznym pochodzeniu pierwszego władcy, ale nawet gdyby tak było, to zapewne doszło do „internalizacji”, personalnego i duchowego przejęcia władzy przez tubylców, co przetrwało w ludowej tradycji, zawierającej narrację o plebejskim, a zatem miejscowym Piaście, pokonującym zdegenerowanych Popielidów i zapoczątkowującym rodzimą dynastię.

² W okresie Polski Ludowej herbowy ptak został pozbawiony tej cennej ozdoby, gdyż „złożył ją u stóp zwycięskiego polskiego ludu”. Powróciła ona na swoje miejsce w 1990 r. wskutek rewizji Konstytucji w wersji, jaka obowiązywała w przedwojennej II RP po zamachu majowym, kiedy to przekształcono zamkniętą koronę na otwartą, co wiązało się z pozbawieniem jej krzyża. Zaakceptowanie przez posłów wybranego w 1989 r. kontraktowego Sejmu nieobecności tego odwołania do chrześcijaństwa w sferze państwowej symboliki oznacza, że oficjalni przedstawiciele Narodu złożyli ukłon w stronę „neutralności światopoglądowej”, będącej w o wiele większym stopniu zgodną z kanoniczną europejską aksjokracją w jej oficjalnej brukselskiej wersji niż z „bliskowschodnim zabobonem”.

jaki, póki co przynajmniej, utraciła w 1918 r., gdy Rada Regencyjna zrzekła się władzy na rzecz Józefa Piłsudskiego, patronującego procesowi instalowania republikańskich instytucji ustrojowych³. W międzyczasie zdarzało się, że państwo polskie przestawało istnieć lub jego ranga ulegała obniżeniu wskutek przekształcenia w księstwo, natomiast, w przeciwieństwie do Brazylii, nigdy nie osiągnęło statusu cesarstwa i zdaje się, że nie były podejmowane żadne poważniejsze próby w tym kierunku, co zdawałoby się świadczyć o tym, że królewska postać państwowości jest tą, jaka w szerokiej historycznej perspektywie najbardziej odpowiada stypizowanym polskim oczekiwaniom.

Brazylijski *casus* jest nieco odmienny, jako że na terytorii przyszłego największego państwa Romanoameryki dojrzały już monarchizm został przeniesiony ze Starego Świata na pokładach wypływających z Lizbony karawel, obsadzonych przez poddanych Króla Portugalii. Ta iberyjska monarchia ma krótszy rodowód od polskiej, w związku z czym jej początki są dość dobrze udokumentowane. Rozwinęła się ona ze stworzonego w XI w. przez Alfonsa VI Kastylijskiego hrabstwa, które podniosło swój status w 1139 r., gdy syn hrabiego Henryka Burgundzkiego Alfons I został namaszczony na króla. Wynikałoby z tego, że najpierw Hiszpanie i Burgundowie zaszczyli monarchiczność na portugalskim gruncie, a następnie została ona przeniesiona na pozbawione do tej pory państwowości obszary po drugiej stronie Atlantyku⁴, nazwane początkowo Ziemią Prawdziwego Krzyża

³ Nomenklaturowo zagadnienie formy państwa po ustąpieniu regentów pozostawało otwartą kwestią, albowiem Komendant stał się Naczelnikiem Państwa, który to tytuł sugeruje ustrojową nieodookreśloność, stan zawieszenia między odnowionym w 1916 r. Aktem 5 Listopada Królestwem Polskim a przyszłą formą ustrojową, jaka zostanie zapisana w nowej Konstytucji. O popularności republikanizmu świadczyły to, że jeszcze przed powrotem Piłsudskiego do Warszawy proklamowano w Lublinie powstanie Tymczasowego Rządu Ludowego Republiki Polskiej, a 22 listopada 1918 r. ukazuje się Dekret o najwyższej władzy reprezentacyjnej Republiki Polskiej, ale z drugiej strony w tym jurydycznym akcie stwierdza się, że Piłsudski ma nosić „neutralny” tytuł Tymczasowego Naczelnika Państwa, a „publikujące najważniejsze akty prawne państwa wydawnictwo, uruchomione po uzyskaniu niepodległości, nie podkreślało żadnych rozwiązań ustrojowych, przyjmując neutralną nazwę «Dziennik Praw Państwa Polskiego»”. Cz. Brzoza, *Polska w czasach niepodległości i II wojny światowej*, [w:] S. Grodziski / J. Wyrozumski / M. Zgórnjak (red.), *Wielka historia Polski*, t. IX, Kraków 2001, s. 14 i 88–89. Na dodatek wkrótce po tym „prekonstytucyjnym” Dekrecie oficjalna nazwa państwowości uległa zmianie, w związku z czym wybrany na początku 1919 r. Sejm był już organem Rzeczypospolitej Polskiej, która to nazwa, odziedziczona wszak po I RP, mogła, jak przed 1795 r., współgrać z monarchiczną formą państwa. Jednakże w 1921 r. parlamentarzyści rozstrzygnęli wskutek akceptacji postanowień Konstytucji Marcowej, że odrodzona Polska będzie republiką, choć utrzymanie starej nazwy państwa stwarza pewną dwuznaczność, przypominającą o tym, że nad Wisłą świadomy i konsekwentny republikanizm nigdy nie cieszył się szczególnym uznaniem, co jest dobrym prognostykiem dla tych, którzy ewentualnie w przyszłości podejmą poważną próbę powrotu do tradycyjnej postaci naszej państwowości.

⁴ „Na terenach dzisiejszej Brazylii nie istniało żadne zorganizowane państwo indiańskie. Co prawda, są pewne dane, iż swego czasu zamieszkiwały te ziemie plemiona stojące na wysokim poziomie kultury. Wymarły one jednak na wiele lat przed przybyciem Europejczyków”. A. Tuszyńska, *Brazylia*, Warszawa 1954, s. 13. W przeciwieństwie zatem do Meksyku czy Peru, gdzie istniały robiące wrażenie indiańskie monokracje, porównywalne, jeśli chodzi o rozmiary i rozbudowę państwowych struktur z europejskimi państwami, na tych amerykańskich terenach, jakie kolonizowali portugalscy osadnicy, nie istniały jakiegokolwiek większe organizmy polityczne. W związku z tym nie można, co prawda, zanegować funkcjonowania

względnie Ziemią Świętego Krzyża. Zawładnięcie nią przez luzytańskich konkwistadorów znalazło swój sformalizowany wyraz w ustanowieniu przez Jana III w 1548 r. instytucji gubernatora generalnego⁵, po czym w 1793 r. Brazylia uzyskała status wicekrólestwa⁶, zapowiadający powstanie samodzielnej brazylijskiej państwowości⁷.

Jej powstanie zostało przyspieszone dzięki temu, że do największej portugalskiej kolonii przybył uchodzący przed napoleońskimi wojskami w 1808 r. książę-regent Jan wraz z królewskim dworem, aby przeczekać francuską okupację w największej kolonii, dzięki czemu Salvador de Bahia stał się monarszą rezydencją⁸. Sprawilo to, że Brazylijczycy przyzwyczaili się do tego, iż panujący przebywa pośród nich i zapragnęli utrwalić ten stan rzeczy. Życzeniem stało się zadość, mimo że będący już królem Jan powrócił do

tubylczych organizmów politycznych, ale nie wykroczyły one poza fazę trybalistycznego wodzostwa, nie wywierając w związku z tym specjalnego wrażenia na europejskich przybyszach, co sprawia, że pozostający w powijakach prekolumbijski monarchizm, tak samo jak co najmniej równie wątpli republikanizm, nie odgrywa żadnej poważniejszej roli w oficjalnej brazylijskiej ideologii, mimo intensywnego promowania indygenizmu wszelkiej maści w drugiej połowie poprzedniego stulecia.

⁵ Decyzja ta spowodowała zacieśnienie więzów łączących kolonizowany kraj z Portugalią, gdzie zaczęto rutynowo traktować go jako jej część, skoro czytamy, że „począwszy od nominacji generalnego gubernatora coraz częściej Ziemię Świętego Krzyża nazywano Prowincją”, przez co „podkreślano jej związek z metropolią”. L.J. Sliozkin, *Ziemia Świętego Kriesta. Odkrytije i zawojowanie Brazylie*, Moskwa 1970, s. 90. Ustanowienie gubernatorskiego urzędu wynikało z tego, że król uznał, iż niezbędne jest „stworzenie ośrodka koordynującego wysiłki i inicjatywy zmierzające do rozwoju i obrony kolonii”. *Brazylia*, Warszawa 1990, s. 24. Później jej elita doszła do wniosku, że Portugalia jest niepotrzebna do realizacji tych zadań, które zapewne będą lepiej uskuteczniane bez zamorskiej opieki, przynoszącej coraz mniej pożytków wskutek słabnięcia metropolii.

⁶ „Uporządkowano wtedy system skarbowy i sądowniczy, unowocześniono administrację, usunięto jezuitów i pod względem prawnym zrównano Indian z ludnością pochodzenia europejskiego”. W. Maik [et al.] (red.), *ABC ŚWIAT – Ameryka Południowa*, s.d., s. 111. Dzięki tym reformom Brazylia dokonała „wyjścia ze Średniowiecza”, stając się krajem, w jakim zaczęły obowiązywać „niezbędne w oświeconej monarchii standardy”, utrzymane i uzupełnione o kolejne po uzyskaniu niepodległości.

⁷ Początkiem charakteryzującego ją populacyjnego *boomu* była dokonująca się na dużą skalę emigracja z Półwyspu Iberyjskiego, która doprowadziła do tego, że „połowa prawie ludności portugalskiej przeniósł się do Ziemi Św. Krzyża i stała się najważniejszym zaczynem przyszłej narodowości brazylijskiej, mieszając się z żywiołem tubylczym, indiańskim, jak i z napływowym z Afryki, murzyńskim”. T.S. Grabowski, *Brazylia i jej dzieje*, Kraków 1947, s. 30. Ową wielorasowość wypada uznać za jeden z czynników sprzyjających ogłoszeniu Cesarstwa, gdyż określenie to może się kojarzyć z obejmującym rozmaite ludy, rasy i religie Imperium, którego potęga bierze się z umiejętnego wykorzystania owego zróżnicowania.

⁸ „22 stycznia 1808 r. książę João wraz z rodziną wylądował [...] w Salvadorze, stolicy kapitanii Bahia i dawnej stolicy Brazylie. Wrażenie w sennym mieście było ogromne [...] gdyż nigdy dotąd żaden europejski monarcha nie przyjechał do kolonii, by z niej rządzić imperium”. To, że król udał się właśnie do Brazylie, nie było dziełem przypadku, lecz przemyślaną decyzją, bowiem spośród zamorskich posiadłości *Imperium Lusitanum* to właśnie południowoamerykańska kolonia miała największe znaczenie, co znajdowało swoje potwierdzenie w tym, że „była już silniejsza od metropolii”. M. Kula, *Brazylia*, [w:] T. Łepkowski, *Wojny o niepodległość (1801–1825)*, [w:] T. Łepkowski, M. Kula, J. Szemiński (red.), *Dzieje Ameryki Łacińskiej od schyłku epoki kolonialnej do czasów współczesnych*, t. I 1750–1870/1880, Warszawa 1977, s. 242. Uświadomienie sobie przez brazylijską elitę własnej przewagi nad popadającymi w dekadencję rządzącymi kręgami „zapatrzonych w świetną przeszłość niewielkiego kraju na marginesie Europy” skutkowało narastającym przeświadczeniem o konieczności separacji i podążenia własną ścieżką rozwoju.

Lizbony, gdyż na miejscu pozostał królewicz Piotr, który w 1822 r. stał się Konstytucyjnym Cesarzem oraz Protektorem i Nieustającym Obrońcą Brazylii, przy czym koronę cesarską otrzymał od legitymizującego go oddolnie zgromadzenia prawodawczego⁹, z czego wynika, że „don Pedro został obrany cesarzem brazylijskim”¹⁰. Imperium przetrwało do 1889 r., kiedy to Piotr II został obalony przez nielojalnych poddanych.

Zwraca uwagę to, że brazylijski panujący przybrał niezwykle dumnie brzmiący cesarski tytuł, kojarzony w Europie z państwowością, mającą imperialistyczne, czy wręcz uniwersalistyczne zapędy. Wydaje się, że Piotr był pod wrażeniem napoleońskiego cezaryzmu, uśmiercającego wielowiekowe *Imperium Romanum*, co zachęcało do krzewienia cesarstwa w unowocześnionej postaci również na zaoceanicznym gruncie, tym bardziej że w europejskiej nomenklaturze przyjęto nazywać cesarstwami odległe monarchie, jeśli imponują one wielkością i splendorem¹¹, a przecież również w brazylijskim przypadku miało tak być.

Efekt tego zamiaru nie zdążył jednak pokryć się dostojną patyną, skoro właściwa, odrębna od niegdysiejszej metropolii, zinstytucjonalizowana brazylijska monarchiczność trwała przez niecałe stulecie. Uzyskała ona postać konstytucyjnej monokracji, co znalazło swój wyraz w pochodzącym z 1824 r. akcie prawnym najwyższej rangi¹², zre-

⁹ *Wielka encyklopedia powszechna ilustrowana*, t. IX, Warszawa 1893, s. 387. „12 października 1822 Zgromadzenie Narodowe ogłosiło Pedra cesarzem Brazylii. Tytuł cesarski odpowiadał panującemu jeszcze wówczas klimatowi bonapartyzmu”. S. Zaborski (A. Krajewski), *Cukier, złoto i kawa. Dzieje Brazylii*, Warszawa 1973, s. 119. Napoleon nawiązywał do rudymenarnego, antycznego cezaryzmu, w związku z czym należy przypomnieć, że cesarstwo w swojej rzymskiej genezie jest wyprowadzane, na przekór przedrepublikańskiemu królestwu, z woli ludu i ów *leitmotiv* mniej lub bardziej wyraźnie pojawia się na różnych etapach wielowiekowych dziejów tej postaci państwa.

¹⁰ F.H. Lewestam, *Brazylija, Brazylija*, [w:] *Encyklopedia Powszechna*, t. IV, Warszawa 1860, s. 342. Akceptacja cesarza przez jego podwładnych na przestrzeni dziejów przyjmowała formę luźnej aklamacji, względnie, jak w Brazylii, jurydycznie sformalizowanej procedury „namaszczenia” władcy przez działający w imieniu ogółu kolektywny organ, w czym odnajdziemy odwołanie się do tradycji wybierania średniowieczno-nowożytnego Cesarza Rzymskiego przez monarchiczno-hierokratyczne kolegium elektorskie, działające w imieniu populistycznie brzmiącej Rzeszy, która może wszak być rozumiana jako przynajmniej potencjalnie nasycona ludowym pierwiastkiem *Res Publica*.

¹¹ „W nauce europejskiej przyjęte jest [...] określanie mianem cesarstw egzotycznych imperiów o wielkim obszarze lub posiadających władzę, którego prymat uznawany jest przez podrzędniejszych monarchów (Chiny, Indie, imperium Khmerów, Turcja, Persja/Iran, Etiopia, arabskie imperia Almorawidów, Almohadów i innych, prekolumbijskie imperia Azteków i Inków)”. J. Bartyzel, *Cesarstwo*, [w:] J. Bartyzel, B. Szlachta, A. Wielomski, *Mysł polityczna: główne pojęcia, doktryny i formy ustroju*, [w:] J. Bartyzel, B. Szlachta, A. Wielomski, *Encyklopedia polityczna*, t. I, Radom 2007, s. 34. Na formalnoprawnej płaszczyźnie nomenklaturowa różnica między tymi państwami a Brazylią polega na tym, że ich władcy sami nie określali się mającym europejski rodowód tytułem cesarza. Oficjalnie znalazł on zastosowanie poza Europą wskutek tworzenia na dekolonizowanych obszarach państwowości, kopiujących stosowane na Starym Kontynencie formy ustrojowe.

¹² Brazylijski ustrojodawca wzorował się, podobnie jak wielu innych XIX-wiecznych koronowanych autorów konstytucji, na Ludwiku XVIII, który wkrótce po powrocie do Paryża w 1814 r. zastąpił napoleoński porządek ustrojowy swoim, opisanym na stronicach oktrojowanej przez Burbona Karty. Stała się ona alternatywnym względem republikańskiej Konstytucji USA wzorcem spisane Najwyższego Prawa, kreującym wizję państwa, jaka stała się niezwykle popularna, co sprawiło, że przed pierwszą wojną

dagowanym przez składającą się z monarszych nominatów Radę Stanu, stworzoną z woli Piotra „dla opracowania jego własnej konstytucji”¹³. Ów obowiązujący do końca monarchii i deklarujący świętość osoby panującego dokument w typowy dla państw tego rodzaju sposób wyznaczał granice cesarskiej władzy¹⁴, co sprawiało, że największa monarchia Zachodniej Półkuli stała się ograniczona¹⁵ i pozostała taką do końca swoich dni. Wypada ją zaliczyć do charakterystycznej dla Ameryki kategorii państwowości tworzonych wskutek przemyślanej decyzji ośrodka politycznego, urzeczywistniającego zamiar rozerwania ścisłych prawnopolitycznych więzów łączących kolonię ze Starym Światem przez powołanie do życia nowego, niepodległego bytu, otrzymującego na starcie swojej historii prezent w postaci gotowego ustroju. Oznacza to, że brazylijska monarchia w swojej stosunkowo krótkiej historii nie doświadczyła przemian, jakim podle-

światową zdecydowana większość monarchicznych państw Wschodniej Półkuli podążyła szlakiem wyznaczonym nad Sekwaną, przekształcając się w skonstytucjonalizowane królestwa lub cesarstwa, przy czym ta druga forma ustrojowa pojawiła się także we Francji, gdy na tronie zasiadł Napoleon III, próbujący iść w ślady swojego słynnego imiennika, co skutkowało m.in. interwencją w Meksyku i ustanowieniem tam w 1864 r., jakżeby inaczej, również cesarstwa z Maksymilianem Habsburgiem na tronie. Był to drugi na północnoamerykańskim kontynencie eksperyment z taką postacią państwowości, naśladowany eksperyment z 1822 r., gdy w tymże samym Meksyku po cesarską godność sięgnął przeistoczony w Augustyna I generał Iturbide. Obie te próby, podobnie jak dwa cesarskie epizody z historii Haiti, gdzie w 1804 r. cesarzem został Augustyn I, a w 1849 r. Faustyn I, okazały się krótkotrwałe. W historii Haiti pojawiło się też królestwo, ale również ono nie przetrwało długo, w związku z czym brazylijski *casus* pozostaje, przynajmniej póki co, najpoważniejszą z zainicjowanych i przeprowadzonych na latynoamerykańskim gruncie oficjalnych prób monarchizacji tamtejszej społeczno-politycznej rzeczywistości.

¹³ H.M. Bailey, A.P. Nasatir, *Dzieje Ameryki Łacińskiej*, Warszawa 1965, s. 397. „Rozwiązawszy Konstytuante, Pedro wyznaczył – za przykładem Napoleona – złożoną z 10 prawników Radę Stanu, która szybko opracowała tekst konstytucji”. S. Zaborski (A. Krajewski), *Cukier...*, s. 122. Wydaje się, że taki sposób tworzenia konstytucji jest bardziej racjonalny niż metoda, polegająca na powoływaniu wielopartyjnej komisji, w łonie której dochodzi do heroicznych bojów między walczącymi o dominację politykami. Efektem takich poczynań staje się zazwyczaj „kulawy kompromis” w postaci wewnętrznie rozdartego aktu prawnego. Gdy mamy natomiast do czynienia z jednym, pochodzącym od mającego spójną wizję ustrojową jednoosobowego podmiotu, projektem, wówczas wystarczy dokonać w nim stylistycznych poprawek przez uzależnione od właściwego autora ciało, z założenia akceptujące podstawowe założenia proponowanego systemu prawnopolitycznego, w klarowny sposób przedstawianego w końcowym tekście, przeważnie odznaczającym się wysokim poziomem literacko-jurydycznym. Tak można scharakteryzować typową konstytucję, napisaną, jak w brazylijskim przypadku, pod przemożnym wpływem czynnika monokratycznego, niedopuszczającego do pluralistycznego rozwichrzenia, rozmywającego ustrojodawcze przesłanie.

¹⁴ „Monarcha mógł wydawać dekrety z mocą ustaw, posiadał prawo weta, mógł odraczać parlament, a nawet rozwiązywać go. Cesarz mógł ogłaszać wojnę i zawierać pokój oraz nawiązywać kontakty z obcymi państwami. Mianował członków Rady Państwa, ministrów, urzędników, oficerów armii i marynarki, przedstawicieli dyplomatycznych i gubernatorów prowincji”. A. Gajewski, *Z dziejów Brazylii*, Warszawa 1969, s. 172.

¹⁵ Mimo to można natknąć się w literaturze na stwierdzenie, że „charakterystyczną cechą konstytucji było przyznanie cesarzowi pełni władzy”, po czym następuje wyliczenie umieszczonych w Konstytucji monarszych kompetencji. W.I. Jermolajewa, L.J. Sliozkin, M.S. Al’perowicz (red.), *Ocierki istorii Brazylji*, Moskwa 1962, s. 104. Katalog ów nie zawiera wszystkich dających się wyobrazić działań głowy państwa, z czego wynika, że jednak, przy założeniu respektowania konstytucyjnego porządku, jego uprawnienia zostały ujęte w nieprzekraczalne jurydyczne ramy.

gały jej europejskie odpowiedniki, w związku z czym przeszła ona do historii jako zasadniczo niezmienny model, odpowiadający typowym dla okresu odreagowania na generowane przez zrewolucjonizowanych Francuzów gwałtowne przemiany standardom, syntetyzującym ukoronowaną monokratyczność z parlamentaryzmem.

W znacznie dłuższych i bardziej skomplikowanych dziejach polskiego upaństwowionego monarchizmu też odnajdziemy taki schemat stosunków między najważniejszymi organami w państwie, ale jest on tylko jednym z kilku wariantów ustrojowych, jakie pojawiły się na położonych między Niemcami a Rosją środkowoeuropejskich nizinach i wyżynach. Zaznały one wszak smaku monarszych pierwocin, ujawniających się wówczas, gdy silne jednostki wybijały się ponad szukającą przywódcy gromadę, gdyż nadszła wojenna potrzeba wymuszała ustanowienie wodza. Był on wybierany przez wiec na okres prowadzenia zbrojnych działań, po zakończeniu których jego władza z założenia dobiegała kresu, z czego wynika, że taki premonarcha działał w sytuacji zapowiadającej kadencyjność, z tym że nie przybrała ona jeszcze sztywnej postaci wyraźnie określonego odcinka czasu, w jakim ma być realizowane władztwo. W czasach wyłaniania się monarchii z gminowładztwa było ono „jednozadaniowe” i ustawało z chwilą zrealizowania przez przywódcę militarnej misji, jaka została mu powierzona. Jednakże gdy przeciągała się ona w czasie, władza energicznej jednostki ulegała wzmocnieniu i zwiększała się szansa na to, że zostanie ona zastąpiona przez potomka, domniemanie również obdarzonego wojskowymi talentami. W ten sposób wykluwała się dziedziczność, tym niemniej w zbiorowej świadomości przechowała się pamięć o elekcyjnej genezie monarchii, która da o sobie znać, gdy dojdzie do przesilenia, skłaniającego do modyfikacji wczesnomediewalnego modelu państwowości.

Przybrał on kształt przedparlamentarnej monarchii patriarchalno-patrymonialnej, w której król, względnie książę, był zasadniczo jedynym podmiotem prawa państwowego, podejmującym jednoosobowo decyzje kształtujące los całej podległej mu wspólnoty. Taki model władzy państwowej wyraziście jest widoczny za dwóch pierwszych historycznie poświadczonych Piastów, wkraczających oficjalnie na arenę wielkiej europejskiej polityki wraz z ochrzczeniem Mieszka I w 966 r. On i jego syn Bolesław, nie bez powodu nazwany Wielkim, trzymali silną ręką Wielkopolskę oraz sąsiadujące z nią krainy. W ten sposób powstała nad Wartą pierwotna polska państwowość i utrzymała się w tym stanie, co prawda, nie bez poważnych zaburzeń, niemalże do końca czwartej dekady XI w. Ogólnopolskie panowanie Piastów zostało odtworzone w XIV stuleciu, gdy na krakowskim tronie zasiadą ostatni ogólnopolscy monarchowie z tej dynastii, a mianowicie Władysław Łokietek oraz jego potomek Kazimierz Wielki.

Zanim jego ojciec ponownie zjednoczył Wielkopolskę z Małopolską, scalony przez Mieszka i Bolesława organizm polityczny powrócił w pewnym stopniu do stanu, jaki ist-

niał przed unifikacją, albowiem w 1138 r. Bolesław Krzywousty podzielił swe państwo na kilka pokrywających się z geograficzno-trybalnymi krainami części, jakie przypadły w udziale jego synom. Owa parcelacja nie miała jednak oznaczać definitywnego rozczłonkowania ojcowizny, ponieważ ustanowiono instytucję senioratu. Seniosem miał być najstarszy w rodzie książę, mający prawo zasiadać w kojarzonym ze stołecznością Krakowie, będącym najważniejszym grodem małopolskiej dzielnicy, która została wyznaczona do odgrywania roli *residuum* ponadprovincialnej tradycji polskiej państwowości, która to konstrukcja przypomina co nieco typowy dla amerykańskich, w tym dla brazylijskiego, państw nieunitarnych dystrykt federalny, stanowiący centrum przyciągania dla dysponujących określonym stopniem niezależności części składowych, współkonstytuujących większą wspólnotę, której władza dysponuje kluczowymi dla państwowości kompetencjami. Jej medialną prefiguracją był urzędujący na Wawelu senior, panujący nie tylko nad przysługującą mu z tego tytułu, obejmującą dorzecze górnej Wisły krainą, lecz także nad swoją osobistą dzielnicą, połączoną z małopolską personalną unią, zapowiadającą zarówno przyszłą reintegrację ogólnopolskiej państwowości, jak i wszelkiego rodzaju ponadpaństwowe wspólnoty, połączone wskutek panowania w nich tego samego monarchy.

Jedną z nich powstała w 1370 r., gdy na opróżnionym po śmierci Kazimierza Wielkiego polskim tronie zasiadł panujący na Węgrzech Ludwik. Po jego śmierci „jednorazowe” połączenie nadwiślańskiej państwowości z naddunajską dobiegło kresu, ale nie oznaczało to porzucenia idei oficjalnego wiązania z sobą sąsiednich państw za pomocą wykorzystania możliwości immanentnie związanych z monarchią. Mogą się one objawić wskutek zmiany przez panującego stanu cywilnego, ponieważ w instytucji małżeństwa tkwi duży polityczny potencjał, wspomagany podniesieniem go przez chrześcijaństwo do rangi sakramentu, łączącego w Imię Boże dwie osoby w trwałą związek, mogący powodować dalekosiężne prawno-polityczne skutki wówczas, gdy na ślubnym kobiercu stają władcy. Tego rodzaju konsekwencje nastąpiły wskutek poślubienia w 1386 r. Ludwikowej córki Jadwigi, dziedziczącej po rodzicu polską koronę, przez władającego w Wielkim Księstwie Litewskim Jagiełłę, który po chrzcie i zaślubinach stał się królem, co sprawiło, że przez parę lat Polska poniekąd stała się diarchią, skoro jednocześnie panowało w niej dwóch królów. Był to epizod, jako że Jadwiga kilkanaście lat po ślubie zmarła, ale zawarta dzięki jej ożenkowi unia polsko-litewska przetrwała kilka wieków, zachęcając przez to innych do naśladowania tego rozwiązania¹⁶.

¹⁶ Także sami Polacy uciekali się do niego, gdy wskutek wyboru zagranicznych władców na swój tron doprowadzili najpierw do polsko-szwedzkiej, a następnie polsko-saksońskiej unii personalnej. Były to jednak znacznie mniej udane przedsięwzięcia niż polsko-litewska unia, choć w szlacheckich masach sentyment do Sasów przeżył rozbiory i jeszcze dzisiaj zajmuje on pewien obszar w zbiorowej wyobraźni obywateli kolejnej Rzeczypospolitej. Co bardziej świadomi spośród nich uzasadnią go tym, że za panowania Wettynów „zakładano przepiękne parki, wznoszono wspaniałe pałace, powstawała muzyka naj-

Znalazło ono również zastosowanie, choć krótkotrwałe, w transatlantyckim wydaniu, służącym przekształceniu stosunków między europejską częścią *Imperium Lusitanum* a największą spośród jego części. Otóż zanim jeszcze południowoamerykańska posiadłość zupełnie uniezależniła się od Lizbony, została postawiona na równi z macierzą w 1816 r., kiedy to po zgonie Marii I panowanie przeszło do rąk Jana VI, który ogłosił, że będzie sprawował władzę w Zjednoczonym Królestwie Portugalii, Brazylii i Algarve. Przyjęcie takiej nomenklatury było efektem oficjalnego stworzenia przez Jana w 1815 r. Królestwa Brazylii¹⁷, co wychodziło naprzeciw pojawiającym się wśród lizbońskiej elity koncepcjom nadania formalnie większego znaczenia latynoskiej części portugalskich terytorialnych zdobyczy kolonialnych¹⁸. Doszło zatem do powstania dwuczłonowej unii¹⁹, połączonej osobą monarchy, uznającego odrębną brazylijską tożsamość oraz odrębne instytucje władzy państwowej, powstające w Rio de Janeiro.

Eksperyment ten nie przetrwał próby czasu, tym niemniej stanowi interesujący fragment dziejów politycznych Brazylii, która zaledwie kilka lat po wyraźnym rozluźnieniu związków z metropolią weszła na drogę samodzielnego rozwoju, prowadzącą w stronę modnej na Zachodniej Półkuli republikańskiej. Przykład Kanady pokazuje jednak, że nie jest ona wszechogarniająca, skoro nie ogarnęła wielkiego kraju na półno-

wyższej klasy. Wszystkie gałęzie sztuki znajdowały licznych mecenasów”. N. Davies, *Boże igrzysko. Historia Polski*, Kraków 2010, s. 471.

¹⁷ „W ten sposób [...] Brazylią znalazła się w rzędzie królestw jako wolne kondominium związane z Portugalią”. A. Gajewski, *Z dziejów...*, s. 152. Kondominium oznacza współpanowanie co najmniej dwóch państw nad tym samym terytorium, z czego wynikałoby, że w danym wypadku mamy do czynienia ze współwładaniem nad Brazylią Portugalii i samej Brazylii, który to schemat miał być powielony w Portugalii, stającej się *per analogiam* portugalsko-brazylijskim kondominium z akcentem na przewagę dotychczasowej kolonii, skoro na jej terytorium przebywał wspólny monarcha.

¹⁸ „Proklamowanie Królestwa Brazylii [...] realizowało [...] potrzebę” przekształcenia „Imperium Portugalskiego w rodzaj [...] «commonwealthu». Były nawet w Portugalii projekty, by już poprzednik João VI przeniósł się do Rio de Janeiro i przyjął tytuł «Cesarza Zachodu»”. M. Kula, *Historia Brazylii*, Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk – Łódź 1987, s. 64. Przyjęcie takiego tytułu budziłoby zapewne skojarzenia z Cesarstwem Zachodniorzymskim, które oddzieliło się od wschodniej części poprzednio zjednoczonego Imperium pomimo tego, że nie oddzielały ich, jak w przypadku Brazylii i Portugalii, wodne przestworza Oceanu. Decydujące były różnice kulturowe między helleńskim Orientem i rzymskim Okcydentem. Do tego ostatniego wypadła zaliczyć Portugalie, przenoszącą łańciski paradygmat cywilizacyjny na podbijane zamorskie terytoria. Te ostatnie wraz z krzepnięciem tamtejszych społeczeństw nabierały swoistości, co skutkowało powiększaniem się mentalnej różnicy między ich mieszkańcami a tymi, którzy zamieszkiwali niehiszpańską część Półwyspu Pirenejskiego. Podobnie jak dla Jankeśów Angliki, tak dla Brazylijczyków Portugalczycy stali się wyzyskującymi Amerykanów cudzoziemcami, którzy nie powinni więcej decydować o losach Nowego Świata.

¹⁹ Za niezwykle istotną przesłankę jej powstania należy uznać przekonanie co do tego, że „maleńka Portugalia była zbyt słaba, aby móc dalej panować nad wielką Brazylią lub skutecznie przeciwstawiać się jej wyzwoleniu”. W.Z. Foster, *Zarys politycznej historii Ameryki*, Warszawa 1956, s. 169. Pobyt Jana w zamorskim terytorium sprawił, że mógł się utwierdzić w słuszności tego poglądu, gdy osobiście się przekonał o potężnych możliwościach rozwoju rozległej latynoskiej kolonii, kontrastujących z niewielkim potencjałem „małego kraju na skraju Europy”, nostalgicznie zapatrzonego w sławną przeszłość, która „przemineła wraz z karawelami”.

cy Ameryki, którego rządzące kręgi konsekwentnie uznają angielskiego monarchę za głowę swojej państwowości. Być może zatem, gdyby portugalsko-brazylijska unia przetrwała, to nie doszłoby do obalenia monarchii w obu jej składowych częściach. *Per analogiam* zatem nie można wykluczyć, że gdyby portugalsko-brazylijska unia przetrwała, to nie doszłoby do obalenia monarchii w obu jej składowych częściach, integrowanych przez panującą w nich osobę. Pokazuje to, że konstrukcje tego typu są trudne do utrzymania bez znajdujących się na ich szczycie koronowanych władców, mających większą siłę przyciągania niż pogrążeni w egalitarności republikańscy przywódcy.

Nie jest zatem zapewne przypadkiem, że właśnie tego rodzaju politycy zdobyli przywództwo w postkolonialnych państwach, wybierających się na niepodległość w rytm wolnościowych i równościowych haseł. Nie odnajdziemy wśród nich przykładu na zakończone sukcesem samodzielne, uniezależnione od Europy aplikowanie monarchicznego paradygmatu, ponieważ kolonialna tradycja okazała się za krótka na stworzenie odpowiednich dla niego warunków, wymagających istnienia zakorzenionego na danym terytorium społeczeństwa, które byłoby na tyle przekonane co do tego, że stanowi udaną kopię metropolitalnego wzorca, że z pełnym przekonaniem zaaprobowałoby próbę zamorskiego odtworzenia standardowego feudalnego wzorca ustrojowego w krajobrazie pozbawionym średniowiecznych zamków. W Starym Świecie monarchiczność w jej nowożytnym kształcie wyłaniała się stopniowo z jej bardziej archaicznych form, stanowiących naturalny podkład dla ich dostosowanej do nowych okoliczności kontynuacji, organicznie powiązanej z zapowiadającymi ją ustrojowymi osiągnięciami przeszłości. Postkolonialne państwowości mogły do niej pośrednio nawiązywać, jeśli utrzymały pewne zinstytucjonalizowane związki z macierzystymi monarchiami, natomiast w sytuacji ich braku prędzej czy później zwyciężała republikańska opcja, oparta na założeniu zanegowania słuszności przeważającej w europejskiej historii politycznej formy państwa²⁰.

Trudno się zresztą dziwić odrzucającym monarchiczność potomkom europejskich wychodźców, skoro nawet na Starym Kontynencie znalazła się ona w odwrocie, jak cho-

²⁰ Na pozaeuropejskich obszarach monarchie przetrwały tam, gdzie nie nastąpiła sformalizowana kolonizacja, jak w Japonii albo Syjamie, w związku z czym mamy do czynienia z ciągłością państwowego bytu, idącą w parze z przechowaniem własnej postaci monarchiczności, nietraktowanej jako importowany z Europy fenomen. Podobnie jest w Maroku, Suazi i Lesotho, które, co prawda, dostały się pod panowanie przybyszów z innego kontynentu, ale nie doprowadziło ono do masowego napływu osadników, przekształcających społeczno-kulturowe oblicze terenów, zamieszkałych przez utrzymującą swą tożsamość ludność, akceptującą wywodzące się spośród niej monarsze dynastie pomimo ich kolaboracji z kolonizatorami, domniemanie podejmowanej ze świadomością przejściowego charakteru ich władania. Jego akasmitne zakończenie było łatwiejsze wówczas, gdy istniała gotowa alternatywa dla niego w postaci sprawowania rządów przez osobę powszechnie znaną i poważaną ze względu na dziedziczną przez nią królewską godność, w wielu przypadkach stanowiącą niezwykle istotną składową część zbiorowej tożsamości poddanych, niepragnących bynajmniej rzucania jej wyzwania poprzez zaprowadzenie bliżej im nieznanym republikańskich porządków.

ciężby w Polsce, gdzie bez szczególnego oporu doszło do odwrócenia się od naturalnej formy państwowości, co bynajmniej nie pociągnęło za sobą odrzucenia jej dorobku, gdyż nie potrafiono znaleźć sensownej alternatywy dla niego. Dlatego też RP wciąż jest parlamentokracją, jaka korzysta z istniejących w I Rzeczypospolitej rozwiązań. Wszak już przed rozbiorem doszło do ukształtowania dwuczłonowej legislatury i ten bikameralny model do dzisiaj jest typowym ustrojowym zjawiskiem nie tylko w Polsce, ale również w wielu innych republikach i monarchiach. Uzasadnieniem dla takiego ukształtowania ciała prawodawczego jest opisane już w antycznej Helladzie odróżnienie pierwiastka arystokratycznego od plebejskiego, którego znaczenie rośnie wraz ze społeczno-polityczną demokratyzacją. Jeśli nie doprowadza ona do zanegowania potrzeby zachowania w obrębie społeczno-politycznego ustroju wyodrębnionej jurydycznie warstwy lepiej urodzonych, to powstaje sytuacja sprzyjająca stworzeniu rozwiązania, pozwalającego na zinstytucjonalizowane wyrażanie interesów dwóch zasadniczych części składowych narodu politycznego, rozumianego jako ogół osób formalnie uprawnionych do partycypacji w życiu publicznym.

W polskim przedrozbiorowym porządku ustrojowym, ewoluującym po zaproszeniu na tron litewskiego księcia w stronę zwiększenia partycypacji poddanych w procesie władania, po śmierci ostatniego króla z jagiellońskiej dynastii przewidywano możliwość organizowania zgromadzenia, teoretycznie obejmującego wszystkie obdarzone prawami politycznymi osoby, zbierające się w celu dokonania wyboru monarchy, wszakże taka *electio viritim* była wyjątkiem od zasady podejmowania mających ogólnopaństwowe znaczenie decyzji przez przedstawicieli ogółu, konstytuujących parlament. Jego wyższa, arystokratyczna izba, nosiła zaczerpniętą ze starożytnego Rzymu nazwę Senat, natomiast liczniejsza, działająca w imieniu szlacheckich mas, niższa część legislatury była nazywana Izbą Poselską. Współtworzyły one Sejm, w skład którego wchodził jeszcze jednoosobowy podmiot w postaci Króla, co sprawiało, że parlament przedstawiał sobą syntezę czynnika monokratycznego z oligokratycznym i demokratycznym, demonstrując w ten sposób mieszany charakter polskiego ustroju politycznego, będący zdaje się niezwykle pożądaną cechą monarchii parlamentarnej, w swej klasycznej, *ergo* wczesnej postaci, jawiącej się jako ucieleśnienie idei umiarkowanego ustroju, unikającego wszelkich skrajności poprzez umiejętne harmonizowanie wyrazistych wizji organizacji władzy państwowej, ulegających złagodzeniu wskutek ich połączenia. Jego charakter w monarchicznym polskim parlamentarystyce wyróżniał się, obok angielskiego, na europejskim tle rosnącym znaczeniem niższej izby, zdominowanej w typowej dla innych państw polikameralnej strukturze organów prawodawczych przez pozostałe dwie izby, mogące przegłosować stanowisko zajęte przez przedstawicieli trzeciego stanu. W Polsce natomiast parlamentarni przedstawiciele szlacheckiej rzeszy uzyskiwali rosnącą przewagę

nad senatorami, antycypując to, co dokonało się w porewolucyjnych warunkach wskutek postępującej demokracji, skutkującej zmianą stosunku sił w relacjach między izbami w typowym dla XIX wieku dualistycznym europejskim parlamencie.

Nad Wisłą napotkamy go w Księstwie Warszawskim i Królestwie Polskim, stanowiących dwie wersje porozbiorowych monarchii konstytucyjnych, w jakich okrojona przez Napoleona względnie Aleksandra I *Carta Magna* zawierała wizję ustroju politycznego. Miał on stanowić atrakcyjną alternatywę dla skrajnego jakobińskiego ludowładztwa, znoszącego stanowe podziały i związane z nimi instytucje w imię pochłaniającej wszystko jednolitości, znajdującej swój instytucjonalny wyraz w jednoczęściowej legislatywie. Symplicyzm ten został zastąpiony w autoryzowanych przez cesarza konstrukcjach dualizmem, przypominającym o znaczeniu czynnika arystokratycznego, odzyskującego dzięki Senatowi możliwość sformalizowanego współdecydowania o losach kraju, przy czym *expressis verbis* zaakcentowano związek wyższej izby legislatury z monarchicnością, bowiem zarówno napoleońska, jak i aleksandrowska Konstytucja przyznała panującemu uprawnienie nominowania senatorów²¹. Instytucja, w jakiej zasiadali, została zatem wskrzeszona wraz z państwowością, aby dzielić następnie jej losy, z wyjątkiem okresu, gdy nastąpiła nawiązująca do radykalnego francuskiego republikanizmu demokracja ludowa względnie socjalistyczna, hołdująca przekonaniu, że „Senat jest albo niedemokratyczny albo niepotrzebny”²².

²¹ W Księstwie Warszawskim byli oni wirylistami, bowiem, podobnie jak w I Rzeczypospolitej, „w senacie [...] mieli zasiadać biskupi, wojewodowie i kasztelanowie, dożywotnio mianowani przez króla”. S. Kieniewicz, *Historia Polski 1795–1918*, Warszawa 1996, s. 43. Z kolei w Królestwie Polskim „Senat, według brzmienia konstytucji składał się z: książąt krwi cesarsko-królewskiej, biskupów, wojewodów, kasztelanów [...] Senatorów mianował król dożywotnio”. S. Kowal, *Historia Polski od 1795 do 1864 roku*, Poznań 1997, s. 82. Brak kadencyjności jest rozwiązaniem ewidentnie sprzecznym z republikańskimi standardami. Tak samo należy ocenić umieszczenie w arystokratycznym gremium członków monarszej rodziny, jeszcze dzisiaj zasiadających w brytyjskiej Izbie Lordów, trwającej w ustrojowym pejzażu Zjednoczonego Królestwa wskutek odruchowej niechęci konserwatywnych Wyspiarzy do „zarażonych chorobliwym dogmatyzmem radykalnych projektów politycznych, maniacko lęgnących się w niespokojnych umysłach kontynentalnych doktrynerów”.

²² Takie było przesłanie przedwojennego krakowskiego konserwatysty Konstantego Grzybowskiego, rozgłaszane *urbi et orbi* w 1946 r. podczas kampanii propagandowej, poprzedzającej pierwsze w polskiej historii referendum, którego jedno z trzech pytań odnosiło się do zagadnienia likwidacji Senatu. Za takim rozwiązaniem opowiadali się przejmujący władzę w Rzeczypospolitej komuniści, wskazujący na zbędność tego „ustrojowego przeżytku”, mającego podzielić los instytucji koronowanej głowy państwa. Warto przypomnieć, że w tych państwach Europy Środkowo-Wschodniej, w jakich w okresie międzywojennym były monarchie, po znalezieniu się tej części Kontynentu w radzieckiej strefie wpływów zorganizowano głosowania ludowe, mające zalegitymizować ustanowienie republiki. Przedsięwzięcia te przywodzą na myśl ich brazylijski ekwiwalent z lat 90. XX w., kiedy to w największym państwie Ameryki *post factum* zatwierdzono przez *vox populi* zmianę formy państwa. Podobnie można potraktować polski przypadek, jeśli zinterpretujemy jego przypieczętowany anihilację wyższej izby parlamentarnej oficjalny wynik jako opowiedzenie się za konsekwentnym odrzuceniem starych form ustrojowych, „odsyłanych na śmietnik historii przez progresywny Duch Czasu”.

Wbrew temu zawołaniu instytucja ta rozpowszechniła się na Zachodniej Półkuli, gdzie jankeski republikanizm przybrał bardziej umiarkowaną od francuskiej postać, co sprawiło, że bez specjalnych oporów sięgano po starorzymskie rozwiązanie, przydające aurę nobliwości domniemanie czcigodnym mężom, zasiadającym w nielicznym gremium, przeznaczonym dla osób, mających być zinstytucjonalizowanymi autorytetami dla mas. Takie przekonanie podzielał zaoceaniczny ustrojodawca, gdy na kartach pierwszej Konstytucji z 1824 r. umieszczał Senat w brazylijskim pejzażu ustrojowym, nadając monarsze, podobnie jak nad Wisłą, prawo mianowania dożywotnich senatorów²³.

Złożone z nich gremium miało odgrywać rolę zachowawczego czynnika, powstrzymującego zbyt daleko idące zapędy drugiej części ciała prawodawczego, bardziej nacechowanej ludowością, choć w monarchicznej Brazylii podlegała ona sublimującej filtracji, jako że „Izbę Deputowanych wybierano pośrednio w drodze powszechnego głosowania dorosłych mężczyzn, przy czym prawo głosowania ograniczone było przepisami dotyczącymi majątku i wykształcenia”²⁴. Takie rozwiązanie łagodziło domniemany radykalizm niższej izby, sprawiając, że tożsamościowa różnica między nią a Senatem ulegała pewnemu zmniejszeniu, co nie oznaczało wszakże przekreślenia sensu nadania legislatywie dualistycznego kształtu, zgodnego z monteskuszowską ideą przeciwstawiania sobie organów władzy państwowej w imię zapobiegania absolutyzmowi. Została ona przeszczepiona na amerykański grunt, gdzie w USA zaadaptowano ją, podobnie jak następnie w Polsce, na potrzeby republikańskiej formy państwowości, co nie przeszkadzało w XIX stuleciu temu, że znalazła zastosowanie w wersji bardziej przypominającej koncepcję francuskiego teoretyka, odnoszącego potrzebę segmentacji władzy publicznej do monarchii konstytucyjnej. Właśnie tak stało się w Brazylii i wypada uświadomić sobie, że monarchiczny bikameralizm stanowi, jak do tej pory, najdłuższą próbę przeniesienia monteskuszowskiego schematu w jego oryginalnej wersji na tereny Nowego Świata. Idea dwuczęściowej legislatywy okazała się na tyle silna, że przetrwała republikanizację państwowości, co sprawia, że alternatywna względem wyjściowej postać brazylijskiego państwa nie stanowi zupełnego jej zaprzeczenia, gdyż ciągle istnienie Senatu musi przypominać co bardziej świadomym obywatelom o bogatej historii obdarzanych tą nazwą podmiotów, w której republikańskie wątki pojawiają się obok

²³ Byli oni wybierani przez głowę państwa „spośród kandydatów wysuniętych przez prowincje”. A. Gajewski, *Z dziejów...*, s. 172. Dostrzegamy w tej konstrukcji zapowiedź federalizacji, nietrudnej do urzeczywistnienia w państwie, powstałym dzięki połączeniu oddalonych od siebie skupisk osadniczych, posiadających w związku z tym rozwinięte poczucie odrębności, jakie szczególnie dało znać o sobie już po ukonstytuowaniu się brazylijskiej państwowości, gdy w 1824 r. w Pernambuco ogłoszono utworzenie Konfederacji Równikowej. Z kolei pod koniec lat 30. XIX w. na terenie prowincji Santa Catarina podjęto niezwykle poważną próbę zrzucenia „brazylijskiego jarzma”, a w następnej dekadzie doszło do efemerycznej secesji prowincji Rio Grande do Sul.

²⁴ H.M. Bailey, A.P. Nasatir, *Dzieje...*, s. 400.

monarchicznych, co sprawia, że gdy w Brasilii gromadzą się senatorowie, to nieuchronnie co bardziej wrażliwi z nich odczuwają tchnienie cesarskiej przeszłości.

W wielu dzisiejszych republikach monarchiczność przypomina o sobie także wtedy, gdy zwrócimy uwagę na głowę państwa, zazwyczaj mającą jednoosobową postać. Taka jej konstrukcja doktrynalnie nie jest najwłaściwszym rozwiązaniem dla państwa, które teoretycznie jest własnością wszystkich jego obywateli, co powinno iść w parze z daleko posuniętym egalitaryzmem, wykluczającym istnienie, szczególnie na szczeblu najwyższej władzy publicznej, obdarzonych wyrazistą tożsamością jednoosobowych instytucji, rzucających wyzwanie ideologicznie spójnej republikańskiej aksjologii, preferującej takie byty, jakie oddają przesłanie antymonarchicznej wspólnotowości, zdecydowanie łatwiejszej do odnalezienia w kolektywnych podmiotach.

Tym niemniej zazwyczaj mamy do czynienia na republikańskim gruncie ze specyficzną wersją eponimicznej dla monarchii instytucji, przekształcającej się w monokratyczny *ersatz*, świecący mocno przyćmionym blaskiem teoretycznie odrzuconego oryginału, którego atrakcyjność wciąż jednak przemawia do wyobraźni politycznych elit, podążających starymi szlakami, mimo zmiany ustrojowej fasady. Ze zjawiskiem tym mamy jak najbardziej do czynienia w Polsce, gdzie nawet paradoksalnie doszło do wzmocnienia czynnika monokratycznego po formalnej rezygnacji z monarchiczności, skoro w 1918 r. zamiast trójosobowej Rady Regencyjnej nastąpił Naczelnik Państwa. Później, po uchwaleniu w 1921 r. Konstytucji Marcowej, miejsce tego z założenia tymczasowego organu zajęła prezydentura, wybitnie wzmocniona dzięki Konstytucji Kwietniowej z 1935 r., wychodzącej naprzeciw oczekiwaniom konserwatywnie nastawionych ośrodków, pragnących, aby monarchiczne tęsknoty znalazły częściowe ukojenie w figurze Pierwszego Obywatela, odpowiedzialnego wyłącznie „przed Bogiem i historią” i obdarzonego rozległymi kompetencjami.

Konstrukcja ta została odrzucona, gdy po drugiej wojnie światowej nastąpiły nowe porządki, które znalazły swój jurydyczny wierzchołek w Konstytucji Lipcowej z 1952 r. Była ona przepojona skrajnym, czerpiącym natchnienie z jakobińsko-bolszewickich źródeł, republikanizmem, co znalazło swój wyraz w zastąpieniu prezydentury wieloosobową Radą Państwa. Stanowiła ona emanację Sejmu, co nawiązywało do konwentalnego modelu ustrojowego znad Sekwany, wyrażającego radykalne odejście od monarchizmu, zastąpionego dysponującym teoretyczną pełnią delegowanej władzy ludowym przedstawicielstwem. Jego część w polskiej wariacji stawała się organem zastępującym parlament między sesjami i realizującym „tradycyjne kompetencje głowy państwa”. Została ona zatem w warunkach ludowej, a następnie socjalistycznej demokracji rozparcelowana, przyjmując pluralistyczny kształt, konstytuowany przez kilkanaście, a potem nawet kilkadziesiąt osób. Przy odrobinie dobrej woli nietrudno dopatrzeć się w tym roz-

wiązaniu arystokratycznego czy też oligarchicznego wątku, co pokazuje, że w zasadzie nie jest możliwe zupełne abstrahowanie od klasycznej arystotelesowskiej klasyfikacji form ustrojowych.

Potwierdzeniem tej tezy jest niekwestionowane w oficjalnym życiu politycznym znaczenie osoby, sprawującej funkcję I Sekretarza Polskiej Zjednoczonej Partii Robotniczej. Mimo że do 1976 r. PZPR nie była w Konstytucji, a stanowisko jej I Sekretarza nigdy nie zostało poddane procesowi konstytucjonalizacji, był on powszechnie traktowany, zarówno w Polsce, jak i poza jej granicami, jako Przywódca Partii i Państwa. W radzieckim lub sowietoidalnym systemie był on przez wielu postrzegany jako jego uosobienie, o czym dobitnie świadczy to, że w 1956 r. na XX Zjeździe KPZR potępiono stalinizm ze względu na to, że był on przejawem niedemokratycznego „kultu jednostki”, nadmiernie wybijającej się ponad masy. Mimo tej krytyki nie zlikwidowano instytucji jednoosobowego przywództwa w jedynej, względnie, jak w polskich warunkach, hegemonicznej Partii. Istniały w niej, co prawda, gremia w postaci niewielkiego liczebnie, a zatem oligokratycznego Biura Politycznego lub znacznie większego Komitetu Centralnego, ale poza kryzysowymi przełomami, gdy zachodziła potrzeba zmiany na stanowisku I Sekretarza, to właśnie on był instynktownie traktowany przez masy, także te pozapartyjne, jako żywy Symbol Systemu, a zatem również państwowości, w jej ówczesnej postaci. Nie jest zatem przypadkiem, że w 1989 r., gdy decydowano o personalnej obsadzie przywróconego urzędu Prezydenta, został nim generał Wojciech Jaruzelski, będący w latach 80. XX w. nikim innym jak I Sekretarzem PZPR.

Jego osoba nie tylko przypomina nam o militarnej genezie władzy, jaką zdobywali wcześnie monarchowie dzięki swym dowódczym uzdolnieniom, ale skłania do uwypuklenia tego, że także w Brazylii wojskowi odegrali kluczową rolę podczas tamtejszej transformacji ustrojowej, jaka w 1889 r. doprowadziła do obalenia Piotra II i zastąpienia monarchii przez republikę. Najwyższą władzę objął w niej marszałek Manuel Diodoro Fonseca, będący najważniejszą postacią zamachu stanu. Został on zrealizowany przez siły zbrojne, w naturalny sposób predestynowane do działań tego typu. Istniejąca w nich zinstytucjonalizowana hierarchia ułatwia kierowanie operacjami, zwiększającymi autorytet wodza w przypadku sukcesu, a jeśli jest nim obalenie znajdującego się na czele państwa monarchy, to niezwykle poważnym kandydatem na opróżnione stanowisko jest ten, którego rozkazy doprowadziły do takiego rezultatu. Tak właśnie stało się w Rio de Janeiro, gdzie wojsko w zdecydowany sposób pokazało, że nie zamierza stronić od polityki.

Na Zachodniej Półkuli wojsko jest dosyć powszechnie łączone z walką o niepodległość i ustanawianiem jej kształtu, czego najbardziej znanym przykładem jest Jerzy Waszyngton. W Brazylii, inaczej niż w przypadku USA, oderwanie się od metropolii nastąpiło wskutek wydarzeń wewnątrz dynastii Bragança, co mogło w szeregach armii

spowodować pewien psychologiczny kompleks. Został on następnie częściowo zrekomensowany wskutek zwycięstw odniesionych w wojnach z republikańskimi sąsiadami, które zachęciły wojskowych do naśladowania wypróbowanego przez Cezara i Napoleona schematu, polegającego na skierowaniu „wiernych pułków” przeciwko „nieudolnym politykom”. Ponieważ w największym latynoskim państwie nie byli oni ubrani w republikańskie szaty, brazylijski militarizm ochoczo się w nie przystroił, wchodząc na wydeptaną przez Brutusa i Kasjusza „tyranobójczą ścieżkę”. Co prawda, w Brazylii nie doprowadziła ona do fizycznego zabójstwa „romanoamerykańskiej inkarnacji cezaryzmu”, ale nastąpiło jej polityczne uśmiercenie, skutkujące upodobnieniem ustroju politycznego do tego, jaki został ustanowiony w Stanach Zjednoczonych, wraz z dosłownym przeniesieniem tego określenia tysiące kilometrów na południe, gdzie w portugalskojęzycznej wersji miał wyrażać wybór amerykańskiego wzorca ustrojowego zamiast odrzuconego, bardziej kojarzonego z przesyconą feudalizmem Europą.

Podobnie jak Brazylia, również i ona w znaczącej części, obejmującej także Polskę, zaadaptowała na swoje potrzeby instytucję prezydenta, co nie byłoby możliwe bez istnienia sprzyjającej kultury politycznej. Prezydencjalizm nie powstałby bez europejskiego oddziaływania na rzeczywistość Nowego Świata, buntującego się przeciwko dziedzictwu, którego nie można było w zupełności pozostawić po orientalnej stronie Wielkiej Wody. Dokonywane przez amerykańskich odszczepieńców innowacje *ex definitione* miały wtórny charakter, wyrażający się w negacji starych rozwiązań, od których nie można jednak było zupełnie uciec. Dlatego też bez specjalnego trudu odnajdziemy w prezydenturze monarchiczną inspirację, szczególnie ewidentną w takim przypadku, jak brazylijski, gdy z dnia na dzień cesarz został zastąpiony przez swój republikański ekwiwalent.

Konstatujemy więc przywiązanie brazylijskiej klasy politycznej do monokratyczności na najbardziej eksponowanym szczeblu władania. W przeciwieństwie do Urugwaju czy Kuby, gdzie doszło do skolektywizowania instytucji głowy państwa, w największej republice Ameryki Łacińskiej konsekwentnie ma ona jednoosobową postać, niezależnie od tego, czy w prezydenckim pałacu zasiada liberalny demokrat, czy też ubrany w mundur zwolennik „twardego kursu”. Wszyscy oni *nolens volens* reprezentują formalnie przekształconą monarchiczną tradycję, uparcie wyzierającą spoza republikańskiej retoryki, nieuchronnie naznaczonej ontologiczną wtórnością.

Na co dzień nie jest ona dostrzegana przez masy, skłonne do odruchowej akceptacji prawnopolitycznego *status quo* wskutek naturalnego ludowego konserwatyzmu, nakazującego traktować to, co jest jako właściwe, skoro już istnieje. Tym niemniej dla nieco bardziej refleksyjnych od przeciętnej natur kwestia właściwego kształtu państwowości nie może być obojętna i pozostanie sprawą otwartą, co może mieć w przyszłości

przełożenie na praktykę ustrojową. Trudno jest dzisiaj przewidzieć, czy będzie ona raczej monarchiczna, czy republikańska. Póki co wiele państw świata, w tym również Polska i Brazylia, przybrały postać demoliberalnych republik, traktowaną przez niektórych jako ostateczne wcielenie heglowskiego Ducha Historii, ale historyczne doświadczenie uczy, że nic „na tym łożu padole” nie trwa wiecznie, w związku z czym ostrożność badawcza nakazuje zakładać możliwość zmiany dominującego ideologicznie paradygmatu.

Gdyby rzeczywiście tak się stało, to najprostszą możliwością byłby powrót do poprzednich rozwiązań. Taki „odwrot na z góry upatrzone pozycje” nie wymaga heroicznego wysiłku doktrynalnego, ponieważ wystarczy skorzystać z tego, co już było i w sporym stopniu się sprawdzało. Zresztą mamy już do czynienia z dokonaniem precedensu, polegającym na porzuceniu demokracji socjalistycznej, która została zastąpiona przez burżuazyjną wersję ludowładztwa, odznaczającą się wszak większym natężeniem reakcyjności. Takie doświadczenie stało się m.in. udziałem Polski, która weszła na szlak restrytuujący przedwojenne porządki wskutek przemian w ZSRR, prowadzących do upadku tego imperium, co sprawiło, że przestał istnieć „jedynie słuszny wzorzec”.

Dla oficjalnej Brazylii miał on mniejsze znaczenie, tym niemniej można założyć, że *Pepecmpoïka* pomogła rządzącemu w niej układowi powstrzymać zapędy tych, którzy chcieli wyciągać daleko idące wnioski z zapisanego w republikańskim herbie Postępu poprzez zmodernizowanie ustroju w duchu Wielkiej Socjalistycznej Rewolucji Październikowej. Po upadku Kraju Rad jej majak stracił na atrakcyjności, zgaszony przez płomień gorejący nad nowojorską Statuą Wolności, ale nasuwa się pytanie, co się stanie, jeśli na tej symbolicznej postaci pogłębią się rysy, dostrzegane już przez co bardziej wnikliwych obserwatorów?

Gdy *American Way of Life* pograży się w pochłaniającej Świetlane Perspektywy nieprzeniknionej postmodernistycznej mgle, wówczas może nadejść czas na porzucenie niepotrzebnego już „prawnohistorycznego kostiumu” na rzecz wyciągniętych z historycznego lamusa „dostojnych szat naturalnego ustroju, podeptanych w aberracyjnym szale przez bezrozumnych rewolucjonistów”. Jeśli uznamy zatem, że mamy do czynienia z „powtórką z Historii”, polegającą na przerabianiu jej rozwojowych faz w odwrotnej kolejności, to wypada przyjąć, że po przeminięciu demokratycznej republiki nadejdzie czas na restaurację monarchii, powiedzmy w jej konstytucyjnej postaci.

W brazylijskim przypadku realizacja tego scenariusza oznaczałaby zapewne powrót na cesarski tron dynastii Bragança, która jako jedyna zasiadała na nim w osobach swoich dwóch przedstawicieli. Jej pełnokrwisti przedstawiciele nie rezygnują z marzeń o postawieniu krzyżyka na „republikańskim *intermezzo*”, o czym świadczy ich agitacja przed odnoszącym się do kwestii remonarchizacji państwowości referendum, jakie mia-

ło miejsce w 1993 r.²⁵ Co prawda, nie doprowadziło ono do obalenia republiki, ale sam fakt jego przeprowadzenia świadczy o tym, że zagadnienie formalnego kształtu brazylijskiego państwa jest traktowane jako otwarta kwestia, nadająca się jak najbardziej do tego, aby ją rozważać na najwyższym szczeblu obywatelskiego dyskursu, za jaki wypada uznać ogólnonarodowe głosowanie. Można mieć zastrzeżenia co do słuszności uciekania się do instrumentarium napoleońskiego cezarystycznego plebiscytaryzmu, ale przecież „tak się gra, jak przeciwnik pozwala”. W przyszłości, jeśli takie powszechne wotowanie zostanie powtórzone, jego wynik może być odmienny. Nie można też wykluczyć, że transformacja ustrojowa zostanie przeprowadzona w inny sposób, np. wskutek rozstrzygnięcia parlamentarzystów, będącego reakcją na triumfalną podróż kogoś z cesarskiego rodu przez kraj, przypominającą przyjazd Karola II Stuarta do Anglii po wypaleniu się cromwellovskiego Protektoratu.

Owa restauracja monarchii doprowadziła do osiągnięcia przez Wielką Brytanię apogeum jej potęgi w drugiej połowie XIX stulecia, gdy na tronie zasiadała Wiktoria, której władanie porównywane jest z rozpoczętym w 1840 r. w Brazylii panowaniem Piotra II²⁶, w umiejętny sposób urzeczywistniającego koncepcję „łagodzącej władzy” głowy państwa. Pozostał on wierny temu ideałowi aż do końca swojej oficjalnej działalności, gdyż przebiegła ona w aksamitny sposób, bowiem nie trzeba było przelewać krwi w celu zaprowadzenia republikańskich porządków. Trwają już one szereg dekad, co skłania do porównania dwóch epok w historii wielkiego południowoamerykańskiego państwa. Ów komparatystyczny ogląd skłania do uwypuklenia znaczenia obalonego Cesarza przez skonstatowanie, że „ani przedtem, ani później Brazylią nie rządził czło-

²⁵ Szczególnie aktywny był potomek Piotra II Jan Henryk Orleans e Bragança, który przekonywał, że monarcha bardziej niż prezydent jest niezależny od stronnictw politycznych i gospodarczych lobbies. J. Brooke, *Tired of Presidents? Brazil Can Vote for King*, <http://www.nytimes.com/1993/03/29/world/tired-of-presidents-brazil-can-vote-for-king.html> [dostęp 8.01.2015].

²⁶ Do porównania zachęca chociażby to, że miał on taką samą tytułarną rangę jak angielska królowa, będąca wszak Cesarzową Indii. Zanim jeszcze zasiadła na tronie, brytyjski wzorzec ustrojowy oddziaływał w silny sposób na mentora Piotra I, jakim był „patriarcha niepodległości” Józef Bonifacy de Andrada. Ów podejmujący strategiczne decyzje regent „widział Brazylię jako niezależną od Portugalii monarchię konstytucyjną zorganizowaną na wzór angielski, w której głos decydujący należał do arystokracji ziemskiej”. S. Zaborski (A. Krajewski), *Cukier...*, s. 117. Zasadniczo wizja ta została urzeczywistniona, co *nota bene* doprowadziło do upadku monarchii, ponieważ przyczyną abdykacji Piotra II „były nietylko republikańskie przekonania narodu, co presja plantatorów kawy, oburzonych z powodu zniesienia niewolnictwa (1888 r.)”. J. Ostrowski, *Ziemia Świętego Krzyża (Brazylja)*, Warszawa – Kraków – Lublin – Łódź – Paryż – Poznań – Wilno – Zakopane 1929, s. 61. Dla arystokratów od czasu precedensowego zakończenia królewskiego okresu historii Rzymu opcja ustanowienia zdominowanej przez nich republiki jawi się jako sposób na poradzenie sobie ze wzbudzającą ich niezadowolenie monarchiczną władzą. W XVIII w. ten scenariusz został odegrany w Ameryce Północnej, dzięki czemu powstały Stany Zjednoczone, co zachęciło innych do „tyranobójstwa”, skutkującego w Ameryce Południowej proklamowaniem Stanów Zjednoczonych Brazylii.

wiek tego formatu”²⁷, co więcej, wypada on niezwykle korzystnie w zestawieniu ze swoimi odpowiednikami w innych państwach, skoro twierdzi się, że „w dziedzinie postępu, zjednoczenia kraju i stosunków z zagranicą dokonał tyle, że porównanie z jakimkolwiek oświeconym władcą europejskim ostatnich dwóch stuleci wypada na jego korzyść”, w związku z czym łatwo zgodzić się z konstatacją, że „«wiek Pedra II» to brazylijski złoty wiek”²⁸, charakteryzowany jako „okres pokoju wewnętrznego, postępu i rozwoju instytucji liberalnych, rozbudowy i wzmocnienia gospodarczego i kulturalnego”²⁹. Wygląda więc na to, że zniesienie monarchii skutkuje obejmowaniem najważniejszego stanowiska w państwie przez osoby mniejszego formatu niż Piotr, co niewątpliwie jest ważkim argumentem na rzecz remonarchizacji, prowadzącej do przywrócenia takiego systemu władania, jaki był możliwy dzięki istnieniu cesarstwa. Nie było ono rzecz jasna doskonałe, ale jego braki mogłyby w sporym wymiarze zostać usunięte podczas restauracji, dającej okazję do ustrojowych przemysłów i realizowania wynikających z nich ulepszeń.

W Polsce trudniej byłoby znaleźć optymalny model monarchicznej wersji państwowości, do jakiego można by się odwołać podczas ewentualnej kolejnej transformacji ustrojowej. Mamy tu do czynienia z *embarras de richesse*, gdyż rodzima przedrepublikańska historia jest długa, co sprawia, że przynosi ona bogatą i zróżnicowaną ofertę. Odnajdziemy w niej zarówno patrymonialny model piastowski, jak i wczesnojagielloński, charakteryzujący się dużym stopniem arystokratyzacji systemu politycznego. Póź-

²⁷ O jego biegłości w nietłatwej sztuce rządzenia świadczy to, że „używał on swoich uprawnień w sposób ostrożny, powoływał na stanowiska najlepszych ludzi, nie bacząc na ich przekonania polityczne”. M. Leighton [et al.] (red.), *Brazylia*, Warszawa 1991, s. 51. W republice głowie państwa trudniej jest zachowywać się w ten sposób, ponieważ, aby wygrać wybory, prezydent musi otrzymać poparcie jakiejś siły politycznej, co zazwyczaj owocuje faworyzowaniem jej przedstawicieli w uprawianej przez pragnącego się odwdziaczyć dostojnika praktyce nominacyjnej.

²⁸ Ma on znaczenie daleko wykraczające poza zagadnienia ustrojowe, albowiem „historia kultury brazylijskiej od r. 1840 do lat osiemdziesiątych XIX w. związana jest z [...] wybitnym cesarzem [...] Dzięki jego zdolnościom, patriotyzmowi i krzepkiej uczciwości Brazylia zdobyła pół wieku nieprzerwanego niemal pokoju i dobrobytu materialnego, poważne stanowisko w sprawach międzynarodowych oraz poczyniła wielkie postępy na polu kultury i oświaty”. Wszystko to stało się możliwe dzięki temu, że Piotr „rządził silną ręką w aksamitnej rękawiczce”. H.M. Bailey, A.P. Nasatir, *Dzieje...*, s. 400 i 410. Dostrzegamy w tym opisie prezentację filozofii władania, która owocuje wyrafinowaną kulturą polityczną. Polega ona na skrywaniu przymusowej istoty państwowości poprzez spowijanie jej w „aksamitną otoczkę”, oddziałującą łagodząco na naznaczonych luzytańskim marzycielstwem latynoskich poddanych, spragnionych raczej gładkich słów i grzecznych pozdrowień niż wyrażanej *expressis verbis* apologii Silnego Państwa, zmuszającej do bolesnego porzucenia złudzeń, pozwalających upiększać szarą rzeczywistość. Gruntownie wyedukowany Piotr, będący „najbardziej wykształconym człowiekiem w Brazylii”, wiedział, że *mundus vult decipi*.

²⁹ Takie były skutki poczynił monarchy, nazywającego siebie „pierwszym prawdziwym republikaninem w Brazylii”. Z kolei polski autor uważa, że Piotr „był najbardziej demokratycznym spośród monarchów XIX w.” T.S. Grabowski, *Brazylia...*, s. 97–98. Zapewne mało którego z jego następców można by określić w podobny sposób, z czego wynika, że republikańskie cnoty i demokratyczne przekonania rozwijały się raczej za cesarstwa niż po jego upadku.

niej nastąpiły czasy zdemokratyzowanej „koronowanej republiki”³⁰, czyli elekcyjnej monarchii koegzystującej z rozwiniętym szlacheckim parlamentaryzmem, dobiegającym swojego kresu wraz z przesławną Konstytucją 3 maja 1791 r.³¹, *ex definitione* skutkującą ustanowieniem konstytucyjnej wersji ograniczonej monarchii, pojawiającej się następnie w kilku odmianach aż do listopada 1918 r., kiedy w łagodny, chciałoby się powiedzieć brazylijski sposób, nastąpił koniec Królestwa Polskiego.

Po jego domniemanym przywróceniu trudno byłoby restytuować, przynajmniej od razu, taką odmianę monarchiczności, jaka istniała na początku, gdyż zbyt dużo zmian zaszło od tamtej pory. Idąc dalej tym tokiem rozumowania, nasuwa się supozycja powrotu do ostatniej funkcjonującej postaci królestwa ze względu na mniejszą liczbę oporów, jakie należałoby pokonać w trakcie umownego „cofania Koła Historii” do drugiej dekady XX stulecia.

Oznaczałoby to, że nierepublikański reżim, jaki miałyby nastać nad Wisłą i Odrą, przybrałby kształt parlamentarnej monarchii konstytucyjnej w klasycznej XIX-wiecznej postaci. Jej jurydycznym fundamentem powinna być okrojowana przez dziedzicznego monokratę *Magna Charta*, zakładająca, że rada ministrów jest uzależniona przede wszystkim od powołującego i odwołującego jej członków panującego. Jego władza byłaby równoważona przez bikameralny parlament, w którym członkowie niższej izby zasiadali w niej dzięki wyrażającej wolę ludu pośredniej elekcji, a senatorowie byłiby mianowani przez panującego. Ten będący aktywnym symbolem i zwornikiem całej państwowości mąż stanu, aby mógł właściwie spełniać swoją rolę, powinien dysponować absolutnym wetem względem uchwalanych przez parlament ustaw, co skłaniałoby legi-

³⁰ Określenie to było używane również w odniesieniu do Brazylii. O tamtejszym „cesarstwie mówiło się, że jest to «ukoronowana republika», co cesarz starał się podkreślać swą superrepublikańską prostotą. W przeciwieństwie do dyktatorów w republikach Ameryki Łacińskiej, Pedro II unikał zewnętrznych oznak cesarskiego majestatu zarówno w swym zachowaniu, jak i w ubiorze”. S. Zaborski (A. Krajewski), *Cukier...*, s. 158–159. Wygląda na to, że panujący przesadził ze skromnością w skandynawskim stylu. Zachęcał w ten sposób do zmiany formy państwowości tych arystokratów, którzy czuli się nieswojo, gdy porównywali egalitarny sznyt Piotra z efektownym prezydencjalizmem u sąsiadów, postrzegając w tym kontraście prestiżową porażkę swojej ojczyzny, „niegodnie reprezentowanej przez szarego przywódcę, w którym trudno rozpoznać cesarza”. Po ustanowieniu republiki wymagania odnośnie odpowiedniego wyglądu głowy państwa uległy zmniejszeniu, bo przecież uśrednienie jest pożądaną tendencją w tego rodzaju państwie.

³¹ Król Stanisław August Poniatowski wkrótce potem dokonał „dekonstytucjonalizacji”, gdy 24 lipca 1792 r. „przy poparciu większości członków Straży Praw przystąpił do konfederacji targowickiej”, wskutek czego „szlachtę zmuszano do wyrzekania się Konstytucji 3 maja”. T. Łepkowski, *Naród bez państwa*, [w:] H. Samsonowicz [et al.], *Polska. Losy państwa i narodu do 1939 roku*, Warszawa 2003, s. 260 i 261. Straż Praw, będąca ówczesnym odpowiednikiem Trybunału Konstytucyjnego, uznała, że Ustawa Rządowa z dnia 3 maja niepotrzebnie obalała *ancien régime*, który został oficjalnie przywrócony po unieważnieniu Konstytucji. Jednakże istnieje pogląd, że decyzja o jej anihilacji została podjęta wskutek niedopuszczalnego nacisku, w związku z czym w pewien sposób istnieje ona w dalszym ciągu, co najmniej jako dokument, do którego można się odwoływać i ewentualnie korzystać z jego rozwiązań w przyszłości, gdyby nadeszła pora na przywrócenie monarchiczności.

slatywę do unikania przesadnej aktywności na prawodawczej niwie, zasadniczo pozostawionej w jej gestii zgodnie z koncepcją podziału władzy. Owa dyrektywa zachęca do tego, aby wyodrębnić na wzór brazylijskiej Konstytucji z 1824 r. władzę uzgadniającą, sprawowaną przez głowę państwa³², która to instytucja ma wszak swoją specyfikę, co skłania do odgraniczenia jej od oficjalnie zadekretowanych pozostałych gałęzi władania, obecnych w monteskiuszowskim schemacie. Ta tworzona na potrzeby monarchii konstrukcja zakłada funkcjonowanie wyodrębnionego wymiaru sprawiedliwości, konstytuowanego przede wszystkim przez dożywotnich sędziów, którzy byliby mianowani przez monarchę, przy czym nie miałyby on możliwości odwoływania ich, co wypada uznać za poważną gwarancję niezawisłości. Te podstawowe założenia systemu rządów mogłyby równie dobrze obowiązywać w zremonarchizowanej Brazylii.

Nie można wykluczyć, że nierepublikański reżim, jaki miałyby nastać tamże oraz nad Wisłą i Odrą, przybrałyby nieco inny kształt niż wyżej przedstawiony wskutek zachowania niektórych „wiekopomnych zdobyczy nowoczesnej demokracji”, z jakich być może zrezygnowano by na kolejnych etapach „Nowego Średniowiecza”, kiedy to zapewne, jeśli radykalnie reakcyjny scenariusz zostanie urzeczywistniony, nastąpi stopniowe rezygnowanie z rozmaitych „nowożytnych przesądów”. Należy do nich zaliczyć przede wszystkim przekonanie o wyższości nowszych rozwiązań nad starymi, podczas gdy nader często skutkują one powstaniem nieistniejących wcześniej problemów, generujących znacznie większe od onegdajszych nieszczęścia. Doświadczenia minionego stulecia właśnie w ten sposób nakazują spojrzeć na dorobek republikańsko-demokratycznego paradygmatu, który nie spełnił pokładanych w nim oczekiwań, w związku z czym należy się poważnie zastanowić nad powrotem w ramach „zwijania się Historii” do „starej, dobrej monarchii” zarówno w Polsce, jak i w Brazylii³³.

³² „Charakterystyczną cechą cesarskiej konstytucji było wprowadzenie [...] tzw. władzy uzgadniającej (*po-der moderador*), należącej do cesarza. Polegała ona na bardzo rozległym prawie weta co do mianowania ministrów, senatorów, biskupów, ambasadorów i gubernatorów prowincji, a nawet odnośnie wyroków sądowych”. S. Zaborski (A. Krajewski), *Cukier...*, s. 122. Nietrudno dostrzec podobieństwo do znanej z I Rzeczypospolitej instytucji *liberum veto*. Różnica polega na tym, że w Sejmie mógł z niej korzystać każdy poseł, posiadający inne zdanie niż większość, kierująca się według niego obezwładniającą psychologią tłumu, której trzeźwo patrzący na rzeczywistość indywidualista potrafił się oprzeć, co skutkowało oskarżeniami o niweczenie zbiorowego wysiłku współparlamentarzystów przez szkodzącemu Dobru Wspólnemu osobnika. Taki zarzut trudniej jest postawić jednoosobowej głowie państwa, gdyż tożsamość tego podmiotu jest jak najbardziej związana z indywidualizmem, umożliwiającym postrzeganie monokracji jako Ojca Narodu. Określenie to odzwierciedla szczególnie bliski stosunek łączący go z państwowością. Jest on jej emanacją bardziej niż ktokolwiek inny, co daje mu wystarczającą legitymizację, nawet na republikańskim gruncie ustrojowym, do skutecznego przeciwstawiania się rozstrzygnięciom jawiącym mu się jako niewłaściwe.

³³ W tej drugiej naturalnymi kandydatami do tronu są członkowie cesarskiej dynastii Bragança, natomiast nad Wisłą sprawa jest bardziej skomplikowana, gdyż w środowiskach monarchistycznych rozważa się kilka wariantów. Pluralizm ten spowodowany jest popieraniem różnych monarszych rodów, uzasadnianym argumentami zarówno sentymentalnej, jak i legitymistycznej natury. Mają one uzasadnić powoła-

O monarquismo polonês e brasileiro

Resumo

O Brasil tornou-se uma monarquia em 1822, quando o país conquistou a sua independência, e uma república, em 1889. Na Polônia, os inícios do monarquismo atingem o século X. Sem embargo, só em 1025 Boleslau, o Valente, foi coroado como o primeiro rei da Polónia. A República foi instituída em 1918 quando José Pilsudski foi designado o Superintendente do Estado. No Brasil o seu equivalente pode ser considerado o Marechal Manuel Deodoro da Fonseca. A base jurídica da monarquia no Brasil era a Constituição de 1824 e na Polónia a Lei de Governo de 1791, chamada de Constituição de Três de Maio. Tanto na Polónia como no Brasil, o sucedâneo do regime monárquico são os senados - câmaras altas do poder legislativo. O resto dos tempos pré-republicanos encontra-se também na instituição do Chefe de Estado unipessoal. A queda da chamada República Popular Polonesa mostra que ocorre o retorno aos sistemas de poder anteriores. Isso deve ter continuação. Pode-se esperar, na Polónia e no Brasil, a restauração das monarquias, seguindo um ditado: *caia na real, monarquia é um ideal!*

Palavras-chaves: Imperio, reinado, parlamentarismo, chefe do Estado, democracia

nie na tron Wettyna, Romanowa czy też Habsburga, reprezentujących dynastie, które odegrały dużą rolę w historii Polski. Według odmiennego podejścia należałoby znaleźć jakiegoś „Piasta”, przez co doszłoby do zaakcentowania związku restaurowanego królestwa z polskością.

Paulo Ricardo Schier

Linhas gerais do presidencialismo de coalizão no Brasil e seu vínculo com a questão da corrupção¹

Resumo

No quadro do arranjo institucional brasileiro é possível afirmar que, no que tange com as relações entre Poder Executivo e Legislativo, apesar da adoção do sistema presidencialista, a dinâmica da chefia de governo se aproxima do modelo parlamentarista de coalizões governamentais. Neste modelo brasileiro, conhecido como presidencialismo de coalizão, tem-se um poder executivo com muitos poderes - hiperpresidencialismo ou presidencialismo bonapartista soft -, que é impulsionado a realizar alianças pois, diante da existência de um multipartidarismo, nenhuma legenda política consegue obter maioria mínima no parlamento. Essa necessidade de formação de alianças políticas partidárias, regionais (o Brasil é uma federação e as eleições para o parlamento nacional ocorrem em âmbito local) e de mercado (em relação a financiadores privados de campanhas eleitorais) cria uma situação em que o Legislativo se torna refém do Executivo. Como a governabilidade depende da renovação da aliança no decorrer do mandato, o aparelho burocrático do Executivo, por conta dessas demandas partidárias ou regionais (a depender do tipo de coalizão), acaba sempre “cedendo” às pressões da aliança. E, no caso do Brasil, como as alianças não são homogêneas, o Executivo precisa ceder, no plano de suas políticas e decisões, a interesses políticos e regionais que muitas vezes são contraditórios e que beneficiam apenas “interesses setoriais”, tanto economicamente quanto territorialmente. É este quadro que acaba fomentando, então, a corrupção, o clientelismo e o patrimonialismo.

Palavras-chaves: Presidencialismo de coalizão. Corrupção. Arranjo institucional brasileiro. Separação dos Poderes.

Uma das maiores preocupações do mundo contemporâneo, tanto na esfera pública como na esfera privada, transita em torno do fenômeno da corrupção. Não sem razão, num momento de crise do Estado de Direito, aponta-se a corrupção como um dos fatores mais nocivos para a democracia e a para a racionalidade jurídica.

¹ O presente texto é a transcrição de palestra proferida no IV Congresso Brasil – Polônia de Direito Constitucional, realizado em Wrocław – Polônia, entre os dias 13 e 15 de Outubro de 2014. Manifesta-se, aqui, à Fundação CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pelo apoio financeiro concedido para a participação no evento.

Se é certo que, no âmbito privado, a situação é preocupante, é evidente que é no setor público que os seus impactos são mais perversos pois, normalmente, os atos de corrupção colocam em jogo os pressupostos da democracia e do Estado do Direito. As ideias de respeito à legalidade e ao sistema jurídico, respeito à igualdade de todos os cidadãos, bem como respeito aos valores inerentes ao princípio republicano – como a impessoalidade, a transparência, a moralidade e a controlabilidade dos atos estatais – caem por terra diante da corrupção.

Não sem razão o sistema jurídico brasileiro, seguindo uma tendência mundial (ao menos entre os Estados preocupados em levar a sério a democracia), vem criando, afirmando e desenvolvendo todo um aparato jurídico de combate à corrupção.

Apesar dos esforços e do aprimoramento legislativo e institucional para o combate à corrupção, pretende-se demonstrar aqui, em rápida abordagem, tendo em vista a exiguidade do tempo, como a Constituição de 1988 almeja e valoriza a república, a democracia e a moralidade, repudiando a corrupção, mas, ao mesmo tempo, cria um arranjo institucional que dificulta, no espaço público – político -, a realização desses princípios.

A Constituição de 1988, como é de conhecimento de todos, consagra uma das mais extensas listas de direitos fundamentais do planeta.

O contexto global da Lei Fundamental de 1988, sem nenhuma dúvida, permite tipificar a Constituição brasileira como um documento dirigente e o Estado como Estado Social, na medida em que inúmeros objetivos e tarefas são impostos normalmente para a realização através de alguma atuação estatal, seja isolada, algumas vezes, e outras em cooperação com os particulares.

Se é verdade que nem todos os direitos fundamentais dependem, diretamente, de algum tipo de intervenção do Estado, isso não retira do Poder Público um certo protagonismo no campo da realização dos direitos e valores constitucionais.

Neste quadro, a Constituição assegura a todos livre iniciativa, livre concorrência, propriedade, saúde, educação, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, vida digna, acesso à justiça, saneamento, segurança... e segue uma imensa lista. E a questão que então emerge: qual o conteúdo desses direitos? Como realiza-los e em que grau? É neste momento que entra em cena a necessária análise da formação das decisões públicas e da formação das políticas.

Todo e qualquer direito fundamental demanda, em certa medida, algum tipo de intervenção estatal, mesmo os direitos individuais. Se antes se afirmava que os direitos individuais eram direitos sem custos, hoje este tipo de compreensão está completamente superado.

Logo, é preciso encerrar esta parte introdutória concluindo que a realização e efetivação dos direitos e valores constitucionais demandam a participação da sociedade civil, também, mas exige sempre algum nível de decisão e intervenção pública.

E o que se deve esperar das decisões públicas? É preciso verificar, neste momento, a partir de um certo recorte eleito didaticamente, o que a Constituição do Brasil afirma sobre as decisões no Estado Constitucional.

Sobre isso, o ponto de partida é o de o Brasil é República e uma democracia. Aquela, dentre inúmeros fatores, demanda impessoalidade, proibição do patrimonialismo, vedação ao clientelismo e racionalidade laica; e a última (democracia), dentre inúmeros fatores, impõe decisões que demandam ampla participação, conflito, debate público, inclusão, procedimentos para o debate e decisão.

A democracia, então, dentre vários aspectos, possui uma importante dimensão procedimental, embora não se limite a isso. Afinal, ela demanda instituições que permitam deliberação pública e procedimentos que assegurem o debate amplo, inclusivo, igualitário e racional.

Logo, numa república democrática, as decisões devem ser pautadas em parâmetros republicanos e democráticos. E então, desde esta perspectiva, parece óbvio que a corrupção atinge, mortalmente, os pressupostos republicanos e democráticos.

O problema, contudo, é que embora a Constituição consagre todos esses valores, o arranjo institucional da democracia brasileira é contraditório e favorece a corrupção e o tráfico de influência.

Deveras, o modelo de democracia proporcional adotado no Brasil tem possibilitado, com frequência, o fenômeno da transferência de votos (note-se que a maioria imensa dos parlamentares que conseguem vaga no parlamento, no Brasil, é eleita com votos transferidos pelos partidos e pelos candidatos mais votados de sua agremiação). Logo, poucos se elegem com os próprios votos, ficando devedores de favores às grandes lideranças da legenda. Todavia, ao invés deste processo fortalecer e valorizar os partidos políticos, ele propicia a valorização dos próprios políticos de destaque no âmbito das agremiações. Este problema é agravado, ademais, com a adoção do voto obrigatório num contexto de multipartidarismo, que determina a existência de projetos de governo muito próximos e sem identidade ideológica para que possam buscar a disputa de todos os votos, segundo conhecido teorema de Arrow, Balinski e Young. Referida proporcionalidade, ademais, se projeta para o plano federativo, fazendo com que os planos e composições de governo se direcionem ao atendimento de demandas e financiadores locais de campanha política.

Some-se a esses fatos, a informação de que a Constituição brasileira de 1988 criou, no plano do Poder Executivo, um modelo de presidencialismo imperial ou *bonapartista soft*.

A soma desses fatores conduziram ao presidencialismo de coalizão. Os cientistas políticos apontavam, inicialmente, que haveria no Brasil pós-88 uma crise de governabilidade, eis que dificilmente algum presidente da república, com fortes poderes constitucionais, conseguiria ser eleito com partido político que garantisse maioria no âmbito do parlamento. E, realmente, tal jamais ocorreu no país após a Constituição de 1988. Mas o arranjo institucional brasileiro conseguiu arrumar solução para isso através do presidencialismo de coalizão, termo cunhado por Sérgio Abranches e amplamente divulgado e discutido².

A ideia central do presidencialismo de coalizão sustenta que, para que haja governabilidade, demanda-se (i) coalizão na formação da aliança, (ii) coalizão na formação do governo e (iii) coalizão governante.

A categoria, aqui trazida a partir dos estudos de Sergio Abranches, em princípio se pretende meramente descritiva: é assim que funciona o sistema brasileiro e esta foi a forma que o país encontrou para viabilizar governabilidade no processo de transição democrática.

A questão é que, mais que um arranjo institucional, o presidencialismo de coalizão se mostra como uma verdadeira ideologia que esconde o caráter de classe, o caráter clientelista e patrimonialista do Poder Público no Brasil³.

As ideias de coalizão na formação da aliança, coalizão da formação do governo, coalizão governante e sua dinâmica, voto de liderança (através do qual o voto do líder do partido no parlamento é computado como o voto de todos os parlamentares da agremiação), fidelidade partidária, desvalorização – no parlamento – do chamado “baixo clero” (parlamentares – em grande quantidade – de pouca expressão política e eleitos por transferência de votos), a lógica de distribuição de cargos e funções estratégicos, o financiamento privado de campanha (em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal), o papel forte do presidente e seu determinante poder de agenda e grande atividade legislativa pelas Medidas Provisórias orientam os mecanismos desse sistema.

No contexto de presidencialismo de coalizão, como afirmam alguns pesquisadores, a necessidade de formação de alianças políticas partidárias e regionais cria uma situação

² ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. In: Dados – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Volume 31, n. 1, 1988, p. 5-34

³ As ideias centrais do presidencialismo de coalizão como ideologia podem ser encontradas em: MARTUSCELLI, Danilo Enrico. *A ideologia do presidencialismo de coalizão*. In: Anais do IV Simpósio de Lutas Sociais na América Latina. Londrina, 2010, p. 62-71. O presente texto, decorrente da gravação da fala no Congresso realizado na Polônia, adota diversas premissas e conclusões de Martuscelli.

em que o Legislativo se torna refém do Executivo. Como a governabilidade depende da renovação da aliança no decorrer do mandato, o aparelho burocrático do Executivo, por conta de demandas partidárias ou regionais (a depender do tipo de coalizão), acaba sempre “cedendo” às pressões da aliança. Como as alianças, de acordo com o que mostram os estudos da ciência política, não são homogêneas (isso não ocorre no Brasil, mas as estatísticas apontam que alianças homogêneas são comuns em outros países), o Executivo acaba cedendo, no plano governamental, a interesses políticos e regionais que muitas vezes são contraditórios e que beneficiam “interesses setoriais”, e aqui não é preciso fazer muito esforço para compreender em qual contexto ingressa a corrupção.

O presidencialismo de coalizão, neste contexto, por um lado é apontado como a saída que a sociedade brasileira encontrou para a afirmação de uma democracia plural, numa sociedade desigual e fragmentária, tendo proporcionado governos estáveis. Por outro lado, não tem permitido a construção de um projeto de Estado coerente e efetivamente republicano, principalmente porque não conseguiu proporcionar “consensos ou compromissos legítimos”.

Por isso tem-se assistido, no Brasil, a uma emergência de leituras críticas em relação a este específico arranjo institucional, eis que se trata de um modelo tendencialmente (não necessariamente) antidemocrático, vulnerável e permissivo no que tange com a corrupção e ao patrimonialismo.

Com efeito, as coalizões tornam Legislativo e Executivo um bloco de poder único, com centralização forte na figura do Presidente (logo, do Executivo). Isso acaba relativizando o papel de fiscalização do Parlamento em relação ao Executivo (exceto quando existe quebra da aliança ou divergência interna na base da coalizão). Mais grave de tudo: o presidencialismo de coalizão tem favorecido historicamente a continuidade do patrimonialismo e do clientelismo, tão presentes no setor público brasileiro.

Considere-se, nesta linha de argumentação, que a lógica das alianças só funciona na medida em que o Presidente da República negocia espaço, no aparelho de Estado, com os “parceiros partidários e regionais” (e nem sempre os interesses são convergentes e coerentes). Esses, por sua vez, atuam dentro de uma lógica voltada aos interesses pessoais e de atendimento das demandas das bases, dos financiadores de campanha ou algum outro interesse particular não confessável. Vê-se, logo, que o arranjo institucional propicia a corrupção sutil, invisível.

Aprofundando um pouco esta análise, ainda é possível perceber que no sistema brasileiro o Presidente e o Executivo são fortes política e governamentalmente, mas a dinâmica da coalizão não dá ao Presidente capacidade de “dispor” sobre o conteúdo das decisões tomadas “setorialmente”. Isso impossibilita a criação de políticas públicas globais e coerentes. É preciso aqui destacar, então, que não há coerência entre políticas no

campo de saúde, portos, infraestrutura, moradia, políticas econômicas, meio ambiente, política internacional etc. (e isso não ocorrerá). Cada setor do Estado, no presidencialismo de coalizão, é ocupado por representantes de interesses diferentes da base de aliança. Isso tudo se agrava pois as alianças, no sistema brasileiro, não são exatamente alianças partidárias, mas sim “coligações eleitorais”, o que torna tudo pior.

Não fosse isso suficiente para gerar um quadro assustador, a lógica de atuação parlamentar, no presidencialismo de coalizão, fortalece as lideranças que dão apoio à aliança, retirando “força” dos deputados de base, designados na linguagem política como “baixo clero”. Esse quadro permite a manutenção do clientelismo e da defesa dos “donos de determinadas pastas, partidos, secretarias e ministérios”.

De tudo o que foi afirmado até o momento, e partindo de Nicos Poulantzas⁴, percebe-se que no Brasil, por conta desse arranjo institucional, não há mesmo que se falar em “poderes” ou “separação de poderes”. O poder é um só. O estatal. A máquina estatal representa algo único, incindível. O aparato de dominação é o mesmo, como diria Althusser⁵. O Estado atua em bloco, que é chamado por Poulantzas de Bloco de Poder⁶.

O presidencialismo de coalizão, enquanto “realidade institucional”, é também uma ideologia. Isso porque faz a sociedade crer que o “sistema” é necessário para a governabilidade e estabilidade democrática, faz crer que existe efetiva separação de poderes e controle inter-orgânico das funções políticas. Todavia o sistema, em verdade, esconde, como antecipado, o caráter de classe, mercadológico, clientelista, patrimonialista do aparelho de Estado; o sistema impede que as decisões no âmbito do parlamento e do executivo sejam efetivamente deliberativas (exceto em relação a alguns campos neutros aos interesses das alianças).

Em suma, é preciso deixar claro que, no Brasil, políticas e decisões públicas são formadas, por decorrência das coalizões, a partir de um sistema que é todo voltado para a manutenção do clientelismo anti-republicano e da corrupção velada. Aquilo que Sérgio Abranches percebia como sendo a forma brasileira de reinventar a democracia, em verdade é um modo de perpetuar uma determinada forma de dominação corrupta, clientelista e patrimonialista.

É preciso rever o arranjo institucional brasileiro com o fim de construir as bases de um Poder Legislativo e de um Poder Executivo que se relacionem com mais autonomia, em que as bases tenham mais forças, em que as lideranças partidárias tenham papel relativizado e o poder de agenda do Presidente e do Executivo seja menor, permitindo que

⁴ POULANTZAS, Nicos. *Poder político e classes sociais*. Porto: Portucalense, 1971.

⁵ ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Petrópolis: Vozes, 1999.

⁶ POULANTZAS, Nicos. *State, Power, Socialism*. London: New Left, 1978.

os diversos conflitos da base parlamentar possibilitem uma lógica mais plural, efetivamente deliberativa, nesse jogo todo.

Os valores consagrados pela comunidade política brasileira são contraditórios, portanto, como foi demonstrado, com o arranjo institucional de democracia estruturado na Constituição. O Brasil não conseguirá atingir uma efetiva democracia e uma república que não seja apenas em sentido formal, com um arranjo institucional que impede que as principais decisões sejam pautadas numa racionalidade efetivamente deliberativa e dotadas de coerência.

É preciso mudar. A constituição consagra direitos fundamentais, democracia e república. Se a lógica que legitima o presidencialismo de coalizão é a governabilidade, é preciso lembrar que não há uma única linha da constituição brasileira que afirme que as instituições devem ser organizadas tendo em vista a governabilidade (o que não significa que governabilidade não seja importante).

É certo, ademais, que não é possível pôr em xeque a democracia e a coerência das políticas públicas no campo dos direitos constitucionais colocando a conta de um déficit de racionalidade apenas no arranjo institucional brasileiro e na classe política.

Não se pode esquecer que muito do que não se tem no Brasil em termos de políticas públicas ou do que se tem em termos de políticas ruins, não é culpa exclusiva do governo, dos governantes, dos políticos ou do arranjo institucional. Muitas políticas na área de saúde não melhoram porque determinados setores da economia não possuem interesse. Nas passeatas e manifestações de junho/julho de 2013, no Brasil, não foi possível ver cartazes e protestos contra os empresários desses setores. É preciso sempre ter em mente que a corrupção e os desvios no setor público não são feitos só pelos políticos. Mas ninguém fez cartazes para o *impeachment* das empresas e empresários acusados de corrupção. Muito se reclamou dos investimentos da Copa do Mundo, mas nenhum cidadão protestou contra as empresas que se beneficiaram desses investimentos. Cobrou-se redução de tarifas de transportes públicos exigindo isso do governo, mas sem cortar margem de lucro das empresas. Todo esse quadro, portanto, demonstra que a sociedade percebe o problema das decisões públicas e da corrupção como se fosse uma questão exclusiva do governo e das instituições públicas e políticas, como se não tivesse participação dos empresários e do setor econômico pertinente. Ocorre que os governos mudam, mas os empresários ficam. Muda-se a Constituição, mas o poder econômico permanece.

Por isso que é preciso defender, aqui, como todos podem perceber, reformas no arranjo institucional no que tange as relações entre poder executivo e legislativo. Uma reforma séria –, e difícil –, sem dúvida, que deve compreender uma ampla reforma política. Mas uma reforma séria que deve englobar também uma ampla revisão no setor econômico privado.

Do contrário, as empresas privadas vão continuar loteando a Amazônia, vão continuar fazendo desvios em licitações, vão continuar impedindo políticas tarifárias justas, vão continuar depredando o meio ambiente, vão continuar influenciando a formação de políticas públicas a partir dos seus interesses privados... e o brasileiro continuará colocando tudo na conta do governo e dos políticos. Mudam-se leis. Mas o mercado vai encontrando novas formas de lidar com o aparelho de Estado e com o direito.

Reforma política, sim. Reforma institucional: urgente. Mas não se pode iludir. O mercado e seus interesses e representantes, financiadores de campanhas, financiadores de votos, sabem se adaptar muito às transformações do Estado.

Fácil colocar a culpa pelas políticas públicas inexistentes, ou ineficientes, ou insuficientes, nas costas do governo e do Estado para não precisar olhar para o si mesmo. Fácil dizer que este ou aquele governo ou políticos são os culpados para não perceber que o inimigo “dorme ao lado” e muitos gostam dele. Como foi afirmado, mudam-se os políticos, mas empresas e grupos econômicos continuarão atuando, felizes, pois sabem que quando falarem mal das políticas públicas, a culpa será colocada exclusivamente nos governantes e no péssimo arranjo institucional brasileiro, e não nas costas deles.

Por isso, qualquer reforma política deve comportar, necessariamente, também a reforma da ordem econômica e do setor privado. Se não for assim, o Estado continuará sendo apenas um bloco do poder dominado por interesses de classes, frações de classe, grupos de interesses... A tarefa é complexa, mas possível.

Podstawowe cechy prezydenjalizmu koalicyjnego w Brazylii oraz jego związek z korupcją

Streszczenie

Jeśli chodzi o stosunki między władzą wykonawczą a ustawodawczą, można dowodzić, że w Brazylii, mimo przyjęcia systemu prezydenjalnego, dynamika kierowania rządem zbliża się do parlamentarnego modelu sojuszy partyjnych. W tym układzie, znanym jako prezydenjalizm koalicyjny, mamy władzę wykonawczą z wieloma uprawnieniami – superprezydenjalizm czy słaby prezydenjalizm bonapartystyczny – pobudzany do tworzenia sojuszy w obliczu istnienia wielopartyjności, przy braku jakiegokolwiek stronnictwa rozporządzającego większością miejsc w Kongresie.

Konieczność tworzenia regionalnych sojuszy partyjno-politycznych – Brazylia jest federacją, w której wybory parlamentarne odbywają się w skali lokalnej oraz z dużym udziałem mechanizmów rynkowych (prywatne finansowanie kampanii wyborczych) – doprowadza do sytuacji, w której organ ustawodawczy jest zakładnikiem egzekutywy. Z uwagi na to, że rządzenie zależy od trwania koalicji w czasie kadencji, aparat urzędniczy władzy wykonawczej ze względu na te zadania partyjne lub regionalne (w zależności od rodzaju sojuszu) zawsze w końcu ustępuje naciskom poszczególnych stronnictw.

Z uwagi na to, że w Brazylii sojusze nie są jednorodne, władza wykonawcza musi podporządkować się – odnośnie do strategii działania i podejmowania decyzji – interesom poli-

tycznym i regionalnym. Są one bardzo często sprzeczne, sprzyjając jedynie „interesom sektorowym”, zarówno o charakterze gospodarczym, jak i terytorialnym. Ostatecznie układ ten przyczynia się do korupcji, powstania niezdrowych układów zależności oraz systemów nepotycznych wszelkiej maści.

Słowa kluczowe: prezydencjalizm koalicyjny, przekupstwo i łapownictwo, brazylijski sposób rządzenia, podział władzy

Rozdział II.
Państwo prawa

Capítulo II.
Estado de direito

Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Judicialização da política e o controle judicial dos direitos fundamentais sociais no Brasil

Resumo

O presente artigo buscou analisar questões controvertidas a respeito da efetivação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal brasileira pelo Poder Judiciário. Estudou o fenômeno da judicialização da política que acaba por transferir questões políticas da esfera do Parlamento para o Poder Judiciário, o que, por sua vez, leva ao Judiciário assumir novas funções, especialmente de controlar as políticas públicas realizadas ou definidas pelos Poderes eleitos pelo povo.

E. M. de Queiroz Barboza também analisou algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que demonstram a judicialização das questões relacionadas às políticas públicas de saúde e como este Tribunal vem protegendo os direitos fundamentais sociais.

Palavras-chaves: direitos fundamentais sociais, judicialização da política, controle de políticas públicas.

1. Introdução

A questão da efetivação dos direitos sociais por parte do Poder Judiciário no Brasil tem envolvido algumas críticas à atuação desse Poder, quer seja por não ter legitimidade democrática para se envolver em questões de políticas públicas que envolvem opções orçamentárias, quer seja porque a intervenção do Poder Judiciário nesta esfera violaria o princípio da separação dos poderes.

Ora, o fenômeno que leva à expansão da atuação do Poder Judiciário, chamado de judicialização da política¹, é aquele que transfere as decisões sobre questões políticas da

¹ Para Vallinder a judicialização da política pode significar: “(1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/ or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial

esfera do Parlamento para a esfera judicial. Entre as questões políticas que são transferidas para as Cortes estão as questões relacionadas ao direito à saúde, que acabam por envolver decisões relacionadas ao orçamento e às políticas públicas.

É possível apontar como principais causas de judicialização da política no Brasil a Constituição de 1988 com um rol extenso de direitos fundamentais, direitos estes que se por um lado possuem textura aberta demandando novo papel interpretativo dos juízes, de outro lado, criam direitos subjetivos que passam a ser reclamadas no Poder Judiciário, até porque agora estabelecido numa democracia. Além disso, maior acesso à justiça e diversas normas de proteção de minorias também levam à expansão do Poder Judiciário.

Pretende-se, assim, no presente artigo, enfrentar num primeiro momento, os óbices impostos à realização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário para concluir que é possível afastá-los por meio de um ativismo judicial comprometido com os valores substantivos escolhidos pela sociedade brasileira, mesmo num país onde os recursos econômicos e financeiros são escassos, sem que isso afronte o princípio da separação de poderes ou mesmo a democracia, pois só será possível pensar em um processo democrático “justo” a ser realizado entre cidadãos livres e iguais, se estes cidadãos tiverem seus direitos sociais básicos garantidos.

Demonstrar-se-á, assim, que o fórum deliberativo instaurado no âmbito do Judiciário pode ser muito mais democrático do que aquele instaurado no âmbito meramente político, assim como enfrentar-se-á a definição de judicialização da política e como a mesmo foi impulsionada no Brasil.

Também serão apresentados alguns casos relacionados ao controle de políticas públicas que buscam efetivar direitos sociais pelas Cortes Superiores brasileiras.

2. Óbices à Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil

A polêmica sobre a efetividade dos direitos sociais se dá porquanto a doutrina tradicional os via “não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais”², e portanto, dando-lhes pouca garantia e quase nenhum remédio jurídico para dotá-los de efetividade³.

process.” Tate, Neal; Vallinder, Torbjörn, *The Global expansion of Judicial Power*. London: New York University Press, 1995, p. 13.

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4ª ed., Malheiros Editores LTDA, 2000, p. 151.

³ Neste sentido, a doutrina tradicional, ao tratar dos modelos de positivação dos direitos sociais, apontava as seguintes possibilidades: i) as normas sociais como normas programáticas, ii) as normas sociais como normas de organização; iii) as normas sociais como garantias institucionais. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 444-445.

Não obstante, a doutrina mais recente “vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade”⁴, reconhecendo-os inclusive como direitos subjetivos públicos⁵.

A controvérsia quanto a efetividade dos direitos sociais se dá não só quando eles impõem um papel negativo ao Estado, mas quando, principalmente, impõem a este uma prestação positiva, uma vez que, enquanto os direitos sociais de defesa (de cunho negativo)⁶ independem, para sua efetivação, de circunstâncias econômicas; os direitos sociais a prestações (de cunho positivo) exigem, para sua efetiva realização, o dispêndio de recursos, “dependendo, em última análise, da conjuntura econômica”⁷.

Como os direitos sociais de cunho defensivo (direitos sociais negativos ou “liberdades sociais”) reclamam, em tese “uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, virtualmente não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente”⁸, logo, não serão eles, a preocupação maior deste artigo.

Por outro lado, em razão das implicações econômicas geradas pelos direitos sociais prestacionais⁹, ou direitos subjetivos públicos, por exigirem prestações positivas do Estado, e consequentemente da maior dificuldade em sua efetivação, devem ser estes objeto de maior atenção.

Em face da exigência de uma atuação do Estado, do qual se pressupõem grandes disponibilidades financeiras, é que os direitos sociais prestacionais sofreram, logo, limitação de sua efetivação (do ponto de vista econômico), pela construção dogmática da “reserva do possível”, que traduziria a ideia de que “os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”¹⁰.

⁴ SILVA, J.A., *Aplicabilidade...*, *op. cit.*, p.151.

⁵ Tese esta também abarcada por SARLET, Ingo Wolfgang, *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*, *op. cit.*; CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*; e BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª ed., São Paulo: Renovar 2000, p. 86

⁶ Exemplo clássico de direito social de defesa (de cunho negativo) é o direito de greve previsto no art. 9º da Constituição, cabendo ao Estado apenas a função de abster-se de reprimir e punir os que exercem referido direito.

⁷ SARLET, I. W., *Os Direitos Fundamentais Sociais...*, *op. cit.*, p. 109.

⁸ *Ibidem*, p. 115.

⁹ Canotilho ainda distingue os direitos “sociais” em: i) *direitos originários a prestações*, como aqueles que, independente da existência de uma prévia oferta de sistemas ou serviços, podem ser exigidos, de forma imediata, pelo cidadão; e ii) *direitos derivados a prestações*, como aqueles direitos dos cidadãos “a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes”. CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 447-448. Ver também: SARLET, I. W., *Os Direitos Fundamentais Sociais...*, p. 103).

¹⁰ CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 451.

José Carlos Vieira de Andrade defende a ideia de que os direitos sociais ficam limitados à existência de recursos financeiros por parte do Estado, sendo estes recursos condições financeiras para tanto, confira-se:

Na realidade, certos direitos, como, p.ex., os direitos à habitação, saúde, assistência, educação, cultura, etc, dependem, na sua actualização, de determinadas condições de facto. Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso ainda que o Estado possa juridicamente dispor desses recursos.

Ora, a *escassez* dos recursos à disposição (material e também jurídica) do Estado para satisfazer as necessidades económicas, sociais e culturais de todos os cidadãos é um dado da experiência nas sociedades livres, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira *opção* quanto à respectiva afectação material. Por outro lado, essa opção revela-se extremamente articulada e complexa já que a escassez dos recursos disponíveis está intimamente ligada às variações no desenvolvimento económico e social, tornando, por isso, a escolha dependente de um sistema global em que pesam todas as coordenadas que condicionam esse desenvolvimento.

(...) As opções que permitirão definir o conteúdo dos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado têm de caber, portanto, a um poder constituído. Não certamente ao juiz, na sua função aplicadora, sob a cobertura de uma interpretação, mas sim aos órgãos (politicamente responsáveis) competentes para a definição das linhas gerais das políticas económicas, sociais e culturais ou para sua ‘implementação’. Isto é, em primeira linha, ao legislador, parlamentar ou governamental. O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, actuando por delegação constitucional. A ele se destinam as directrizes constitucionais estabelecidas a propósito de cada um dos direitos a prestações¹¹.

A posição de Vieira de Andrade demonstra bem a resistência que se coloca contra a realização dos direitos fundamentais sociais, quais sejam, a questão dos recursos económicos e financeiros escassos, e portanto, a garantia dos direitos sociais ficaria limitada à disponibilidade financeira ou à “reserva do possível”, como também a questão de que o conteúdo aberto dos direitos sociais só pode ser definido pelos poderes eleitos pelo povo (Legislativo e Executivo) e não pelo Judiciário. Veja-se que tanto em questão de determinação de políticas públicas para definir em que direitos serão aplicados os recur-

¹¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Editora Almedina 2012, pp. 186-187.

so financeiros do Estado, como em delimitação do conteúdo substantivo dos direitos sociais, o Judiciário estaria a intervir na esfera de atuação dos demais poderes, e, assim, num aparente conflito com o princípio da Separação de Poderes¹².

Entretanto, o que se pretende é justamente evidenciar que o discurso não é tão simples tal como se expõe, razão pela qual se apresentarão argumentos que demonstrarão que o Judiciário – na ausência de implementação dos direitos sociais pelos poderes eleitos – por meio de um ativismo judicial¹³ de interpretação substantiva dos direitos sociais deve buscar sua realização, nem que isso implique em opções políticas. Veja-se.

Um dos grandes argumentos contrários à realização dos direitos sociais de cunho prestacionais é de que os mesmos necessitam de disponibilidade de recursos por parte do Estado, enquanto os direitos civis e políticos, em face de seu caráter negativo, independeriam de qualquer atuação do Estado, mas apenas de sua abstenção.

Flávia Piovesan rebate a questão do custo, como óbice para realização dos direitos fundamentais sociais, ressaltando “que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas”¹⁴ e que, por conse-

¹² A propósito, não se pode olvidar que a separação de poderes na América, na forma descrita pelos *federalists*, não significa “que os três poderes devam ser reciprocamente independentes, mas que se deve excluir que quem possua todos os poderes de um determinado setor possua também todos os poderes de um outro”, sob pena de subversão da democracia, a qual pressupõe não só uma independência entre os poderes, mas também o controle de um pelo outro, não se cogitando a possibilidade de atuação ilimitada de um dos Poderes. Cf. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*, Imprensa Porto Alegre, S.A. Fabris, 2002, p. 89.

¹³ Christopher WOLFE define o ativismo judicial convencional como aquele no qual “judges ought to decide cases, not avoid them, and thereby use their Power broadly to further justice- that is, to protect human dignity – especially by expanding equality and personal liberty. Activist judges are committed to provide judicial remedies for a wide range of social wrongs and to use their power, especially the power to give content to general constitutional guarantees, to do so.” “juizes deveriam decidir os casos, e não os evitar, e assim usar seu poder de modo amplo para fazer a justiça progredir – ou seja, para proteger a dignidade humana – especialmente expandindo a igualdade e a liberdade pessoal. Os juizes ativistas são comprometidos em providenciar remédios judiciais para uma vasta variedade de problemas sociais e em usar seu poder, especialmente o poder de dar conteúdo a garantias constitucionais em geral, para tanto.” WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997, p. 2. Mais a frente conclui que: “judicial activism may be defined in terms of either the relation of a judicial decision to the Constitution or the manner in which judges exercise what is conceded to be a broadly political, discretionary power. The definition on which I place the greater emphasis will be dissatisfying to most contemporary constitutional scholars, who subscribe to different conceptions of the nature of judicial power and of the evolution of judicial review in American history.” (...) “o ativismo judicial pode ser definido ou pela relação de uma decisão judicial para com a Constituição ou pela maneira pela qual os juizes exercitam o que se admite ser um amplo poder político e discricionário. A definição à qual eu dou maior ênfase não é satisfatória para a maioria dos acadêmicos constitucionais contemporâneos, que são adeptos de diferentes concepções sobre a natureza do poder judicial e da evolução da revisão judicial na história americana.” *Ibidem*, p. 31.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245.

guinte, a implementação dos direitos civis e políticos também demandam um custo alto do aparato estatal, e que nem por isso deixam de ser realizados.

Do mesmo modo, Stephen Holmes e Cass Sunstein, em sua obra *The Cost of Rights: why Liberty Depends on Taxes*, demonstram que “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los”¹⁵, e fazem um breve relato do custo dos direitos, tidos como negativos ou de liberdade nos Estados Unidos¹⁶.

Resta claro que o argumento da reserva do possível não pode prevalecer como um óbice à concretização dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, pois a garantia dos direitos individuais, de liberdade, ou de cunho negativo também gera alto custo ao Estado para que sejam protegidos e garantidos^{17,18}.

Sunstein, afirma, categoricamente, que não existem direitos negativos, pois mesmo o direito de propriedade ou de liberdade de expressão, precisam de garantia positiva do

¹⁵ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, Rio de Janeiro – São Paulo, Editora Renovar 2001, p. 73.

¹⁶ HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass, *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*, New York: W. W. Norton and Co., 1999, p. 46-47.

¹⁷ Em sentido contrário: “A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável” (AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*; Studies in Social Economics 1984, edition by AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B., SCHWARTZ, William B. AARON, apud AMARAL, G., *op. cit.*, p. 136). Para aprofundar a questão da escassez de recursos e escolhas trágicas, principalmente na realização do direito fundamental à saúde, “onde, além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”, ver: AMARAL, G., *op. cit.*, p. 172 et seq.

¹⁸ “Alguns direitos constitucionais dependem, para sua existência, de condutas estatais positivas. Portanto o Estado está sob um dever constitucional de agir, não de abster-se. Se deixar uma pessoa escravizar outra, nada fazendo para desfazer a situação que configura servidão involuntária, o Estado terá violado a Décima-terceira Emenda. Por força da proteção dada pela Primeira Emenda à liberdade de expressão, o Estado está obrigado a manter ruas e parques abertos para manifestações, muito embora isso seja caro e requeira uma conduta positiva. Por força da proteção constitucional contra a ‘privação’ da propriedade privada sem justa compensação, o Governo está provavelmente obrigado a criar leis contra os esbulhos e invasões, bem como tornar tais garantias acessíveis aos proprietários privados – uma falha em agir, uma falha em proteger a propriedade privada, pareceria inconstitucional. Se um juiz aceitar propina oferecida pelo réu e assim nada fizer para proteger os direitos do autor, tal juiz terá violado a garantia do devido processo. Se o Estado não tornar seus tribunais acessíveis para garantir a eficácia de garantias contratuais, ele terá provavelmente arruinado as obrigações contratuais, violando a garantia constitucional dos contratos. Em todos esses casos, o Governo está obrigado, pela Constituição, a proteger e a agir. Em termos práticos, o Governo ‘concede direitos civis’ aos cidadãos, provendo aparatos legais, como zonas eleitorais, sem os quais não seria possível exercer tais direitos. O direito de voto não tem sentido se mesários, presidente de mesa e escrutinadores não comparecessem. O direito a uma justa compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento. O direito de petição para ver reparado um dano, assegurado pela Primeira Emenda, é o direito de acesso a instituições governamentais e o direito, eventual, de ser indenizado.” (HOLMES, S. and SUNSTEIN, C. R., *The Cost of Rights ..., op. cit.*, p. 52-53).

Estado, não havendo que se falar em ir contra a aplicação dos direitos sociais uma vez que estes envolvem uma atuação positiva do Estado e, portanto, maior custo, porque todos os direitos para serem garantidos custam dinheiro¹⁹.

Afora as questões acima levantadas, o princípio da “reserva do possível” funciona também como um óbice à legitimação do Judiciário na realização dos direitos fundamentais sociais, negando, alguns autores, “de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”²⁰. Ou seja, quando se trata da realização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, o mesmo tem questionada sua legitimidade democrática uma vez que “a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos”²¹, o que levaria à conclusão de que a tomada de políticas públicas não poderia ser feita por um Poder não eleito, mas tão-somente pelo Executivo e Legislativo, que, por sua vez, refletiriam a vontade da maioria.

Não perdendo de vista a disparidade social presente no Brasil, onde a grande maioria dos direitos sociais está longe de ser usufruída pela população, deve-se questionar quem, então, tem legitimidade para “definir o que seja ‘o possível’ na área das prestações sociais básicas, em face da composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos”²², principalmente quando os recursos não foram corretamente destinados.

Primeiro, deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que – na inércia²³ destes Poderes – é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados.

Para além disso, deve-se entender que para que se tenha um eficaz controle de pesos e contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, é necessário também um crescimento dos papéis do Poder Judiciário, sob pena de mantendo-se o princípio da estrita sepa-

¹⁹ SUNSTEIN, Cass, *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, Kindle Edition, 2006, p. 198 et. seq.

²⁰ KRELL, A. J., *Direitos Sociais e Controle Judicial...*, op. cit., p. 52.

²¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, (Org.); BERCOVICI, Gilberto (Org.); MORAES FILHO, José Filomeno de (Org.); LIMA, Martônio M Barreto (Org.). *Teoria da constituição: estudo sobre o lugar da política no direito constitucional*. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 44

²² KRELL, A. J., op. cit., p. 53.

²³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, (Org.); BERCOVICI, Gilberto (Org.); MORAES FILHO, José Filomeno de (Org.); LIMA, Martônio M Barreto (Org.). op. cit., p. 45.

ração de poderes, se mantenha um Judiciário “perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados”²⁴.

Por outro lado, deve-se rechaçar “o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado”²⁵, uma vez que isto significaria reduzir a eficácia desses direitos a zero.

É verdade que nem todos os direitos sociais têm a mesma densidade normativa. Veja-se, por exemplo, o direito ao pleno emprego ou o direito à moradia, os quais devem ser realizados por meio de políticas públicas, o que, por sua vez, acaba por dificultar a concretização daqueles direitos pelo Poder Judiciário, pois mesmo nos países mais desenvolvidos não se pode assegurar que todo cidadão tenha emprego, pois é inevitável a existência de um certo nível de desemprego.

Destarte, apesar de ser efetivamente um problema de política pública a alocação de recursos para determinados projetos que buscam a implementação de direitos sociais, isso não significa dizer que o Judiciário não tem nenhum papel na realização desses direitos. E o Judiciário brasileiro vem assumindo seu papel na implementação desses direitos.

Muitas forças políticas ainda lançam mão do argumento de que os direitos sociais se tratariam de normas programáticas, para mediante a omissão, recusar-se a cumpri-los ou eleger-los em posição de destaque dentro de seus planos de governo. De mesma forma, no plano prático, a recusa ao cumprimento dos direitos fundamentais está geralmente na alegação da cláusula de reserva do possível, que se apoia na falta de recursos orçamentários direcionados àquele programa.

Antes de se apresentar alguns casos do Supremo Tribunal Federal que vieram a proteger os direitos sociais, mesmo que implicasse a tomada de decisões políticas, ou decisões sobre políticas públicas na área de saúde, enfrenta-se a judicialização da política no próximo tópico bem como as causas principais que levam questões que deveriam ser decididas no âmbito do Parlamento para as Cortes.

3. Judicialização da Política

A judicialização da política significa tanto a transferência das decisões políticas da esfera do Parlamento ou do Executivo para a esfera das Cortes como também o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões.

A partir daí, há uma intensificação da atividade jurisprudencial, que decorre do fato de que, em geral, a legislação que trata dos direitos sociais se limita a estabelecer os

²⁴ CAPPELLETTI Mauro, Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *Juízes Legisladores?*, Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 53.

²⁵ KRELL, A. J., *op. cit.*, p. 54.

princípios e objetivos gerais, deixando uma maior discricionariedade aos juízes na sua interpretação e efetivação, ocasionando um aumento do papel do Poder Judiciário brasileiro pós Constituição de 1988.

Ressalta-se principalmente a constitucionalização dos direitos fundamentais sociais como uma das causas da crescente interpretação criativa do Poder Judiciário no mundo contemporâneo, uma vez que as normas constitucionais que tratam dos direitos fundamentais, por serem genéricas por sua natureza, necessitam para sua realização, alto grau de criatividade dos Juízes²⁶.

Além disso, Loiane Prado Verbicaro aponta algumas condições como facilitadoras do processo de judicialização da política ocorrido no Brasil, dentre as quais, destacam-se especialmente: (i) a promulgação da Constituição de 1988; (ii) a universalização do acesso à justiça; (iii) a existência de uma Constituição com textura aberta; (iv) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico; (v) a ampliação do espaço reservado ao STF; (vi) a hipertrofia legislativa; e (vii) a crise do Parlamento brasileiro²⁷.

Dessa forma, inevitável que o Judiciário brasileiro se tornasse ativo, o que pode inclusive contribuir com a democracia, na medida em que pode assegurar um sistema de *checks and balances* “em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder”²⁸.

Em oposição à idéia de deferência ao Legislativo, que poderia significar a manutenção do *status quo*, defende-se que os Tribunais brasileiros possam promover proteção de minorias, pois num país desigual como o Brasil, enquanto os direitos sociais mínimos não forem garantidos, não se poderá sequer falar em proteção de direitos individuais ou políticos.

A criatividade judicial que se defende não é a criação de um “governo de juízes”, mas de que possa o Poder Judiciário fazer com que as normas jurídicas abstratas, definidoras de direitos sociais positivos, transformem-se em ações concretas, alcançando o fim social para o qual foram criados, mesmo porque, num Estado Democrático de Direito, tem o Poder Judiciário papel preponderante²⁹.

Para além disso, deve o Judiciário assumir que exerce função política sim, entretanto o que se verifica é que esta judicialização da política, que remete questões políticas às Cortes, muitas vezes se dá em razão de articulações dos próprios atores políticos, quer

²⁶ *Ibidem*, p. 67.

²⁷ VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil*. Revista DireitoGV, vol. 4, no. 2, 2008, p. 390.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 107.

²⁹ BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade...*, op. cit., p.127.

seja porque o custo eleitoral é alto, quer seja porque são minorias na arena política e só têm o judiciário como outro espaço de disputa do poder político.

Mesmo no contexto americano, Keith Whittington explica que a manutenção da autoridade judicial para interpretar a Constituição e usar ativamente o poder de controle constitucional das leis é um projeto político avançado. Para que se sustente o ativismo judicial, no sentido de declaração de inconstitucionalidade do ato normativo do Legislativo ou do Executivo, as Cortes devem operar numa política de desenvolvimento favorável. Juízes devem achar razões que levantem objeções aos atos do governo, e políticos eleitos devem achar razões para parar de sancionar ou criticar juízes que levantam tais objeções³⁰.

Whittington³¹ ressalta que as maiorias políticas podem efetivamente delegar um número de questões para o Judiciário porque as Cortes podem ter mais capacidade de agir efetivamente ou com mais confiança do que os políticos eleito, agindo diretamente. Tal ponto de vista é corroborado por Luiz Werneck Vianna em relação ao contexto brasileiro, quando afirma que as ADIs no governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) acabaram por funcionar em instrumentos em favor das minorias políticas, que buscaram no Judiciário um outro espaço de luta democrática para afirmar direitos que não conseguiram proteção majoritária no Parlamento³². Ou seja, o Poder Judiciário assume, nesse contexto, um importante papel, na medida em que representa um espaço público democrático realizador dos direitos fundamentais protegidos na Constituição brasileira.

No mesmo sentido, afirma Howard Gillman³³, ao estudar o período de 1875 a 1891 nos Estados Unidos, que o aumento do poder da jurisdição das Cortes federais durante esse período foi devido a esforços do Partido Republicano de promover uma política econômica nacional, durante um período no qual o tema estava vulnerável em relação aos partidos políticos.

O exercício do controle de constitucionalidade por um Judiciário ativo e independente, apesar de ser visto aparentemente como contra o interesse dos atuais políticos, que presumivelmente preferem exercer o poder sem interferência é, ao contrário, apoiado pelos detentores do poder. Quando políticos eleitos não conseguem implementar sua própria agenda política, eles devem favorecer um ativo controle de constitucionalidade por um Judiciário simpático a superar os obstáculos e romper com o *sta-*

³⁰ WHITTINGTON, Keith E. *Interpose your friendly hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court*. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583

³¹ *Ibidem*, p. 584.

³² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. *Tempo Soc.*, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 68. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 set. 2010, p. 68.

³³ GILLMAN, Howard. *How Political Parties can use the Courts to advance their agendas: Federal Courts in the United States, 1875-1891*. *American Political Science Review*, v. 96, Issue 3, Sept. 2002, p. 511

tu quo. Na visão de Whittington³⁴, isso justificaria o porquê de os políticos eleitos tolerarem um Judiciário ativista.

Bercovici entende que, com uma maior tendência à “normativização da Constituição, o papel preponderante que era da política (e dos partidos políticos) na Teoria da Constituição, foi sendo tomado pelos tribunais constitucionais e pelas discussões sobre controle de constitucionalidade”³⁵, o que acabou por enfatizar o papel da hermenêutica constitucional e dos princípios constitucionais na interpretação e concretização da Constituição.

Busca-se, no próximo tópico, apresentar alguns casos que envolvem o papel político do Supremo Tribunal Federal em questões relacionadas ao controle de políticas públicas e efetivação de direitos sociais.

4. O Supremo Tribunal Federal e a proteção jurisprudencial em matéria de direitos sociais

Antes de iniciar a análise de alguns casos relacionados à Suprema Corte brasileira, é preciso esclarecer como os direitos fundamentais sociais estão protegidos expressamente na Constituição Federal brasileira.

Os direitos sociais são tratados pela Constituição Federal de 1988, como autênticos direitos fundamentais, aplicáveis de imediato e dotados de justiciabilidade. Para justificar o argumento de que os direitos sociais foram alçados à categoria de direitos fundamentais pela Carta Constitucional de 1988, cumpre verificar alguns dispositivos nela previstos.

O Preâmbulo da Constituição estabelece o seguinte:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil³⁶.

O artigo 1º, da Carta Constitucional, por sua vez, estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamen-

³⁴ WHITTINGTON, Keith E. Interpose your friendly hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p.583.

³⁵ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. Lua Nova, 2004, no. 61, p. 9.

³⁶ Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 05 jul. 2005.

tos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, o que demonstra um caráter claramente social de proteção de seus cidadãos.

Também o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 dispõe que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. E no § 2º do artigo 5º, consta que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A presença dos dispositivos ora referidos já seria suficiente para afirmar que constitui princípio fundamental da República a proteção e realização dos direitos sociais, mas a Carta Constitucional de 1988 foi além, inovando no que diz respeito à proteção despendida aos direitos sociais, ao estabelecer um capítulo próprio dos direitos sociais dentro do Título II “Dos direitos e Garantias Fundamentais”, bem como tratou sobre a ordem social, de forma independente, no Título VIII, reconhecendo aos direitos sociais *status* de “autênticos direitos fundamentais”³⁷, diversamente das Constituições brasileiras anteriores que lhes davam reduzida eficácia e efetividade.

Elenca o artigo 6º da Constituição de 1988 que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, os quais devem ser compreendidos “como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão”³⁸.

Para além disso, pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, estes direitos são protegidos como cláusulas pétreas e, portanto, não são passíveis de ser abolidos pelo Poder reformador. Assim, diferente da maioria das Constituições liberais contemporâneas, o Brasil traz em sua constituição, explicitamente, a proteção dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Assim, os Tribunais brasileiros têm assumido uma postura mais ativa na proteção dos direitos sociais, mesmo sob as críticas de que estaria a invadir a esferas dos Poderes Executivos e Legislativos, mais democráticas porque teriam sido eleitos pelo povo. A esta espécie de postura o Supremo Tribunal Federal respondeu recentemente, pela decisão tomada no Agravo de Instrumento 583476 fixando a obrigação estatal de proteção do menor e adolescente, ainda que mediante o oferecimento de prestações, sob pena de afronta à Constituição Federal, pela conduta omissiva. Veja-se:

Ementa: crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual. Dever de proteção integral à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais ...*, p. 104.

³⁸ CANOTILHO, J.J.G., *op.cit.*, p. 446.

ao poder público. (...) Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgride a autoridade da lei fundamental (RTJ 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191- -197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo poder judiciário. (...) **É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração** (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “*facere*”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, “(...) com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

“(...) Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”³⁹.

Nessa linha de compreensão, o Tribunal fixou que muito embora não seja atribuição do Poder Judiciário responsabilizar-se pela realização de políticas públicas e nem gerenciar o orçamento do Estado, cabe ao Poder Judiciário verificar quando a alegação de “reserva do possível” não se dá propriamente pela falta de recursos, mas pelo mau emprego dos recursos. Portanto, lança-se alguma possibilidade de controle das escolhas dos Poderes políticos pelo Poder Judiciário quando se vislumbra o descumprimento das normas constitucionais relativas aos direitos sociais.

Ainda nesse sentido, determinando que não existe violação ao princípio da separação dos Poderes, mas real exercício da jurisdição constitucional, nas ocasiões em que o Poder Judiciário determina a efetivação de direitos sociais, ainda que dependentes de prestações, outro caso relevante julgado pelo Supremo Tribunal Federal – que no Brasil

³⁹ Supremo Tribunal Federal. AI 583476. Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 06/05/2010, publicado em 24/05/2010.

faz papel de Corte Constitucional e órgão de cúpula do Poder Judiciário – foi no Agravo 634643 no qual ficou determinada a obrigação do Estado de fornecer abrigo a moradores de rua, condição mínima para a dignidade, que demonstra como no Brasil, ainda se está muito longe de se encontrar uma solução para as mazelas sociais:

“Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes. Agravo regimental desprovido”⁴⁰.

O ministro Celso de Mello, em outro momento, se manifestou no sentido de que “embora resida, primariamente, nos poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que excepcionalmente, principalmente nos casos de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam as mesmas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”²⁰.

Ainda, é de se trazer à colação a decisão do ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47, cuja ementa se transcreve:

Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento⁴¹.

Na referida decisão entendeu o ministro que o Judiciário pode decidir sobre o fornecimento de outro medicamento ou tratamento diversamente do custeado pelo SUS e, nesse caso, “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”⁴². Afirmou, ainda, que

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 634.643, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 13.8.2012.

⁴¹ STF, SL 47 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU 30.4.2010.

⁴² Supremo Tribunal Federal, SL 47 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU 30.4.2010.

era evidente, no caso em tela, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.

Outras decisões parecem temperar os argumentos, ponderando a realização de políticas públicas pelos poderes políticos e a intromissão do Poder Judiciário, explicitando a necessidade de colaboração entre uma e outra esfera de decisão. Principalmente nos casos que determinam a proteção do direito à saúde, é comum o pleito de medicamento de valor muito elevado, não disponibilizados nos órgãos do Estado, muitas vezes para doenças raras, não aprovados pela Agência Nacional de Saúde ou ainda em fase de testes. O Juiz, em uma visão de microjustiça, ao conceder o medicamento pode acabar causando desequilíbrio orçamentário, com decisões que preterem políticas públicas previamente selecionadas e, às vezes, colocam em risco o próprio requerente. Por tais razões, a efetivação de direitos sociais nessa seara, tem sido recomendada de maneira parcimoniosa pelo STF:

Decisão: Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, com o fim de obter o fornecimento do medicamento Zavesca (Miglustat) em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, portadora da doença Niemann-Pick Tipo “C” (fl. 3) (...) a União ajuizou pedido de suspensão (...) Sustentou a ocorrência de grave lesão à ordem pública - uma vez que o medicamento requerido não foi aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e não consta da Portaria no 1.318 do Ministério da Saúde - e de grave lesão à economia pública, em razão do alto custo do medicamento (R\$ 52.000,00 por mês). Inferiu, ainda, a possibilidade de ocorrência do denominado “efeito multiplicador”. (...) O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias (...) O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do

SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação. Não raro, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA. O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. (...) Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. (...) Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. (...) Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde⁴³.

A ideia é de que para efetivar políticas públicas mediante decisões judiciais é necessário que tais decisões, minimamente, sejam bem fundamentadas (em dados fáticos inclusive) e sejam coerentes. O impacto prático da decisão, portanto, é fator que no Brasil se leva em consideração, principalmente quando se trata de um direito social que

⁴³ STA 175, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 18/09/2009, publicado em DJe-182 DIVULG 25/09/2009 PUBLIC 28/09/2009 RTJ VOL-00210-03 PP-01227 RDDP n. 81, 2009, p. 161-166.

exige prestação direta do Estado (diferente, por exemplo, do direito trabalhista, cujo encargo recai primeiramente sobre o empregador).

Assim é que, em matéria de direito previdenciário, o Supremo Tribunal Federal considerou válida Emenda Constitucional que agravava as condições necessárias para a aposentadoria, em retrocesso, visando assegurar a viabilidade do equilíbrio econômico e atuarial do sistema, ao decidir que “não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional”⁴⁴.

Quando a prestação deve recair diretamente em particulares, ocorre ainda uma ce-leuma jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já determinou ser vá-lida lei local que comandava a meia-entrada em locais de lazer para doadores de sangue, como forma de fomentar a prática e facilitar o acesso à cultura. Tal política, ainda que em confronto com a livre iniciativa dos proprietários de estabelecimento de lazer, como cinemas e teatros, foi considerada válida:

Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 7.737/2004, do Estado do Espírito Santo. Garantia de meia entrada aos doadores regulares de sangue. Acesso a locais públicos de cultura esporte e lazer. Competência concorrente entre a união, estados-membros e o distrito federal para legislar sobre direito econômico. Contro-le das doações de sangue e comprovante da regularidade. Secretaria de Estado da saúde. Constitucionalidade. Livre iniciativa e ordem econômica. Mercado. Inter-venção do estado na economia. Artigos 1º, 3º, 170 e 199, § 4º da Constituição do Brasil. 1) É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. 2) Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realiza-dos pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3). A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogi-ta também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinen-te apenas à empresa. 4) A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucio-

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal . RE 564354, Relatora Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJ 15.02.2011.

nal disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. 5) O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue. 6) Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 7) Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente⁴⁵.

O que se verifica, é que tanto em face do Poder Público como em face de particulares, o Supremo Tribunal Federal tem atuado de modo a dar efetividade e proteção aos direitos fundamentais sociais previstos na Carta Constitucional brasileira.

5. Considerações Finais

Ficou claro no presente artigo que os Tribunais brasileiros já avançaram muito na interpretação constitucional, no que diz respeito à concretização dos direitos sociais, mesmo que muitas vezes sob protestos e críticas, principalmente do Governo e daqueles que não necessitam de auxílio do Estado para que seus direitos mínimos sejam garantidos, ou até precisam, mas destinado de outra forma, para manutenção do *status quo*, ou seja, o aparato estatal destinado à defesa do direito de propriedade, de segurança, de garantia do dinheiro no banco, proteção na execução de contratos, etc.

Ainda, deve-se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 “não é exclusivamente normativa, mas também política; as questões constitucionais são também questões políticas”⁴⁶, devendo a jurisdição constitucional assumir seu compromisso histórico com a efetivação dos valores substantivos da Carta Constitucional, buscando superar a crônica instabilidade institucional brasileira, no sentido de transformar as estruturas existentes, emancipar os cidadãos, por meio da tolerância política e do avanço social⁴⁷.

Para além disso, deve-se afastar a ideia de que a democracia esteja ligada apenas ao princípio majoritário, mas também, ligada à promoção da liberdade-igual, de proteção de minorias e de grupos vulneráveis que ficam fora do processo político democrático, por meio de uma hermenêutica constitucional comprometida com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e dos princípios da liberdade, da igualdade, do direito à vida, da dignidade da pessoa humana em todas suas interpretações⁴⁸.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal. ADI 3512, Relator Min. EROS GRAU, julgado em 15/02/2006, DJ 23-06-2006.

⁴⁶ BERCOVICI, G., *op. cit.*, p. 24.

⁴⁷ BARROSO, L. R., *O direito constitucional e a efetividade...*, *op. cit.*, p. 329.

⁴⁸ Explica Canotilho que : “Existe uma relação indissociável entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos econômicos, sociais e culturais pressupõem a “liberdade”, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes econômicos, sociais e culturais. Neste sentido, se afirma que o paradigma estruturante da ordem jurídico-constitucional portuguesa é o para-

Por outro lado, não se pode descurar que a judicialização da política muitas vezes se dá pelos próprios atores políticos para que tenham no Poder Judiciário um novo locus de rediscussão de questões políticas que não puderam de alguma forma ser protegidas no Parlamento.

Ora, o Judiciário, desse modo, exerce papel importante na proteção da democracia, vez que é ele o fórum adequado para garantia dos direitos das minorias (políticas ou mesmo sociais), minorias essas que se tornam maioria numa sociedade plural e desigual como a brasileira. Ressalta-se que, sem a efetivação dos direitos sociais, os excluídos e as minorias nunca alcançarão uma igualdade real, ou uma liberdade igual, e, portanto, continuarão alheios ao processo democrático, pois não basta a garantia dos direitos políticos e de liberdade de expressão, é preciso, também, a garantia do direito à educação, para que se tenha o direito a formar a própria opinião.

Usądowanie polityki a kontrola socjalnych praw podstawowych w Brazylii przez organy wymiaru sprawiedliwosci

Streszczenie

Niniejszy artykuł stara się rozpatrzyć sporne zagadnienia wykonywania przez władzę sądowniczą podstawowych praw socjalnych, przewidzianych w Konstytucji Federalnej Brazylii z 1988 r. Autorka bada zjawisko usądowania polityki. Polega ono w szczególności na przeniesieniu kwestii politycznych ze sfery areny parlamentarnej do organów wymiaru sprawiedliwosci. To z kolei prowadzi władzę sądowniczą do przyjęcia nowych funkcji, w szczególności odnośnie do kontrolowania polityki publicznej, urzeczywistnianej albo określonej przez władze wybierane przez lud.

E.M. de Queiroz Barboza przeprowadziła również analizę orzecznictwa Sądu Najwyższego (NTF). Badanie to dowiodło występowania zjawiska oddania sądom do rozpatrzenia wielu kwestii związanych z politykami publicznymi w sferze ochrony zdrowia oraz sposobu stania na straży socjalnych praw podstawowych przez brazylijski Trybunał Konstytucyjny (STF).

Słowa kluczowe: podstawowe prawa socjalne, usądowanie polityki, kontrola polityki publicznej

digma da liberdade igual. E mais: “A liberdade igual aponta para a igualdade real (art.9o/d), o que presupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. “Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas o direito à inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse de um posto de trabalho.” CANOTILHO, J. J. G., *op. cit.*, p. 450.

Marcos Augusto Maliska

O estado do Estado de Direito no Brasil de hoje em dia. Observações preliminares

Resumo

A parceria com a Polônia, desde o primeiro momento, representou para nós brasileiros a descoberta de um mundo novo, bem distante do mundo latino americano e das tradicionais relações que este mantém com os países da Europa ocidental e com os Estados Unidos da América. O leste da Europa, os países do ex-bloco comunista, representantes da quarta onda de constitucionalização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial, imprimem uma visão diferente sobre o passado autoritário em comparação com a América Latina, bem como sobre as expectativas com relação ao mundo de um Estado Constitucional. A América Latina busca superar a histórica desigualdade social e para atingir esse objetivo os direitos fundamentais prestacionais constantes da Constituição necessitam ser concretizados, realizados na prática por meio de serviços públicos universais e de qualidade. A concretização desses direitos é um dever tanto do Estado como da Sociedade. Redefinir os papéis de Estado e Sociedade na concretização da Constituição apresenta-se como um desafio atual. A Constituição demanda a participação social, mas a forma, os meios dessa participação acontecer são deixados em aberto para a discussão pública.

Palavras-chaves: direitos fundamentais prestacionais, serviços públicos, participação social, democracia representativa.

1. Introdução

Saudando o Magnífico Reitor da Universidade de Wroclaw Prof. Dr. Marek Bojarski gostaria de cumprimentar todas as autoridades aqui presentes, Professores, alunos e servidores dessa grande universidade polonesa que é a Universidade de Wroclaw. É uma grande satisfação para nós brasileiros ter essa parceria de oito anos com a Universidade de Wroclaw e poder manter um diálogo acadêmico entre dois países que, ainda que distantes, possuem desafios parecidos.

Como constou da apresentação do nosso primeiro livro, sob o ponto de vista brasileiro, “a parceria com a Polônia desde o primeiro momento representou a descoberta

de um mundo novo, bem distante do mundo latino americano e das tradicionais relações que este mantém com os países da Europa ocidental e com os Estados Unidos da América: o leste da Europa e os países do ex-bloco comunista, representantes da, por assim dizer, quarta onda de constitucionalização ocorrida após a Segunda Guerra Mundial. Nesse aspecto, sob o ponto de vista do Direito Constitucional, a comparação do desenvolvimento do constitucionalismo na América Latina com os países do leste europeu ex-integrantes do Bloco comunista é única, visto que os seus passados de autoritarismo, porém distintos, implicam em compreensões bem diferentes quanto às expectativas em relação ao mundo de um Estado Constitucional: enquanto na América Latina se busca superar a histórica desigualdade social, marginalização e discriminação de grupos, na Europa do leste o objetivo é a liberdade, viver sob um Estado que garanta as liberdades individuais”¹.

Nesse sentido, foi com muita honra que aceitei o convite do Prof. Dr. Hab. Krystian Complak para falar na abertura desse IV Congresso Brasil Polônia de Direito Constitucional e a sugestão dada pelo Professor para tratar do “estado do Estado de Direito no Brasil de hoje em dia”. Essa sugestão está em sintonia com o desafio brasileiro lançado na apresentação do livro *Entre Brasil Polônia. Um debate sobre direito e democracia*, qual seja, o de buscar superar a histórica desigualdade social, marginalização e discriminação de grupos vivida pela sociedade brasileira com impacto direto nas reflexões sobre a efetividade da Constituição de 1988.

A Constituição brasileira de 1988 completou no último dia 05 de Outubro 26 anos e com esse quartel de século de existência é tempo de se realizar um balanço dos avanços realizados e dos desafios ainda a enfrentar. Sob o ponto de vista dos avanços realizados, pode-se dizer que a grande conquista da Constituição foi a estabilização da ordem democrática, visto que nesse período teve-se o funcionamento regular das instituições, sem nem mesmo qualquer ameaça a ordem institucional democrática e constitucional. Ainda que sob esse aspecto a tão sonhada reforma política não se tenha realizado e com a sua ausência o país ainda padeça de um funcionamento institucional do poder legislativo que deixa a desejar quanto a sua legitimidade e funcionalidade com consequências para todo o sistema político, seja para a não razoável atividade legislativa do poder executivo por meio de medidas provisórias, seja no mais recente protagonismo do poder judiciário na ordem institucional, é possível apontar um saldo positivo nessa matéria. O país tem funcionado, nesse contexto, nos marcos da ordem constitucional.

¹ MALISKA, Marcos Augusto e COMPLAK, Krystian. *Entre Brasil e Polônia Um debate sobre Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. XIV.

No entanto, em sintonia com o escrito na apresentação do livro *Entre Brasil e Polônia*, penso que, ainda que a reforma política tenha uma abrangência para todo o sistema político e, portanto, tenha função estrutural na relação entre Estado e Sociedade, o aspecto da efetividade dos direitos prestacionais seja, de fato, o grande desafio brasileiro atual.

A atual presidente do Brasil, no início do seu mandato, acentuou a necessidade de aperfeiçoar a gestão pública por meio de mecanismos de controle de qualidade do gasto público, como também no estabelecimento de diretrizes com o objetivo de aprimorar custo, receitas e qualidade dos serviços públicos. Para esse objetivo chegou a ser criada a Câmara de Políticas de Gestão, Desempenho e Competitividade – DGDC por meio do Decreto 7478 de 12 de maio de 2011 com o objetivo de, segundo seu Art. 1, formular políticas e medidas específicas destinadas à racionalização do uso dos recursos públicos, ao controle e aperfeiçoamento da gestão pública, bem como de coordenar e articular sua implementação com vistas à melhoria dos padrões de eficiência, eficácia, efetividade, transparência e qualidade da gestão pública e dos serviços prestados ao cidadão, no âmbito do Poder Executivo.

A presidente do país voltou ao tema com ênfase, convocando um pacto por melhoria dos serviços públicos, dois anos depois, em 21 de junho de 2013, em pronunciamento à nação por meio de cadeia de rádio e televisão, como resposta a onda de manifestações que ocorreram no país questionando os elevados gastos do país para sediar o campeonato mundial de futebol organizado pela FIFA e a baixa qualidade dos serviços públicos, em especial os serviços de transporte público, educação e saúde. Objetivamente a Presidente apontou (i) a elaboração do Plano Nacional de Mobilidade Urbana com privilégio ao transporte coletivo; (ii) a destinação de 100% dos recursos do petróleo para a educação e (iii) a contratação imediata de médicos estrangeiros para ampliar o atendimento do Sistema Único de Saúde – SUS².

Pode-se dizer que há no Brasil um ambiente de conscientização de que a alta carga tributária existente deve retornar ao cidadão por meio de serviços públicos de melhor qualidade. A efetividade da Constituição e aqui, em especial, a efetividade dos chamados direitos prestacionais, direitos que dependem de uma ação do Estado que os promova, são fundamentais para que os dados ainda preocupantes de desigualdade social possam ser amenizados. Somente a universalização de serviços públicos de qualidade, voltados ao cidadão, pode combater a herança histórica brasileira de desigualdade social, racial, regional e de grupos.

² Encontrado em <http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/dilma-convoca-pacto-por-melhoria-dos-servicos-publicos-e-anuncia-medidas,004e207db196f310VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>, Acessado em 02 de junho de 2014.

2. A efetividade dos Direitos Fundamentais. Um retrato do direito à educação, à saúde e à segurança pública

O tema da minha exposição na quarta feira nesse evento vincula-se ao que agora estou tratando de modo que aqui vou lançar algumas reflexões iniciais que retomarei posteriormente. Falar das dificuldades enfrentadas por meu país gera a oportunidade de ouvir dos colegas poloneses as estratégias utilizadas pela Polônia para, por exemplo, ter bons rendimentos nas avaliações internacionais sobre educação. Na prova de matemática do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa) da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a Polônia obteve o 13º lugar, a frente de países como Alemanha, França e Reino Unido. Na prova de ciências a Polônia obteve o 9º lugar, a frente de países como Canadá, Alemanha e Holanda. Na prova de leitura, a Polônia novamente obteve excelente resultado, mantendo-se na 10ª posição, a frente de países como Austrália, Suíça e Alemanha. Nessa mesma avaliação o Brasil encontra-se, respectivamente, na 58ª posição (matemática), 59ª (ciências) e 55ª (leitura)³. Igualmente gostaria de ouvir dos colegas poloneses a respeito da efetividade do direito fundamental à saúde, constante da Constituição Polonesa em seu art. 68 1 e 2, que dispõe que todos têm direito à proteção de sua saúde e de que os poderes públicos garantirão o acesso em condições de igualdade à assistência médica, financiada com fundos públicos, a todos os cidadãos, independente da sua condição econômica. Interessante ponte inicial de discussão na comparação com o direito constante da Constituição brasileira consiste na observação do art. 68,2, da Constituição polaca que disciplina que “as condições e o alcance da assistência médica serão determinados pela lei”.

No que diz respeito à realidade brasileira, para que possamos iniciar a discussão acerca dos desafios a ser enfrentados pelo Brasil visando o fortalecimento do seu Estado de Direito Constitucional, gostaria de pontuar a realidade de três direitos prestacionais: educação, saúde e segurança pública. A eleição desses três direitos encontra-se em sintonia com a pesquisa de opinião pública realizada pelo Instituto IBOPE em fevereiro deste ano que apontou saúde, segurança pública e educação como prioridades para 2014⁴.

A preocupação da população para com esses três direitos não deixa de encontrar eco na realidade, visto que há muito ainda a fazer nessas três áreas. No âmbito da educação, o ensino fundamental avançou significativamente, mas ainda não tem cobertura total para as crianças entre 7 e 14 anos. Segundo os dados do Unicef Brazil “do total de crianças entre 7 e 14 anos, 97,6% estão matriculadas na escola. O que representa cerca

³ Encontrado em <http://www.ebc.com.br/educacao/2013/12/ranking-do-pisa-2012#ciencia> Acessado em 02 de junho de 2014.

⁴ Encontrado em <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Brasileiro-elege-saude-seguranca-e-educacao-como-prioridades-para-2014.aspx>, Acessado em 02 de junho de 2014.

de 26 milhões de estudantes (Pnad 2007). O percentual de 2,4% de crianças e adolescentes fora da escola pode parecer pouco, mas representa cerca de 680 mil crianças entre 7 e 14 que têm seu direito de acesso à escola negado. As mais atingidas são as negras, indígenas, quilombolas, pobres, sob risco de violência e exploração, e com deficiência. Desse contingente fora da escola, 450 mil são crianças negras e pardas⁵.

A educação no Brasil e, em especial, a educação pública, é carente de qualidade, como demonstram as avaliações internacionais que o Brasil participa. Há atualmente no país um debate bastante intenso sobre como aperfeiçoar a qualidade do ensino. Nesse sentido, foi aprovado nesse ano o novo Plano Nacional de Educação – PNE, que traça objetivos e metas para a educação em todos os níveis (infantil, básico e superior) para serem cumpridos até 2020⁶.

O aspecto principal do novo plano concentra-se no aumento do investimento público em educação, dos atuais 5,3% do Produto Interno Bruto para 10% do PIB. A meta N 7, por exemplo, trata especificamente da qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem de modo a atingir nos anos iniciais do ensino fundamental a média nacional 6 no IDEB – Índice de Desenvolvimento da Educação Básica em 2021. A média 6 equivale ao patamar educacional da média dos países da OCDE. Para os anos finais do ensino fundamental a meta a ser atingida em 2021 é 5,5 e para o ensino médio 5,2. Atualmente a média para os anos iniciais do ensino fundamental é 5,0; para os anos finais do ensino fundamental 4,1 e para o ensino médio 3,7. Assim, por exemplo, no âmbito do ensino médio deve-se avançar de 3,7 para 5,2 até 2021⁷.

O sistema educacional brasileiro é todo monitorado por avaliações periódicas. Assim, para a educação básica tem-se o IDEB – Índice de Desenvolvimento da Educação Básica, criado em 2007. Para o ensino médio tem-se o ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio, criado em 1998 com o objetivo de avaliar o desempenho do estudante ao fim da educação básica e contribuir para a melhoria da qualidade desse nível de escolaridade. E para o ensino superior tem-se o ENADE – Exame Nacional de Desempenho de Estudantes, integrante do SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior com o objetivo de aferir o desempenho dos estudantes em relação aos conteúdos programáticos previstos nas diretrizes curriculares do respectivo curso de graduação e as habilidades e competências em sua formação⁸.

⁵ Encontrado em http://www.unicef.org/brazil/pt/media_14931.htm Acessado em 04 de março de 2014.

⁶ Encontrado em: <http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/plano-nacional-de-educacao-1> Acessado em 07 de junho de 2014.

⁷ Encontrado em: <http://www2.camara.leg.br/comunicacao/institucional/plano-nacional-de-educacao-1> Acessado em 07 de junho de 2014.

⁸ Informações encontradas em <http://www.inep.gov.br/> Acesso em 07 de junho de 2014.

A aprovação do Plano Nacional de Educação e a existência de mecanismos que avaliam a qualidade da educação não são suficientes para que aquilo que se encontra como uma meta passe a ser realidade. Para o Cientista Político e Coordenador da Campanha Nacional pelo Direito à Educação Daniel Cara, que acompanhou a elaboração do PNE e participou ativamente das discussões que culminaram na versão final aprovada, “é preciso muita pressão da sociedade civil, os pais têm que participar dos Conselhos de Educação. O Brasil tem déficit de participação na Educação. É fundamental acompanhar os planos e ações dos governos. As pessoas ficam na expectativa de um ‘gestor Messias’. Não existe isso”⁹.

Quanto à participação da sociedade civil na realização do direito à educação é importante observar que a meta nº 19 do PNE procura assegurar condições para a efetivação da gestão democrática da educação, associada a critérios técnicos de mérito e desempenho e à consulta pública à comunidade escolar, no âmbito das escolas públicas, prevendo recursos e apoio técnico da União para tanto. Atualmente apenas 9 Estados e uma minoria de Municípios possuem legislação sobre a gestão democrática da educação.

A necessidade de maior participação da sociedade civil na realização dos direitos prestacionais é um aspecto muito importante para a efetivação da Constituição. O fortalecimento da gestão democrática dos serviços públicos é fundamental para que se opere uma nova relação entre Estado e Sociedade Civil no âmbito dos direitos prestacionais. Sobre esse aspecto voltaremos mais adiante.

Quanto ao direito à saúde verifica-se que o sistema público funciona ainda de maneira precária. Uma comparação com o financiamento do sistema britânico de saúde pública, o *National Health Service – NHS*, irá demonstrar que o sistema inglês oferece gratuitamente serviços de saúde aos 63 milhões de residentes com um orçamento anual de 109 bilhões de libras esterlinas, o que equivale mais ou menos a 400 bilhões de reais. Sua estrutura administrativa compreende 1,7 milhão de empregados, sendo 39.780 médicos de clínica geral, 370.327 enfermeiras e 105.711 hospitais e serviços de saúde comunitários. O sistema atende mais de um milhão de pacientes a cada 36 horas¹⁰. O Sistema Único de Saúde – SUS brasileiro, por sua vez, contou com um orçamento para o Ministério da Saúde em 2012 de 73 bilhões de reais¹¹ para atendimento de uma população de 190 milhões de habitantes¹² por meio de uma estrutura administrativa que com-

⁹ Encontrado em: <http://www.todospelaeducacao.org.br/educacao-na-midia/indice/30554/ou-o-pais-faz-um-sacrificio-pela-educacao-ou-continua-atrasado/> Acessado em 07 de junho de 2014.

¹⁰ Ver: <http://www.nhs.uk/NHSEngland/thenhs/about/Pages/overview.aspx> Acesso em 27 de novembro de 2013.

¹¹ Ver: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2012-09-06/sus-gasta-menos-da-metade-do-planejado-para-2012.html> Acesso em 27 de novembro de 2013.

¹² Ver: <http://www.brasilecola.com/brasil/a-populacao-brasileira.htm> Acesso em 27 de novembro de 2013.

preende 6.500 hospitais registrados, sendo que desse número 48% são privados, 64.000 unidades básicas de saúde e 28.000 unidades de saúde da família. O sistema realiza 2,3 bilhão de procedimentos clínicos todos os anos¹³. Essa rápida comparação demonstra as dificuldades do serviço público de saúde brasileiro, pois além de possuir um orçamento menor, o sistema precisa atender uma população três vezes maior espalhada por um país de dimensões continentais.

O Sistema Único de Saúde (SUS) vive um “paradoxo”, pois é gratuito e aberto a todos, mas tem um orçamento menor do da iniciativa privada, que atende a parte menor da população que possui plano de saúde. Essa é uma peculiaridade brasileira, segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS. Além disso, a despesa do Estado brasileiro é um terço menor do que a média mundial, pois os investimentos do poder público representam 3,7% do PIB enquanto a média internacional é de 5,5% do PIB. As despesas totais com saúde no Brasil atingem 8,4% do PIB. No entanto, desse valor, 4,7% são privados, ou seja, 55% dos gastos com saúde são privados, para uma população de 46 milhões de pessoas com plano de saúde e 45% são públicos, para o atendimento universal, ou seja, 190 milhões de pessoas. No Reino Unido o gasto total com saúde é próximo ao brasileiro, equivale 8,7% do PIB, mas a proporção da participação pública é maior, com 7% do PIB. No Canadá o governo investe 7% do PIB e a iniciativa privada 2,8%¹⁴.

Por fim, no que diz respeito à segurança pública os dados são preocupantes. A média nacional anual de homicídios, nos últimos trinta anos, foi de 36,3 mil mortos ao ano, o que, em números absolutos, é superior à média anual de conflitos, como o da Chechênia – 25 mil mortos ao ano entre 1994 e 1996 – e da guerra civil de Angola, entre 1975 e 2002, que foi de 20,3 mil mortos ao ano¹⁵. A precariedade do funcionamento do serviço de segurança pública pode ser constatada pela falta de policiais. Assim, os números do Estado do Paraná demonstram que o Estado possui um efetivo, segundo dados de março de 2013, de 15.792 policiais, ou seja, um policial para cada 669 habitantes¹⁶. A média mundial é de um policial para cada 333 habitantes¹⁷. A precariedade do serviço de segurança pública no Estado do Paraná é também identificada na falta de estrutura tanto na prevenção quanto na investigação de crimes e desvio de função de policiais, que assu-

¹³ Sobre o tema ver: MALISKA, Marcos Augusto. *A lecture on Brazilian constitutional Law as visiting professor at Academician Y. A. Buketov Karaganda State University – Kazakhstan*. Curitiba – Karaganda: Mimeo, 2012, p. 50-51.

¹⁴ Encontrado em: http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=19258&cod_canal=33 Acessado em 07 de junho de 2014.

¹⁵ http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/12/111214_mapaviolencia_pai.shtml Acessado em 04 de março de 2014.

¹⁶ Em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1352685> Acessado em 05 de março de 2014.

¹⁷ Encontrado em <http://abordagempolicial.com/2013/11/a-onu-nunca-recomendou-quantidade-de-policiais-por-habitantes/#.U4x-HXJdW8A> Acessado em 02 de junho de 2014.

mem função administrativa ao invés de se dedicarem ao trabalho policial propriamente¹⁸. Os dados sobre investimentos públicos em segurança pública dão conta de que em 2012 os gastos totais envolvendo a União e todas as unidades da federação chegaram a 1,2% do PIB¹⁹. O Estado do Paraná, segundo levantamento feito entre os anos 2000 e 2008, diminuiu os investimentos em segurança pública de 1,53% do PIB do Estado em 2000 para 0,92% do PIB em 2008²⁰.

Esse breve relato mostra o quanto aquilo que é descrito na Constituição como um direito está distante da realidade. De que forma é possível superar essa situação?

3. Da participação da sociedade na realização dos Direitos Fundamentais Prestacionais

Sob o ponto de vista da normativa constitucional, um ponto em comum dos três direitos aqui abordados está na participação da sociedade na realização dos direitos, algo que se apresenta como um traço característico da Constituição brasileira, aquilo que Häberle, atualizado o status ativo de Jellinek²¹ chama de *status activus processualis*²². Assim, dispõe o art. 198, inciso III da Constituição brasileira que as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único organizado por meio da participação da comunidade. Igual norma encontra-se no dispositivo constitucional que trata da segurança pública (art. 144), ao classificá-la como de responsabilidade de todos. Por fim, no âmbito da educação (art. 205), a Constituição aponta-a como também um dever da família envolvendo a sociedade na sua promoção.

Desta forma, sob o ponto de vista do plano normativo constitucional tem-se que há um espaço reservado à participação social. Aqui se trata de explorar o sentido do conceito de cooperação para a ordem constitucional. Abertura, cooperação e integração são conceitos fundamentais da ordem constitucional, se constituem em elementos estruturantes da Constituição com o objetivo de indicar objetivos para o Estado e para a Sociedade visando à realização daquilo que consta do seu texto. Para os objetivos aqui colocados, o conceito de cooperação vincula-se a sua dimensão material no plano interno, ou

¹⁸ Em <http://www.gazetadopovo.com.br/pazsemvozemedo/conteudo.phtml?id=1151277> Acessado em 05 de março de 2014.

¹⁹ FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 7ª ed. São Paulo: FBSP, 2013, p. 45. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013.pdf

²⁰ MORAIS FILHO, Osvaldo Martins de e outros. *Análise dos investimentos em Segurança Pública no Brasil entre 2000 e 2009*. In. Revista Brasileira de Segurança Pública. São Paulo, Ano 5, Ed. 8 fev/mar 2011, p. 48.

²¹ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 136 e seg.

²² HÄBERLE, Peter. *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Althenäun, 1980, p. 182-183.

seja, no plano da própria ordem constitucional, visto que as Constituições atuais não são meros instrumentos de regulação do poder estatal, mas se convertem igualmente em diretrizes para a sociedade como um todo. Assim, as possibilidades de cooperação material no plano interno relacionam-se à moderna teoria dos direitos fundamentais, que desenvolveu o conceito de participação nos procedimentos de organização e realização dos direitos fundamentais de prestação²³. No espectro dos direitos fundamentais de prestações tem-se igualmente o direito à participação na organização e procedimento de realização desses direitos. Segundo Häberle, a democracia não se desenvolve apenas no contexto da delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais, mas também mediante a controvérsia sobre as alternativas, sobre as possibilidades e sobre as necessidades da realidade²⁴.

Desta forma, como se escreveu em outro momento, a atualização do *status ativo* de Jellinek por meio de uma fórmula que concebe o cidadão não mais na posição de agente passivo, alheio aos destinos de sua comunidade, mas como sujeito atuante e participante do processo de formação de uma vida política movida pela pluralidade de ideias e de concepções acerca do mundo, é parte da compreensão da cooperação material como fundamento da Constituição. A cooperação material no plano interno envolve o exercício de direitos e deveres fundamentais, resgata a ideia de cidadania como dever cívico de participação nos destinos da comunidade²⁵.

Essas ideias reforçam a necessidade de fortalecimento de uma unidade consubstanciada em um todo que emerge como força política significativa para fazer frente às necessidades de mudança que o país necessita. Se o modelo de um Estado Constitucional pluralista não se vincula mais a uma unidade ético-substancial dos cidadãos, mas de uma unidade por meio da participação no sentido de que o bem comum é produzido no discurso entre cidadãos livres e iguais²⁶, tem-se que a realização dos direitos fundamentais depende muito dessa unidade pela participação.

A crise de representação política e a paralisia que toma conta dos órgãos institucionais, a saber, em especial, do Congresso Nacional, que se encontra imóvel no que diz respeito a uma mudança substancial no seu dever representativo de modo a agregar mais legitimidade a suas ações, exigem uma nova forma de fazer política, o estabelecimento

²³ Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 546-547.

²⁴ HABERLE, Peter. *Hermêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução portuguesa por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 36.

²⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 89.

²⁶ Sobre o tema ver FORST, Rainer. *Contextos da Justiça*. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 131.

de novos canais de comunicação da insatisfação popular com os destinos tomados pelos agentes políticos. É no plano da ordem constitucional que se realiza a cidadania, ou seja, ela não se encontra nem abaixo, nos grupos que foram a pluralidade social, nem acima, no plano das organizações internacionais. É no plano da Constituição Nacional que se fundamenta o princípio da soberania popular.

O entendimento do que seja o Princípio da Soberania do Povo previsto no parágrafo único do art. 1 da Constituição Federal passa por uma compreensão mais ampla do que seja cidadania. O conceito de participação nos procedimentos de organização e realização dos direitos fundamentais de prestação alarga a participação social não só no espaço mais reduzido onde os direitos prestacionais se realizam propriamente, mas igualmente legitimam todas as formas de pressão no plano do estabelecimento das políticas macros visando à efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional. Trata-se, enfim, de uma luta pelo estabelecimento de prioridades na qual os atores sociais, imbuídos de um sentimento de solidariedade e de totalidade como povo reivindicam uma nova ordem do fazer.

A leitura desses momentos em que a totalidade como povo se sobrepõe à ordem institucional e reivindica uma nova ordem do fazer é diversa. Segundo Ackerman a democracia dualista diferenciaria as políticas rotineiras tomadas pelos representantes do povo ou pela burocracia estatal das transformações no sistema, operadas pelo povo propriamente. A virtude cívica dos cidadãos, diz o autor americano, não é suficiente para mantê-los, cotidianamente, comprometidos com um processo de deliberação pública. No entanto, essa constatação não impede a autodeterminação do povo, em certos momentos, de romper com o passado, alterar o presente e determinar os rumos do futuro²⁷.

A questão é saber se as formas de participação política mais recentes, decorrentes do desenvolvimento da internet e das redes sociais, cuja capacidade de reunir opiniões e organizar manifestações de protesto é gigantesca, encontram-se ou não em um meio termo entre as duas pontas da concepção dualista de democracia acima referida. Movimentos sociais como, por exemplo, *Occupy Wall Street*, teriam a força de se apresentar como movimentos que expressam o poder soberano do povo de modo a imprimir mudanças nos rumos da política? Qual é a leitura que se deve fazer dos movimentos de reivindicação social no Brasil por melhoria dos serviços públicos?

Uma análise aprofundada dessa questão extrapola os objetivos da presente intervenção que pretende situar o estado do Estado de Direito no Brasil de hoje em dia, ou seja, compreender o momento atual da democracia brasileira. Assim, nos limites dos objetivos aqui colocados, ou seja, da efetividade dos direitos fundamentais prestacio-

²⁷ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

nais, tem-se nos protestos ocorridos no Brasil em junho de 2013 um momento importante da democracia brasileira, pois eles de algum modo expressam aquilo que foi observado acima, a necessidade de uma maior participação da sociedade na definição dos destinos da política. Os protestos ocorridos no Brasil em junho de 2013 equiparam-se às grandes manifestações já ocorridas no Brasil. Tratam-se das maiores mobilizações no país desde as manifestações pelo impeachment do Presidente Fernando Collor de Mello e segundo o Instituto de Pesquisas IBOPE eles agradaram 84% dos brasileiros²⁸.

A apatia política é extremamente negativa para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais. A própria Constituição reivindica a participação social na realização dos direitos. Essa reivindicação é a constatação de que o elemento de cooperação entre Estado e Sociedade é fundamental para que os direitos previstos no texto constitucional possam se tornar realidade.

Stan państwa prawnego w dzisiejszej Brazylii. Uwagi wstępne

Streszczenie

Współpraca z Polską od pierwszych chwil była dla Brazylijczyków odkryciem nowego świata, odległego od świata latynoamerykańskiego oraz tradycyjnych więzi, utrzymywanych przez nasz kontynent z krajami Europy Zachodniej oraz Stanami Zjednoczonymi Ameryki Północnej. Europa Wschodnia, kraje dawnego obozu państw socjalistycznych – przedstawiciele czwartej fali konstytucjonalizacji po drugiej wojnie światowej – pokazują inny obraz przeszłości autorytarnej w porównaniu z Ameryką Łacińską, w tym oczekiwań stawianych państwu konstytucyjnemu.

Ameryka Łacińska stara się przezwyciężyć zadawnione nierówności społeczne. W celu osiągnięcia tego zadania socjalne prawa podstawowe zapisane w Konstytucji Brazylii z 1988 r. wymagają konkretyzacji. Powinny one być urzeczywistniane w praktyce, za pośrednictwem powszechnych usług publicznych wysokiej jakości. Wdrożenie tych praw jest obowiązkiem zarówno państwa, jak i społeczeństwa. Ponowne określenie ról państwa i społeczeństwa w procesie wykonywania Konstytucji jest obecnie poważnym wyzwaniem. Konstytucja wymaga udziału społeczeństwa. Tym niemniej forma i sposoby tego udziału są otwarte dla dyskusji publicznej.

Słowa kluczowe: podstawowe prawa socjalne, usługi publiczne, udział społeczeństwa, demokracja przedstawicielska

²⁸ Encontrado em: <http://noticias.r7.com/brasil/manifestacoes-agradam-a-84-dos-brasileiros-diz-pesquisa-ibope-06082013>, Acessado em 09 de junho de 2014.

Wiesława Miemieć

Skrócenie kadencji sejmów w świetle art. 225 Konstytucji RP

Streszczenie

Celem opracowania jest ustalenie charakteru prawnego kompetencji Prezydenta RP do skrócenia kadencji Sejmu w razie nieprzedstawienia mu do podpisu w ciągu czterech miesięcy od dnia przedłożenia posłom projektu ustawy budżetowej.

Analizując *rato legis* normy wynikającej z treści art. 225 Konstytucji RP, przyjęto, że jest to norma o podwójnym charakterze. Z jednej strony, realizuje ona funkcje prewencyjne – mobilizuje obie izby parlamentu do nieprzewlekania w parlamencie czasu debat i procedury uchwalania ustawy budżetowej. Z drugiej strony, realizuje funkcje represyjne, umożliwiające skrócenie kadencji izb parlamentu w razie nieprzedłożenia Prezydentowi do podpisu uchwalonej przez te izby ustawy budżetowej w wyznaczonym konstytucyjnie terminie. Ta wyłączna, osobista i fakultatywna kompetencja Prezydenta, obwarowana jest szczególnymi warunkami wynikającymi przede wszystkim z upływu terminów dla uchwalenia ustawy budżetowej.

Konstytucyjnie ustalony okres dla procedury legislacyjnej dotyczącej ustawy budżetowej wynosi cztery miesiące. O ile nie wystąpią wyjątkowe przypadki, początkiem dla tego cyklu legislacyjnego jest moment faktycznego przedłożenia w parlamencie projektu ustawy budżetowej. Horyzont czasowy powinien mieścić się w ramach liczonych najpóźniej od 30 września roku poprzedzającego rok budżetowy do 31 stycznia roku budżetowego.

Ustrojodawca przewiduje także ograniczenia czasowe, w ramach których Prezydent RP może z przyznanej kompetencji skorzystać. Jest to termin dwutygodniowy (14 dni), który zaczyna biec w następnym dniu po upływie czterech miesięcy od przedłożenia Sejmowi projektu ustawy budżetowej, jeżeli nie zostanie ona przedstawiona Prezydentowi do podpisu.

Formą prawną, którą powinien Prezydent zastosować, aby skorzystać z przyznanej mu prerogatywy, jest forma postanowienia. Przed wydaniem takiego postanowienia Prezydent jest zobowiązany zasięgnąć opinii marszałków obu izb. Opinie wyrażone przez marszałków nie są wiążące i Prezydent nie jest związany w tej sprawie ich stanowiskiem.

Tak określone wymogi upoważniające Prezydenta do skorzystania z przyznanej kompetencji świadczą także o trosce ustrojodawcy, aby wprowadzony wyjątek od reguły przewidującej czteroletnią kadencję parlamentu wiązany był z koniecznością zapoznania się przez głowę państwa ze wszystkimi okolicznościami, które doprowadziły do opóźnienia parlamentarnych prac nad ustawą budżetową. Istotne jest także to, że badana kompetencja ma charakter fakultatywny. Prezydent zatem może, ale nie musi z przyznanego mu prawa skorzystać.

Słowa kluczowe: Konstytucja RP, budżet państwa, projekt ustawy budżetowej, skrócenie kadencji Sejmu

1. Uwagi wprowadzające

Konstytucja RP jako akt stojący na czele hierarchii źródeł prawa powszechnie obowiązującego, reguluje także zagadnienie czasu trwania kadencji parlamentu¹. Zgodnie z art. 98 Konstytucji RP, Sejm i Senat są wybierane na czteroletnie kadencje. Ten prawnie ustalony okres obowiązywania pełnomocnictw parlamentu, którego skład wyłoniony w wyborach działa w zasadzie w niezmienionym składzie, może być skrócony w sytuacjach konstytucyjnie przewidzianych. Zgodnie z art. 98 ust. 3 skrócenie kadencji parlamentu może być rezultatem uchwały Sejmu podjętej większością 2/3 głosów ustawowej liczby posłów. Kolejny ustęp art. 98 przewiduje także możliwość skrócenia kadencji parlamentu w drodze decyzji Prezydenta RP w przypadkach określonych w Konstytucji. Jednym z takich przypadków jest sytuacja przewidziana w treści art. 225 Konstytucji RP. Przepis ten kreuje kompetencję do zarządzenia skrócenia kadencji Sejmu, z której może skorzystać Prezydent, jeżeli w ciągu czterech miesięcy od dnia przedłożenia Sejmowi projektu ustawy budżetowej nie zostanie ona przedstawiona Prezydentowi do podpisu. Sejm niezdolny do zapewnienia państwu podstaw prowadzenia gospodarki finansowej może być uznany przez Prezydenta za dysfunkcjonalny.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że wskazany przepis formułuje normę realizującą dwojakiego rodzaju funkcje. Z jednej strony, funkcje prewencyjne – mobilizujące obie izby parlamentu do nieprzewlekania w parlamencie czasu debat i procedury uchwalania ustawy budżetowej. Z drugiej strony, realizuje funkcje represyjne wobec parlamentu. Skrócenie kadencji izb parlamentu w razie nieprzedłożenia Prezydentowi do podpisu uchwalonej przez te izby ustawy budżetowej w wyznaczonym konstytucyjnie terminie stanowi swego rodzaju sankcję². Ustrojodawca przywiązuje zatem szczególną wagę nie tylko do konieczności uchwalenia budżetu państwa, ale także uchwalenia go w określonym terminie. Ten szczególny status ustawy budżetowej wynika przede wszystkim z charakteru organizacyjnego budżetu³. W przepisach konstytucji nie została wprowadzona kategoryzacja ustaw, ale specyficzne cechy ustawy budżetowej oraz konieczność zapewnienia ciągłości gospodarki finansowej państwa uzasadnia pogląd, że ustawa budżetowa jest odrębnym rodzajem ustaw. W literaturze prawa finansowego podkreśla się odrębność tych ustaw także cechami materialno-prawnymi i specyfiką ich tworzenia⁴. Ustawy te zawierają konkretne, kwotowo określone treści planistyczne i pozostają w szczególnej relacji do przepisów pra-

¹ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

² M. Zubik, *Budżet państwa w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2001, s. 284.

³ T. Dębowska-Romanowska, *Cechy ustawy budżetowej i budżetu w świetle art. 119 Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 5, s. 15.

⁴ T. Dębowska-Romanowska, *Prawo finansowe, Część konstytucyjna wraz z częścią ogólną*, C.H. Beck, 2010, s. 185 i n.

wa powszechnie obowiązującego⁵. Zapewniając ciągłość gospodarki finansowej państwa kreują wartość konstytucyjnie chronioną. Są także stałym, powtarzalnym sposobem wyrażania zwierzchnictwa w zakresie zarządzania mieniem finansowym państwa.

Ustrojodawca w treści art. 225 Konstytucji RP, ustalając ramy czasowe dla parlamentarnego etapu procedury budżetowej, sankcjonuje zasadę, że budżet powinien być uchwalony w ciągu czterech miesięcy od dnia przedłożenia Sejmowi projektu ustawy budżetowej. Stanowi to gwarancję, że państwo będzie miało stabilną podstawę do prowadzenia gospodarki finansowej niezależnie od zmieniającej się sytuacji politycznej. Ustawa budżetowa jest bowiem podstawą gospodarki finansowej państwa i w tym sensie stanowi wartość konstytucyjnie chronioną⁶. Intencją ustrojodawcy było zatem, aby tak ważny dla funkcjonowania państwa akt prawny, jakim jest ustawa budżetowa, mógł być uchwalony i wejść w życie możliwie w terminie i bez opóźnień⁷. Warto więc zastanowić się, jakim konstytucyjnym obowiązkiem powinien sprostać parlament, aby przebieg procedury ustawodawczej w stosunku do ustawy budżetowej był realizowany w czasowych ramach uniemożliwiających skorzystanie przez Prezydenta RP z przyznanej mu kompetencji do skrócenia kadencji parlamentu, o której mowa w treści badanego przepisu. Istotne jest także wyjaśnienie trybu i formy prawnej, w jakiej Prezydent może zarządzić skrócenie kadencji parlamentu.

2. Obowiązki parlamentu w związku z uchwalaniem ustawy budżetowej w świetle art. 225 Konstytucji RP

Specyfika ustawy budżetowej determinuje konstytucyjnie przewidzianą procedurę związaną z zasadami i trybem jej uchwalania w ściśle określonych terminach, w ramach poszczególnych jej etapów. W porównaniu z regulacjami konstytucyjnymi dotyczącymi ogólnego postępowania ustawodawczego przewidzianego w art. 118–123 Konstytucji RP, zasady te i tryb charakteryzują się specyfiką⁸. Zostały one wyrażone w normach zawartych w art. 219, 221–226 Konstytucji RP. W treści art. 225 specyfika tej procedury, jak to już wskazano, dotyczy Sejmu, który w razie niedotrzymania terminu przedstawienia Prezydentowi RP do podpisu projektu ustawy budżetowej może ulec rozwiązaniu przed upływem kadencji. Jakkolwiek w treści powołanego art. 225 jest mowa jedynie o skróceniu kadencji Sejmu, to w myśl art. 98 ust. 4 zd. 2 Konstytucji RP dotyczy to także Senatu, zatem sankcja ta będzie oznaczała skrócenie kadencji całego parlamentu.

⁵ A. Borodo, *Współczesne problemy prawne budżetu państwowego*, Toruń 2014, s. 34–35.

⁶ S. Wronkowska, „Przeгляд Sejmowy” 2006, nr 2(74), s. 100.

⁷ W. Skrzydło, *Komentarz do art. 224 Konstytucji RP*, [w:] W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, Warszawa 2013, s. 295.

⁸ M. Zubik, *Uwagi ustrojowe na tle projektu ustawy budżetowej*, „Państwo i Prawo” 2002, nr 2(672), s. 20.

Należy jednak odmiennie postrzegać rolę Sejmu i Senatu w związku z omawianym przepisem. O ile opieszałość Sejmu stanowi podstawę do podjęcia ewentualnych działań przez Prezydenta, to z trybu uchwalania ustawy budżetowej jasno wynika, że bezczynność lub opieszałość Senatu nie wpływa na termin przedstawienia Prezydentowi RP do podpisu projektu ustawy budżetowej. Senat bowiem, na podstawie art. 223 Konstytucji RP, w ciągu 20 dni od dnia przekazania mu ustawy przez Sejm, może uchwalić jedynie poprawki do ustawy budżetowej. Senat nie ma więc obowiązku uchwalenia tych poprawek, co będzie oznaczało aprobatę treści ustawy budżetowej uchwalonej przez Sejm. Senat nie ma natomiast uprawnień do odrzucenia ustawy budżetowej w całości. Ustawa z ewentualnymi poprawkami Senatu kierowana jest przez Marszałka Sejmu do Komisji Finansów Publicznych rozpatrującej te poprawki w obecności (fakultatywnej) przedstawiciela Senatu. Komisja przedstawia Sejmowi sprawozdanie, w którym wnioskuje o przyjęcie bądź odrzucenie poszczególnych poprawek i kieruje projekt ustawy budżetowej do dalszego postępowania. W razie braku poprawek lub po bezskutecznym upływie terminu do podjęcia uchwały przez Senat Marszałek Sejmu przekazuje Prezydentowi tekst ustawy w brzmieniu uchwalonym przez Sejm⁹. Obowiązująca procedura legislacyjna ustawy budżetowej w parlamencie obejmuje zatem trzy podstawowe fazy postępowania. Pierwsza faza obejmująca rozpatrzenie i uchwalenie w trzech czytaniach projektu ustawy budżetowej realizowana jest przez Sejm. Druga faza to rozpatrzenie projektu ustawy budżetowej przez Senat i ewentualne zgłoszenie do niej poprawek oraz ich rozpatrzenie przez Sejm, wymaga aktywności obydwu izb. W trzeciej fazie następuje przedłożenie Prezydentowi ustawy budżetowej do podpisu. Zgodność tekstu ustawy budżetowej przedkładanej Prezydentowi do podpisu z brzmieniem uchwalonym przez parlament jest poświadczana podpisem Marszałka Sejmu. Tak ustalony konstytucyjnie cykl procedury ustawodawczej w odniesieniu do ustawy budżetowej nie powinien przekroczyć czterech miesięcy, począwszy od dnia przedłożenia Sejmowi projektu ustawy budżetowej do dnia przedstawienia Prezydentowi przez Marszałka Sejmu uchwalonej ustawy do podpisu. Wyznaczając takie ramy tej omawianej procedury, ustrojodawca jednocześnie mobilizuje organ ustawodawczy do nieprzedłużania debat budżetowych i prowadzenia dalszych prac nad uchwaleniem ustawy budżetowej w taki sposób, aby nie narazić się na potencjalną sankcję skrócenia kadencji parlamentu.

Należy w tym miejscu postawić pytanie, czy sankcja przewidziana w treści art. 225 będzie miała także zastosowanie w przypadku przewlekania prac parlamentarnych nad projektem ustawy o prowizorium budżetowym. Do projektu ustawy o prowizorium stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące ustawy budżetowej, tj. przepisy Konstytucji i ustawy, o której mowa w art. 219 ust. 2. Według art. 219 ust. 3, w wyjątkowych przy-

⁹ J. Krawczyk (red.), *Procedury tworzenia aktów prawnych*, Warszawa 2013, s. 131–132.

padkach dochody i wydatki państwa w okresie krótszym niż rok może określać ustawa o prowizorium budżetowym. Spełnia ona zastępczo funkcje ustawy budżetowej w okresie krótszym niż rok budżetowy. Warunkiem jest jednak wymóg, aby został przedłożony przez Radę Ministrów jej projekt w miejsce projektu ustawy budżetowej. Ustawa o prowizorium ma w nazwie i treści określoną datę końcową obowiązywania oznaczoną w taki sposób, by ustawa ta nie zastępowała właściwej ustawy budżetowej, może bowiem obowiązywać jedynie w okresie krótszym niż jeden rok. Nie ma jednak ustalonego – poza okresem maksymalnym – konkretnego wymiaru czasu, w którym miałyby obowiązywać. Ustawa o prowizorium tak samo jak ustawa budżetowa obejmuje dochody i wydatki państwa. Z tych względów należy przyjąć, że ma ona taką samą moc jak ustawa budżetowa.

Dlatego pomijając wykładnię gramatyczną badanego przepisu Konstytucji, ale opierając się na wykładni systemowej, należy przyjąć, że kompetencja Prezydenta do skrócenia kadencji parlamentu, wynikająca z treści art. 225 Konstytucji RP, będzie miała także odpowiednie zastosowanie, jeżeli w ciągu czterech miesięcy od dnia przedłożenia Sejmowi projektu ustawy o prowizorium budżetowym nie zostanie ona przedstawiona Prezydentowi do podpisu. W uzasadnieniu należy powołać się nie tylko na treść art. 219 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym przepisy dotyczące projektu ustawy budżetowej stosuje się odpowiednio do projektu ustawy o prowizorium budżetowym, ale przede wszystkim na cechy materialno-prawne i formalno-prawne ustaw budżetowych oraz konieczność zapewnienia ciągłości gospodarki finansowej państwa¹⁰.

Powyższe stanowisko nie jest powszechne w literaturze przedmiotu. W literaturze prawa konstytucyjnego, powołując się na wykładnię gramatyczną wskazanego przepisu konstytucji przyjmuje się, że brakuje podstaw do wyżej dokonanej interpretacji¹¹. Przeciwnicy możliwości zastosowania sankcji wynikającej z badanego artykułu w odniesieniu do przeciągania prac parlamentarnych nad projektem ustawy o prowizorium budżetowym powołują się na świadomą decyzję ustrojodawcy, która umożliwia Prezydentowi skorzystanie z prerogatywy rozwiązania parlamentu tylko w przypadkach określonych wyraźnie w Konstytucji. Ponadto podnosi się, że okres obowiązywania prowizorium budżetowego jest zazwyczaj znacznie krótszy, a samo prowizorium budżetowe jest już rozwiązaniem zarezerwowanym dla uzasadnionych sytuacji wyjątkowych¹².

¹⁰ W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 225 Konstytucji RP*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom V*, s. 5; C. Kosikowski, „Przegląd Sejmowy” 2002, nr 1(48), s. 86.

¹¹ A. Szmyt, *Wybrane zagadnienia konstytucyjnoprawne problematyki budżetowej*, [w:] *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka*, Warszawa 2002, s. 350.

¹² M. Zubik, *Budżet państwa...*, s. 262–264; A. Szmyt, *op. cit.*, s. 350.

Trzeba jednak podkreślić, że projekt ustawy o prowizorium budżetowym dotyczy nadzwyczajnej sytuacji, w której gospodarka finansowa państwa funkcjonuje w sposób szczególny, „w trybie awaryjnym”, bez ustawy budżetowej. Wszelkie zatem argumenty na rzecz skłonienia izb parlamentu do jak najefektywniejszego działania, bez zbędnej zwłoki, nie tylko pozostają aktualne, ale nabierają wyjątkowego znaczenia. Gdyby sankcja z art. 225 Konstytucji RP nie miała w takich sytuacjach obowiązywać, to i jej *ratio legis* w sytuacjach zwyczajnych byłoby do zakwestionowania.

Ważnym zagadnieniem dla badanego problemu jest także sposób liczenia czteromiesięcznego terminu, o którym mowa w treści omawianego przepisu.

Moment rozpoczęcia odliczania terminu czterech miesięcy od dnia przedłożenia Sejmowi projektu ustawy budżetowej określa się w rozumieniu złożenia inicjatywy ustawodawczej, czyli zgodnie z art. 118 Konstytucji RP oraz art. 31 regulaminu Sejmu. Przyjęcie przez Sejm projektu ustawy budżetowej, który odpowiada stosownym wymaganiom przewidzianym przez prawo, jest obowiązkiem Sejmu i rozpoczyna bieg czteromiesięcznego terminu, określonego w art. 225 Konstytucji RP.

W związku z art. 222 Konstytucji RP horyzont ten powinien mieścić się w czasowych ramach liczonych najpóźniej od 30 września roku poprzedzającego rok budżetowy do 31 stycznia roku budżetowego. Oznacza to, że o ile nie wystąpią wyjątkowe przypadki, o których jest mowa w art. 222 Konstytucji RP, uprawniające rząd do późniejszego przedłożenia Sejmowi omawianego projektu ustawy, projekt ustawy budżetowej powinien zostać przedstawiony Prezydentowi do podpisu do końca stycznia roku budżetowego¹³. W literaturze zwraca się uwagę, że czteromiesięczny konstytucyjny termin dla cyklu legislacyjnego odnoszonego do projektu ustawy budżetowej należy zawsze liczyć rozpoczynając od faktycznego terminu przedłożenia projektu ustawy budżetowej w parlamencie. Odmienne interpretacja umożliwiłaby przerzucenie na parlament konsekwencji rządowej opieszałości¹⁴. Prezydent nie jest również upoważniony do kontrolowania, czy opóźnienie w przedłożeniu przez rząd projektu ustawy budżetowej nastąpiło w związku z wymaganymi przez Konstytucję „wyjątkowymi przypadkami”¹⁵. Problem

¹³ W Konstytucji nie określono sytuacji dopuszczającej możliwość tego opóźnienia. Nie zostały one również uregulowane w ustawie zwykłej, tj. w przepisach ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm. Należy jednak przyjąć, że Rada Ministrów winna w tam przypadku uzasadnić wyjątkowość sytuacji, która powinna być wynikiem komplikacji gospodarczych i finansowych, uniemożliwiających dotrzymanie konstytucyjnego terminu. Ocena, czy została spełniona wyjątkowość sytuacji należy do Sejmu, na zasadach ogólnej odpowiedzialności parlamentarnej rządu. W każdym jednak przypadku Sejm zobowiązany jest do rozpatrzenia i uchwalenia projektu także wówczas, gdy został on wniesiony z opóźnieniem. Zob. W. Miemiec, *Komentarz do art. 222 Konstytucji RP*, [w:] J. Boć (red.), *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 328.

¹⁴ M. Masternak-Kubiak, *Komentarz do art. 225 Konstytucji*, [w:] M. Haczowska (red.), *Komentarz, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Lexis Nexis 2014, s. 575.

¹⁵ W. Sokolewicz, *Komentarz...*, s. 6.

pojawia się, gdy po złożeniu projektu ustawy budżetowej do Sejmu nastąpi jego rozwiązanie. Przyjmując stanowisko, że zasada dyskontynuacji nie ma zastosowania do szeroko pojętych ustaw budżetowych (tj. ustawy budżetowej, ustawy o prowizorium budżetowym i ustawy o zmianie ustawy budżetowej), wskazuje się, że przedłożony Sejmowi projekt ustawy budżetowej nie „wygasa” po upływie kadencji parlamentu¹⁶. Nie wymaga więc „wznowienia” przez nowo powołaną Radę Ministrów, jakkolwiek może być przez nią zmieniany i dopełniany odpowiednimi poprawkami w trybie autopoprawek¹⁷. Upływ kadencji obydwu izb parlamentu i wybory odbywające się w konstytucyjnych terminach trudno jest zakwalifikować jako przypadki wyjątkowe. Przeciwnie – są to wydarzenia przewidywalne i dla demokracji typowe¹⁸.

Wątpliwości pojawiają się natomiast w hipotetycznych (na razie) sytuacjach, kiedy Rada Ministrów wycofa zgłoszony już do Sejmu projekt ustawy budżetowej, a następnie przedłoży nowy projekt ustawy budżetowej. Powstaje wtedy pytanie, od którego dnia należy liczyć określony w art. 255 termin, po upływie którego Prezydent RP zyskuje kompetencję do skrócenia kadencji obu izb parlamentu. Analizując taką sytuację, uznano, że liczenie tego terminu od daty późniejszej, tj. złożenia nowego projektu ustawy budżetowej, mogłoby być uzasadnione wyłącznie wtedy, gdyby nowo powołany rząd wycofał złożony już do Sejmu przez poprzedni rząd projekt, przedstawiając na jego miejsce własny. W każdej innej sytuacji Rada Ministrów winna skorzystać z instytucji autopoprawek¹⁹.

Sformułowanie art. 225 wyraźnie wskazuje, iż analizowany termin liczy się od dnia przedłożenia Sejmowi projektu ustawy budżetowej przez Radę Ministrów. Wszelkie zatem opóźnienia czy zaniedbania ze strony Rady Ministrów dotyczące nieterminowego przedłożenia projektu ustawy budżetowej nie mają wpływu na stosowanie tej sankcji.

¹⁶ Zgodnie z tą zasadą uznaje się wszystkie niezakończony przez parlament sprawy za zamknięte w chwili zakończenia jego kadencji. Konstytucyjna potrzeba istnienia stabilnych podstaw do prowadzenia gospodarki finansowej państwa uzasadnia przyjęcie poglądu, że zasada dyskontynuacji, będąca jedynie zwyczajem, a nie normą konstytucyjną, nie dotyczy postępowania w sprawie ustaw budżetowych. Za takim stanowiskiem przemawia wiele argumentów zgłoszonych w literaturze przedmiotu. Od strony formalnej wskazuje się, że tworzenie ustawy budżetowej jest bardzo szczegółowo unormowane przepisami Konstytucji RP, przepisami ustawy o finansach publicznych oraz przepisami regulaminu Sejmu i regulaminu Senatu. Nie można więc zakładać, że obok tych regulacji obowiązują jeszcze niewymienione nigdzie zwyczaje konstytucyjne, które nie są spójne z obowiązującymi w tej kwestii regulacjami normatywnymi. Por. C. Kosikowski, „Przegląd Sejmowy” 2002, nr 1(48), s. 86, 89; W. Sokolewicz, *Komentarz...*, s. 12–14 oraz cyt. tam lit.

¹⁷ W. Sokolewicz, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 3(74), s. 111.

¹⁸ S. Wronkowska, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 3(74), s. 114.

¹⁹ C. Kosikowski, *Tworzenie ustawy budżetowej (ustawy o prowizorium budżetowym) w praktyce stosowania Konstytucji RP*, [w:] C. Kosikowski (red.), *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, Warszawa 2005, s. 155.

3. Charakter i forma prawna rozstrzygnięcia, w jakim Prezydent może skrócić kadencję parlamentu

W przypadku przekroczenia konstytucyjnie ustalonego terminu wyznaczającego cykl prac ustawodawczych nad projektem ustawy budżetowej w parlamencie, Prezydent RP może zarządzić o nadzwyczajnym skróceniu kadencji obydwu izb parlamentu. Skorzystanie przez Prezydenta RP z tej kompetencji jest fakultatywne. Ustrojodawca posłużył się bowiem sformułowaniem „może”. Ma on w tym zakresie pełną swobodę dyskrecyjnego działania. W ramach analizowanej kompetencji eksponowany jest zatem element uprawnienia Prezydenta, który jednocześnie przyznaje mu szczególną funkcję arbitra. Aby zapobiec kryzysowi politycznemu, na tyle głębokiemu, że zagrażałby stabilności finansowej państwa, Prezydent występując w roli arbitra, może skorzystać z przyznanej mu kompetencji i skracając kadencję parlamentu rozwiązać konflikt polityczny przez odwołanie się do woli wyborców²⁰.

O wyłączności kompetencji jedynie dla Prezydenta RP świadczy to, że zgodnie z art. 131 ust. 4 Konstytucji, nie przysługuje ona ani Marszałkowi Sejmu, ani Marszałkowi Senatu, jeżeli wykonują oni na podstawie powołanego przepisu obowiązki głowy państwa. Skorzystanie z niej przez Prezydenta nie wymaga również kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów (art. 144 ust. 3 pkt 3). Kompetencja zarządzenia skrócenia kadencji parlamentu przez Prezydenta jest zatem osobista i wyłączna. Takie uregulowanie omawianej kompetencji sprawia, że tylko Prezydent RP ponosi odpowiedzialność z tytułu podjętego rozstrzygnięcia.

W treści art. 225 ustrojodawca nie przesądził formy prawnej, jaka powinna być zastosowana do rozstrzygnięcia o przedterminowym skróceniu kadencji parlamentu. Opierając się na art. 142 ust. 2 Konstytucji RP, należy przyjąć, że właściwą formą prawną, która powinna być zastosowana w tej sytuacji, jest forma postanowienia.

Kompetencja przyznana Prezydentowi obwarowana jest wszakże szczególnymi warunkami. Wydanie postanowienia w sprawie skrócenia kadencji parlamentu wymaga jednak wcześniejszego zasięgnięcia przez Prezydenta opinii marszałków Sejmu i Senatu (art. 98 ust. 4 Konstytucji RP). Jak się powszechnie przyjmuje, wyrażanie opinii nie jest wiążące dla podmiotu rozstrzygającego określone zagadnienie. Należy więc przyjąć, że marszałkowie nie mają możliwości narzucenia Prezydentowi swoich opinii, a Prezydent nie jest w żadnej mierze związany ich stanowiskiem w tej sprawie. Wymóg zasięgnięcia opinii podyktowany jest koniecznością zapoznania się przez Prezydenta z wszystkimi okolicznościami, które doprowadziły do opóźnienia parlamentarnych prac nad ustawą budżetową. W regulacjach Konstytucji RP brakuje wyraźnego określenia trybu i formy

²⁰ M. Masternak-Kubiak, *Skutki prawne nieuchwalenia ustawy budżetowej przez Sejm*, [w:] J. Trzeciński (red.), *Postępowanie ustawodawcze w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 1994, s. 223–225.

prawnej zasięgnięcia przez Prezydenta owych opinii. Nie jest także ustalony termin, w jakim marszałkowie izb mieliby przedstawić swe opinie. Obowiązujące przepisy również nie obligują marszałków do konsultowania opinii w tej sprawie z członkami izb, którymi kierują, ani też nie przesądzały formy, w jakiej mają oni wyrazić opinie. Należy zatem podzielić pogląd, że opinie te mogą być wyrażone także w formie ustnej²¹. Zasadny jest więc pogląd, że sformułowanie „zasięgnąć opinii” oznacza jedynie tyle, że Prezydent zapoznał się z jej treścią przed podjęciem rozstrzygnięcia²². Zatem po zapoznaniu się z opiniami marszałków obu izb Prezydent ma prawo podjąć autonomiczne rozstrzygnięcie w trybie określonym w art. 98 ust. 4–5 Konstytucji RP. Będzie to jednak w dalszym ciągu działanie fakultatywne, pozostawione uznaniu Prezydenta.

Zwraca się uwagę, iż nałożenie na Prezydenta obowiązku czekania z rozstrzygnięciem na opinie marszałków i ponadto jeszcze zapoznanie się z nimi, mogłoby oznaczać w praktyce uniemożliwienie Prezydentowi skorzystania z przysługującej mu kompetencji w określonym w przepisie czasie²³. Na podjęcie rozstrzygnięcia Prezydent ma bowiem tylko 14 dni. Termin ten biegnie od dnia następnego po upływie czterech miesięcy od przedłożenia Sejmowi projektu ustawy budżetowej, jeśli ustawa nie została w tym okresie uchwalona. Kompetencja Prezydenta wyrażona w art. 225 Konstytucji RP musi podlegać wykładni zawężającej. Ramy czasowe do podjęcia postanowienia przez Prezydenta nie mogą zostać przedłużone. Dlatego w literaturze mówi się o tym terminie jako terminie „zawitym”²⁴. Prezydent może jednak wydać postanowienie w tej sprawie każdego dnia, licząc od pierwszego dnia po upływie czterech miesięcy, o których mowa w treści art. 225, może to być również pierwszy dzień po upływie tego terminu²⁵.

Instytucja skrócenia kadencji parlamentu przez głowę państwa ma bowiem na gruncie polskiej konstytucji charakter wyjątkowy i musi mieć wprost oparcie w jej przepisach²⁶. Dlatego zasadne jest stanowisko, że kwestia terminu podjęcia przez Prezydenta RP takiego rozstrzygnięcia to problem natury prawnej, natomiast samo jego podjęcie w danych okolicznościach natury przede wszystkim politycznej.

Okolicznością pozbawiającą Prezydenta uprawnienia do podjęcia decyzji o skróceniu kadencji izb parlamentarnych, mimo istnienia wystarczających przesłanek, może być jedynie, na podstawie art. 228 ust. 7 Konstytucji RP, wprowadzenie stanu nadzwyczajnego.

²¹ B. Banaszak, *Komentarz do art. 225 Konstytucji RP*, [w:] B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 512.

²² P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, s. 128.

²³ B. Banaszak, *Komentarz do art. 225...*, s. 512.

²⁴ T. Augustyniak-Górna, *Procedura uchwalania ustawy budżetowej i ustawy o prowizorium budżetowym*, [w:] *Praktyczne aspekty uchwalania i kontroli budżetu państwa*, Kancelaria Sejmu, Biuro Studiów i Ekspertyz, Warszawa, 2001, s. 23.

²⁵ W. Sokolewicz, *Komentarz...*, s. 17.

²⁶ M. Zubik, *Budżet państwa...*, s. 283.

czajnego oraz okres 90 dni po jego zakończeniu. Stany nadzwyczajne są wprowadzane w przypadkach istotnych zewnętrznych lub wewnętrznych zagrożeń dla bytu państwa. W takich przypadkach ustrojodawca umożliwia wprowadzenie określonych instytucji, które ograniczają lub eliminują nie tylko prawa i wolności jednostek, ale także konstytucyjny system sprawowania władzy. Gdyby stan nadzwyczajny został wprowadzony w czasie między wydaniem przez Prezydenta RP postanowienia o skróceniu kadencji a wyznaczonym terminem wyborów, to – jak przyznaje się powszechnie w literaturze przedmiotu – postanowienie to nie ulega unieważnieniu, ale bieg wszystkich terminów ulega zawieszeniu na czas stanu nadzwyczajnego i w ciągu dalszych 90 dni od jego zakończenia²⁷.

4. Zamiast zakończenia

Skrócona postanowieniem Prezydenta kadencja Sejmu i Senatu nie ulega natychmiastowemu przerwaniu, lecz trwa do dnia poprzedzającego dzień zebrania się na pierwszym posiedzeniu danej izby następnej kadencji. Skorzystanie przez Prezydenta z prerogatywy skrócenia kadencji izb nie pozbawia zatem parlamentu kompetencji do zakończenia prac ustawodawczych nad projektem i ustawą budżetową. Parlament może uchwalić ustawę budżetową w każdym późniejszym terminie, a Prezydent może taką ustawę podpisać albo też wystąpić z wnioskiem do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie jej zgodności z Konstytucją RP.

Dokończenie prac nad projektem ustawy budżetowej i przedłożenie ustawy do podpisu Prezydentowi przez Sejm, którego kadencja uległa skróceniu skutkiem skorzystania przez Prezydenta z uprawnień z art. 255 Konstytucji RP, nie zmienia jednak postanowienia o skróceniu kadencji.

O encurtamento do mandato da Dieta à luz do artigo 225 da Constituição vigente da Polônia

Resumo

O objetivo do trabalho é a definição da natureza jurídica da atribuição do Presidente da República da Polônia para encurtar a legislatura da Câmara dos Deputados no caso de não aprovação, no decorrer de quatro meses, desde a entrada na Dieta, do projeto de lei orçamentária.

Ao analisar a razão da norma resultante do teor do art. 225 da Constituição a autora parte do pressuposto que este preceito tem caráter duplo. De um lado, esse realiza as funções preventivas, isto é, ele mobiliza as duas câmaras do parlamento para não retardar os debates e o ritmo da aprovação do orçamento. Por outra parte, cumpre o papel repressivo, ao possibilitar a abreviação da vida do parlamento eleito, quando o prazo limite constitucional para a realização do

²⁷ B. Banaszak, *Komentarz do art. 228 Konstytucji RP*, [w:] B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 974.

ato em tela é ultrapassado. Este privilégio pessoal, exclusivo e facultativo do Chefe de Estado é assegurado pelas condições especiais consequentes, sobretudo, da expiração dos prazos obrigatórios para a adoção da lei orçamentária.

O intervalo de tempo permitido para proceder com o projeto de lei orçamentária é de quatro meses. Se não há circunstâncias extraordinárias, o início para este andar legislativo é o momento da entrega deste cálculo estimativo da receita e das despesas pelo governo na Câmara dos Deputados. O horizonte temporal começa no dia 30 de setembro do ano fiscal prévio e finaliza no dia 31 de janeiro do exercício seguinte.

O poder constituinte previu também o limite de tempo no qual o Presidente de República pode usar a sua competência. É um período de duas semanas (14 dias), o qual inicia no dia seguinte ao do fim dos quatro meses, contados da apresentação à Dieta do projeto de lei orçamentária.

A forma jurídica a ser aplicada pelo Presidente da República neste caso deve ser uma decisão. Antes de tomar tal decisão o Chefe de Estado tem o dever de conhecer a opinião dos presidentes de ambas as câmaras. As opiniões dos presidentes destas corporações legislativas não são vinculantes e o Presidente da República não é compelido a seguir as recomendações.

Este tipo de exigência, que autoriza o Presidente da República a recorrer à competência conferida, testemunha, igualmente, a solicitude dos autores da Lei Maior para que uma exceção estabelecida no tocante à regra do mandato quadrienal do corpo legislativo seja ligada à necessidade do Chefe de Estado de familiarizar-se com todas as características da situação que conduziram ao atraso dos trabalhos legislativos no que tange à lei orçamentária. É de frisar que a atribuição em pauta é opcional. O presidente da República pode, mas não é obrigado, a servir-se do direito outorgado.

Palavras-chaves: Constituição República da Polónia, orçamento do Estado, projeto de lei orçamentária, O encurtamento do mandato da Dieta

Robert Stefanicki

Prawo do dobrej administracji na przykładzie wdrażania wspólnego europejskiego systemu azylowego

Streszczenie

System ochrony uchodźców ukonstytuowany został przepisami prawa międzynarodowego. Podstawowe gwarancje w tym zakresie wyznaczone zostały Konwencją genewską, której wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej są stronami. Uzupełniającą rolę w tym przedmiocie wypełniają akty wtórne prawa unijnego, w tym dyrektywy 2004/83/WE i 2005/85/WE. Drugą fazę ustawodawstwa unijnego w omawianym zakresie wypełnić ma nowa dyrektywa 2013/32/UE, wprowadzająca jednolity model klasyfikowania uchodźców jako spełniających status azylanta, a w wypadku, gdy nie wypełniają przesłanek wymaganych w tym zakresie, ewentualnego objęcia ich ochroną uzupełniającą.

W jednym z nielicznych państw członkowskich, które zgłosiły Trybunałowi Sprawiedliwości UE wątpliwości w trybie prejudycjalnym, do celów uzyskania międzynarodowej ochrony mają zastosowanie dwa rodzaje wniosków, tj. o udzielenie statusu uchodźcy oraz, w przypadku odmownej decyzji w tym pierwszym zakresie, ochrony uzupełniającej. Formalistyczne podejście do autonomicznego charakteru każdej z tych procedur z reguły wiązało się z rozciągnięciem w czasie badania wniosków i zamykaniem drogi do ochrony uzupełniającej w wypadku pominięcia przez wnioskodawcę pierwszego trybu.

Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że jeżeli chodzi o system krajowy, charakteryzujący się powyższymi cechami, do sądu krajowego państwa członkowskiego należy czuwanie nad tym, aby w ramach każdego z tych postępowań przestrzegane były prawa podstawowe wnioskodawcy, a w szczególności prawo do bycia wysłuchanym. Wymienione uprawnienie ma wymiar procesowy i materialnoprawny. Konsekwencją jego respektowania jest powinność rzetelnego potraktowania przez organ stanowiska wnioskodawcy.

Ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości pozostaje w koherencji argumentacja Naczelnego Sądu Administracyjnego, który stwierdził, że podstawy faktycznej sprawy administracyjnej nie można sprowadzić do treści wyjaśnień strony, ponieważ sytuacje w kraju pochodzenia cudzoziemca ulegają modyfikacjom, cechują się zwykle dużą dynamiką, a tę ostatnią organ administracyjny rozpatrujący wniosek o ochronę jest obowiązany ocenić, w tym także zmiany prawa korzystne dla wnioskującego. Tradycyjne, formalistyczne postrzeganie roli administracji musi współcześnie ustąpić podmiotowemu prawu do dobrej administracji uznawanemu słusznie za fundament dojrzałej demokracji.

Słowa kluczowe: status uchodźcy, status ochrony uzupełniającej, zasada skuteczności, prawo do dobrej administracji, bezstronność i szybkość postępowania, Karta praw podstawowych, prawo do wysłuchania, Trybunał Sprawiedliwości, Naczelny Sąd Administracyjny

System ochrony uchodźców posiada już pewne tradycje ukonstytuowane prawem międzynarodowym. Podstawowe gwarancje w tym zakresie wyznaczone zostały Konwencją genewską¹, której wszystkie państwa członkowskie Unii Europejskiej są stronami. Akty wtórne prawa unijnego stanowią jej uzupełnienie. Zasadnicze znaczenie mają tu: dyrektywa 2004/83/WE, zawierająca minimalne normy dotyczące warunków przyznania statusu uchodźcy lub statusu ochrony uzupełniającej oraz określająca zakres tej ochrony i dyrektywa 2005/85/WE, wyznaczająca minimalne normy w zakresie procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w państwach członkowskich. Istotne zmiany w tym ostatnim zakresie wprowadza dyrektywa 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej². W uzasadnieniu wymienionych dyrektyw stanowi się, że wspólna polityka azylowa, w tym wspólny europejski system azylowy, jest integralną częścią celu Unii, jakim jest ustanowienie i systematyczne powiększanie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości otwartej dla wszystkich tych, których okoliczności zmuszają do poszukiwania na drodze prawnej ochrony we Wspólnocie Europejskiej (obecnie w Unii Europejskiej)³. Oprócz możliwości ubiegania się o status uchodźcy, wymienione dyrektywy określają warunki i procedury ubiegania się o ochronę uzupełniającą w sytuacji niewypełnienia przez cudzoziemca statusu uchodźcy.

Różny jest charakter praw wynikający ze statusu uchodźcy i ochrony uzupełniającej. Pierwszy z wymienionych zapewnia szersze prawa i korzyści społeczno-ekonomiczne w porównaniu ze standardami ochrony uzupełniającej. Określenie ochrony jako „uzupełniającej” oraz brzmienie art. 2 lit. e) dyrektywy 2004/83 przesądza jednoznacznie, że jest ona kierowana do obywateli państw trzecich, którzy nie spełniają przesłanek wymaganych do ubiegania się o status uchodźcy. Artykuł 2 lit. b) dyrektywy 2005/85 zawiera domniemanie, że każdy wniosek o przyznanie ochrony międzynarodowej złożony na podstawie dyrektywy 2004/83 jest wnioskiem azylowym w rozumieniu Konwencji genewskiej. Państwa członkowskie mogą w odniesieniu do ochrony uzupełniającej przyjmować bardziej rygorystyczne warunki w zakresie wydawania pozwolenia na pobyt. O ile są one zobowią-

¹ Z dnia 28 lipca 1951 r. Weszła w życie 22 kwietnia 1954 r., następnie została uzupełniona protokołem w sprawie statusu uchodźców z 31 stycznia 1967 r. 28 lipca 1951 r., Dz. U. z 1991, Nr 119, poz. 515 i 517.

² OJ 2013, L 180, s. 60 i n. Państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania art. 1–30, art. 31 ust. 1, 2, 6–9, art. 32–46, art. 49 i 50 oraz załącznika I najpóźniej do dnia 20 lipca 2015 r., z zastrzeżeniem zawartym w ust. 2 dłuższego terminu, bo do dnia 20 lipca 2018 r., implementacji art. 31 ust. 3, 4 i 5.

³ Por. Zalecenie Komisji (UE) 2015/914 z dnia 8 czerwca 2015 r. dotyczące europejskiego programu przesiedleń (i powołane w nim dokumenty), w którym wskazuje się na wstępie, że Rada Europejska ponownie przypomina o dramatycznej sytuacji panującej w regionie śródziemnomorskim wyrażając wolę podjęcia wszystkich możliwych starań, aby zapobiec kolejnym ofiarom na morzu oraz zająć się pierwotnymi przyczynami tego kryzysu humanitarnego.

zane uchodźcom „statusowym” wydać pozwolenie na pobyt na okres co najmniej trzech lat, to w przypadku ochrony uzupełniającej mogą ograniczyć ważność takiego pozwolenia do roku. Dotyczyć to może także dostępu do określonych praw społeczno-ekonomicznych, takich jak dostęp do rynku pracy czy ochrona socjalna⁴ z ogólnym zastrzeżeniem respektowania przejrzystych i spójnych reguł wdrażania polityki azylowej.

W ramach wspólnego europejskiego systemu azylowego ochrona uzupełniająca dopełnia, określone w Konwencji genewskiej, zasady odnoszące się do statusu uchodźcy. Państwa członkowskie w granicach przyznanej im autonomii wprowadziły różne procedury nadawania statusu uchodźcy i ochrony uzupełniającej. Większość krajów członkowskich stosuje jednolitą procedurę, w ramach której rozpatruje się przesłanki przyznania statusu uchodźcy i ochrony uzupełniającej⁵. Jedyne niektóre wewnętrzne systemy opierają się na dwuetapowej procedurze. W świetle takiego modelu proceduralnego najpierw autonomicznie rozpatrywany jest wniosek o udzielenie statusu uchodźcy, a następnie pod warunkiem jego oddalenia oceniany jest dopiero drugi wniosek. Ta złożona konstrukcja budzi niejednokrotnie wątpliwości z punktu widzenia respektowania wymogu skuteczności oraz prawa do dobrej administracji gwarantowanego obecnie art. 41 Karty praw podstawowych⁶.

Problem respektowania wyznaczników pojęcia „dobra administracja”, jakie stanowią bezstronność, rzetelność i sprawność postępowania, pojawił się ostatnio w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) w kontekście oceny procedury dochodzenia ochrony uzupełniającej w Irlandii.

Z zagadnieniem tym sądy unijne będą musiały się coraz częściej zmierzać, zważywszy na traktatową rangę Karty praw podstawowych⁷. Jej nieodłącznym elementem jest podmiotowe prawo jednostki do dobrej administracji. Omawiany w tym materiale szerzej wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (art. 267 TFUE⁸) został złożony w ramach sporu pomiędzy H.N., obywatelem pakistańskim, a Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland i Attorney General w przedmiocie odmowy rozpatrzenia wniosku o przyznanie statusu ochrony uzupełniającej w związku z niezłożeniem przez zainteresowanego uprzedniego wniosku o uzyskanie statusu uchodźcy⁹.

⁴ Zestawienia wyższego standardu ochrony w ramach statusu uchodźcy, w porównaniu z ochroną uzupełniającą, dokonał Rzecznik Generalny w pkt 46 opinii przedstawionej w dniu 7 listopada 2013 r. w związku ze sprawą C-604/12 przed Trybunałem Sprawiedliwości UE.

⁵ Zob. art. 3 ust. 3 dyrektywy 2005/85, OJ 2005, L 326, s. 13 i n.

⁶ OJ EU 2012, C 326, s. 2.

⁷ Powinność respektowania Karty praw podstawowych przez państwa członkowskie dotyczy zgodnie z jej art. 51 ust. 1 wykonywania przez nie prawa unijnego. Na temat trudności z wykładnią tego przepisu zob. m.in. N. Półtorak, *Zakres związania państw członkowskich Kartą Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 9, s. 19 i n.

⁸ Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, OJ 2010, C 83, s. 47 i n.

⁹ Wyrok z dnia 8 maja 2014 r. w sprawie C-604/12, dalej jako sprawa H.N.

Wniesiony przez sąd irlandzki wniosek o rozstrzygnięcie wstępne TSUE uznał za zasadny, zważywszy, że bezpośrednio dotyczył wykładni prawa unijnego na potrzeby toczącego się postępowania krajowego, w tym transponowanej do prawa krajowego dyrektywy oraz poszanowania zasad określonych traktatami i praw składających się na Kartę praw podstawowych¹⁰. Głównym celem dyrektywy 2004/93, która tutaj znajduje zastosowanie jest zagwarantowanie, z jednej strony, aby państwa członkowskie stosowały wspólne kryteria do identyfikacji osób rzeczywiście potrzebujących międzynarodowej ochrony, z drugiej zaś – zabezpieczenie przez nie wspólnego minimalnego poziomu ochrony takich osób. Zakres stosowania przedmiotowej dyrektywy wyznaczają zawarte w niej definicje.

Zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/93 „uchodźca” oznacza obywatela państwa trzeciego, który posiadając uzasadnioną obawę bycia prześladowanym z powodów rasowych, religijnych, narodowościowych, przekonań politycznych lub członkostwa w określonej grupie społecznej, znajduje się poza krajem, którego jest obywatelem, i jest niezdolny do wykorzystania bądź, ze względu na taką obawę, nie chce korzystać z ochrony państwa pochodzenia. Z kolei „osoba kwalifikująca się do ochrony uzupełniającej” w rozumieniu niniejszej dyrektywy oznacza obywatela państwa trzeciego, który nie kwalifikuje się jako uchodźca, lecz w odniesieniu do którego istnieją istotne podstawy, aby uznać, że jeśli wróci on do swojego kraju pochodzenia, może napotkać rzeczywiste ryzyko doznania poważnej krzywdy. Zgodnie z art. 15 dyrektywy pojęciem „poważna krzywda” obejmuje się poważne i zindywidualizowane zagrożenie życia ludności cywilnej lub poszczególnych osób, wynikające z przemocy o charakterze niedyskryminującym, w sytuacjach międzynarodowych lub wewnętrznych konfliktów zbrojnych.

W państwie członkowskim, które zgłosiło wątpliwości w trybie prejudycjalnym, do celów uzyskania międzynarodowej ochrony, mają zastosowanie dwa rodzaje wniosków, tj. o udzielenie statusu uchodźcy oraz w przypadku odmownej decyzji w tym pierwszym zakresie, ochrony uzupełniającej. Każdy z nich jest przedmiotem szczególnego, odrębnego postępowania. H.N., wnioskujący o przyznanie ochrony uzupełniającej, pominął etap złożenia wniosku o udzielenie statusu uchodźcy, ponieważ towarzyszyło mu przeświadczenie, któremu dał wyraz w wyjaśnieniach kierowanych do organu rozpatrującego wniosek, że nie spełnia warunków zakwalifikowania go jako uchodźcy. Wskazywał natomiast na ryzyko doznania „poważnej krzywdy” w rozumieniu, jakie nadaje temu pojęciu dyrektywa, gdyby został wydalony z państwa pochodzenia. W przypadku odesłania go do Pakistanu musiałby się liczyć z poważnym zagrożeniem, szczególnie z uwagi na ślepą przemoc panującą w Dolinie Swat, gdzie mieszka jego rodzina. Kompetentny Minister oddalił przedmiotowy wniosek z uzasadnieniem, że nie został on poprzedzony formalnym wnioskiem o udzielenie statusu uchodźcy. W związku z odda-

¹⁰ Zob. również L.J.M. Timmermans, „Jurisprudentie bestuursrecht” 2014, nr 9 (147), s. 739 i n.

leniem przez High Court także jego pozwu o stwierdzenie nieważności powyższej decyzji, wniósł skargę nadzwyczajną do Supreme Court.

Sąd rozpatrujący skargę kasacyjną powziął pewne wątpliwości, co do zgodności krajowych procedur z wymogami prawa unijnego i w związku z tym zwrócił się do TSUE z pytaniem, „Czy dyrektywa 2004/83, interpretowana w świetle zasady dobrej administracji wynikającej z prawa Unii Europejskiej, a w szczególności wyrażonej w art. 41 Karty, zezwala państwu członkowskiemu na wprowadzenie do swego prawa zasady, zgodnie z którą wniosek o przyznanie statusu ochrony uzupełniającej może być rozpatrzony tylko, jeśli wnioskodawca uprzednio złożył wniosek o przyznanie statusu uchodźcy, który został rozpatrzony odmownie zgodnie z prawem krajowym?”.

Istotą zgłoszonych sądowi unijnemu wątpliwości był problem oceny z punktu widzenia standardów wyznaczonych prawem Unii autonomicznego modelu postępowania warunkującego rozpatrzenie wniosku o uzyskanie ochrony uzupełniającej. Inaczej mówiąc, sąd irlandzki dochodził tego, czy norma proceduralna zawarta w krajowym rozporządzeniu z 2006 r., uzależniająca badanie wniosku o przyznanie ochrony uzupełniającej od uprzedniego oddalenia wniosku o udzielenie statusu uchodźcy, spełnia wymogi dyrektywy 2004/83, a w szczególności nie uchybia poszanowaniu zasady dobrej administracji ustanowionej w Karcie praw podstawowych. W celu rozstrzygnięcia problemu zgodności złożonej procedury krajowej z prawem unijnym niezbędne jest uwzględnienie wymogów określonych tą dyrektywą merytoryczną¹¹.

Wymienione na wstępie akty wtórne prawa unijnego oparte zostały na klauzuli minimalnej harmonizacji, co oznacza możliwość stosowania wyższych standardów w państwach członkowskich w porównaniu z wyznaczonymi przez przedmiotowe dyrektywy¹². W każdym wypadku transpozycji takich dyrektyw do krajowego porządku minimalne wyznaczone nimi standardy muszą być gwarantowane. Szczególnie dotyczyć by to miało zabezpieczenia zakładanych nimi standardów w sytuacji posługiwania się złożonym modelem rozpatrywania wniosków azylowych i praktyki wdrażania procedury ochrony uzupełniającej pod kątem respektowania wymogów skuteczności i prawidłowej identyfikacji osób rzeczywiście wymagających międzynarodowej ochrony. Tymczasem proceduralna dyrektywa nie znajduje bezpośredniego zastosowania do modelu dwuetapowego rozpatrywania wniosków o ochronę międzynarodową. Istniejącą w systemie unijnego prawa azylowego lukę proceduralną wypełnia dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE.

¹¹ Zob. pkt 79 wyroku z dnia 22 listopada 2012 r. w sprawie C-277/11 w postępowaniu *M. przeciwko Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, dalej jako sprawa M.

¹² Również na podobnej klauzuli została oparta dyrektywa Rady 2003/9/WE z dnia 27 stycznia 2003 r. ustanawiająca minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl, OJ 2003 L 31, s. 18 i n.

Zawarte w dyrektywie 2005/85 odesłanie do autonomii proceduralnej państw członkowskich, odnośnie do wyboru stosownej procedury, jest jednak ograniczone obowiązkiem poszanowania zasad prawa unijnego oraz koniecznością zagwarantowania ochrony praw podstawowych¹³. Powołana w pytaniu prejudycjalnym zasada skuteczności wymaga, by przyjęte przez państwo członkowskie procedury i rozwiązania instytucjonalne nie czyniły praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym wykonywania praw przyznanych jednostce przez porządek prawny Unii. W kontekście rozpatrywanego sporu przedmiotem stosownych analiz i wyprowadzanych z nich wniosków było poszukiwanie odpowiedzi w kwestii, czy krajowe wymogi proceduralne i sposób ich stosowania gwarantują skuteczny dostęp osób ubiegających się o ochronę międzynarodową do praw przyznanych im na mocy dyrektywy 2004/83.

TSUE podniósł, że regulacja państwa członkowskiego przybierająca postać dwuetapowego postępowania administracyjnego, taka jak rozpatrywana w postępowaniu głównym w sprawie H.N., nie przesądza *a priori* o niższym standardzie ochrony w porównaniu z modelem opartym na jednym wniosku odnoszącym się do przyznawania ochrony międzynarodowej uchodźcom. Inaczej mówiąc, okoliczność, że państwo członkowskie wybrało model bardziej złożony od innych nie przesądza jeszcze o naruszeniu zasady skutecznego dostępu ubiegających się o ochronę uzupełniającą. Pełne urzeczywistnienie dostępu do statusu ochrony uzupełniającej – zdaniem TSUE – wymaga konsekwentnego respektowania pewnych reguł. Przede wszystkim tego, by wnioski mający na celu uzyskanie statusu uchodźcy i wnioski o udzielenie ochrony uzupełniającej mogły zostać złożone jednocześnie, a także by rozpatrzenie tego drugiego nastąpiło w rozsądnym terminie. Wskazując na powyższe, sąd unijny sprowadził do wspólnego mianownika obydwa modele procedowania. Mają one gwarantować skuteczność stosowanych mechanizmów.

Kwestia zachowania sprawności procedur w kontekście złożonego modelu rozpatrywania wniosków azylowych pojawiła się już wcześniej w unijnym orzecznictwie wstępnym. Między innymi z akt złożonych w sprawie M.¹⁴ wynikało, że postępowanie dotyczące rozpatrzenia wniosku obywatela rwandyjskiego o udzielenie mu statusu uchodźcy w Irlandii trwało sześć i pół miesiąca, zaś drugie postępowanie o udzielenie ochrony uzupełniającej – 21 miesięcy. Zdaniem Rzecznika Generalnego¹⁵ wskazany czas trwania postępowania wydaje się oczywiście nieracjonalny. Wprawdzie w Irlandii

¹³ W tej kwestii zob. też uwagi Z. Kmiecika, *Zasada autonomii proceduralnej państw członkowskich UE i jej konsekwencje dla procesu orzekania przez sądy administracyjne i organy administracji publicznej*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2009, nr 2, s. 9 i n. Zob. w kwestii ograniczeń autonomii krajowej z zasadami wynikającymi z prawa unijnego, N. Półtorak [w:] R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski (red.), *Europeizacja prawa administracyjnego, System Prawa Administracyjnego*, tom 3, Warszawa 2014, s. 194 i n.

¹⁴ Powołany już wyrok Trybunału w sprawie M.

¹⁵ Punkt 114 opinii w sprawie M.

rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony uzupełniającej nie podlega zasadom procesowym, o których mowa w art. 23 ust. 2 dyrektywy 2005/85 – przewidującym, że państwa członkowskie zapewniają, aby postępowanie w sprawie rozpatrzenia wniosku zostało zakończone w najkrótszym możliwym terminie oraz aby w przypadku, gdy decyzja nie może być podjęta w terminie sześciu miesięcy, wnioskodawca został poinformowany o opóźnieniu lub otrzymał informacje dotyczące terminu – nie ulega jednak wątpliwości, że kompetentny organ państwa członkowskiego jest zobowiązany, przy wydawaniu decyzji wchodzącej w zakres zastosowania prawa Unii, zagwarantować przestrzeganie prawa zainteresowanego do dobrej administracji, ponieważ stanowi ono ogólną zasadę prawa Unii¹⁶. Sprawność postępowania administracyjno-sądowego przyczynia się nie tylko do zapewnienia wnioskodawcy bezpieczeństwa prawnego, ale również do jego integracji¹⁷. Nie sposób pominąć tego, że tempo postępowania musi być jednocześnie związane z rzetelnością stosowanych procedur warunkujących sprawiedliwe rozstrzygnięcie. Zgodnie z wymogami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE¹⁸ procedura rozpatrywania wniosku zasadniczo powinna być zakończona w terminie sześciu miesięcy od złożenia wniosku, zaś maksymalny termin określony został na 21 miesięcy¹⁹.

TSUE w sprawie H.N. przyjął zasadnie, że gdy osoba zainteresowana składa wniosek o udzielenie jej międzynarodowej ochrony, który nie wskazuje na okoliczność pozwalającą na stwierdzenie, że żywi uzasadnioną obawę bycia prześladowaną, na właściwym organie ciąży obowiązek zbadania i stwierdzenia w możliwie najkrótszym terminie tego, że nie może ona ubiegać się o status uchodźcy, a to powinno otwierać drogę do rozpatrzenia w rozsądnym terminie wniosku o udzielenie ochrony uzupełniającej. Powyższe stanowisko jest zresztą spójne z motywami i postanowieniami dyrektywy 2005/85, która wprawdzie nie ma bezpośredniego zastosowania w modelu irlandzkim, ale zgodnie z wymogami spójności unijnego porządku zawarte w niej reguły muszą być tu również respektowane, jako że prawo do dobrej administracji stanowi zasadę ogólną.

Zgodnie z art. 23 ust. 4 przedmiotowej dyrektywy organy odpowiedzialne za rozpatrzenie wniosków o udzielenie międzynarodowej ochrony mają w szczególności możliwość przyspieszenia procedury rozpatrywania przesłanek wymaganych do uzyskania statusu uchodźcy, gdy wnioskodawca w sposób oczywisty nie spełnia warunków jego

¹⁶ Na temat zainteresowania państw trzecich tą regułą A. Ю. Петров, *Право на хорошее управление*, Вестник ЮУрГУ. Серия «Право», 2013, nr 3, s. 88.

¹⁷ Sprawność postępowania i zabezpieczenie słusznych interesów beneficjentów prawa zależy od modelu organizacyjnego sądów i zakresu ich kompetencji, Z. Kmieciak, *Koncepcja zintegrowanego systemu odwoławczego w sprawach administracyjnych*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 1, s. 33 i n.

¹⁸ Zob. art. 31 pkt 2 i n.

¹⁹ Przepisy dotyczące tych kwestii mają być implementowane do dnia 20 lipca 2018 r., zgodnie z art. 51 ust. 2 niniejszej dyrektywy.

otrzymania w rozumieniu art. 2 lit. c) dyrektywy 2004/83. Takie sugestie zgłaszał H.N. kompetentnym organom krajowym i do władz państwa członkowskiego należało z urzędu ich sprawdzenie. Fakty przytoczone przez cudzoziemca jako powód wystąpienia z żądaniem ochrony stanowić powinny dla organu źródło informacji o okolicznościach faktycznych sprawy i ukierunkowywać jego czynności wyjaśniające.

Podstawy faktycznej sprawy administracyjnej nie można wprawdzie sprowadzić do treści wyjaśnień strony, ale też nie należy z góry pozbawiać ich relewantności. Kompetentny organ powinien sprawdzić ich aktualność i znaczenie dla procesu podejmowania indywidualnej decyzji. Z reguły będą to działania z urzędu²⁰. Z wdrażaniem unijnego prawa wiążą się określone wymogi odnośnie do poszanowania przez władze krajowe zasad ogólnych prawa Unii oraz Karty praw podstawowych. Ponieważ Karta ma obecnie umocowanie traktatowe, jej postanowienia wiążą zarówno organy Unii w procesie stanowienia i wykonywania prawa, jak i państwa członkowskie. Są one zobowiązane zagwarantować poszanowanie praw podstawowych i zasad ogólnych prawa unijnego w zakresie, w jakim stosują prawo Unii²¹. Nie ulega wątpliwości, że z obowiązkiem respektowania Karty mamy do czynienia w niniejszym wypadku stosowania prawa, zwłaszcza dotyczy to zapewnienia skuteczności i poszanowania prawa do dobrej administracji gwarantowanego art. 41 Karty. W praktyce pojawiają się też problemy z rozstrzygnięciem swoistej konkurencji standardów ochrony praw podstawowych wynikających z Karty z gwarancjami w tym zakresie określonymi zwłaszcza krajowymi konstytucjami, jeżeli te ostatnie wyznaczają wyższy poziom²².

Przy stosowaniu przepisów unijnych w dziedzinie azylu niezbędne jest zagwarantowanie spójności regulacji prawa wtórnego ze wspomnianą Konwencją. Kwestii tych dotyczy art. 78 TFUE, który jako główny cel przyjmuje rozwijanie przez Unię wspólnej polityki w dziedzinie azylu, ochrony uzupełniającej oraz zapewnienie przestrzegania zasady *non-refoulement*. Wspólna polityka w przedmiotowym zakresie musi być zgodna z Konwencją genewską. Jest ona traktatem prawa międzynarodowego wiążącego umiawiające się strony²³. Konwencja stanowi fundament międzynarodowego reżimu prawne-

²⁰ Na te kwestie zwrócił uwagę m.in. Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 24 lutego 2011 r., II OSK 557/10.

²¹ Zob. zwłaszcza wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-617/10 z dnia 26 lutego 2013 r.

²² Por. pkt 60 wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-399/11 z dnia 26 lutego 2013 r. Zdaniem Sądu, prawo krajowe nie może przewidywać niższego standardu niż wyznaczony Kartą. Wyższe standardy ochrony przewidziane w porządku krajowym mogą uchybiać zasadzie skuteczności i jednolitości prawa Unii. Ta ostatnia kwestia budzi spory w doktrynie, zwłaszcza gdy standardów unijnych nie da się pogodzić z ogólnymi wymogami wynikającymi z konstytucji krajowych. W kwestii zgodności Karty praw podstawowych z Konstytucją RP wypowiedział się Trybunał Konstytucyjny (TK), zob. Wyrok TK z 16 listopada 2011 r., SK 45/09, otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/teksty/otk/2010/SK_45p09.docl [dostęp 17.06.2015].

²³ Zob. motyw 3 dyrektywy 2004/83.

go ochrony uchodźców i regulacje zawarte w dyrektywach normujących tę materię nie mogą naruszać jej podstawowych założeń i zasad. Zaletą tego rodzaju aktów prawa międzynarodowego jest możliwość ich dynamicznej wykładni, nadążającej za zmianami otoczenia normatywnego.

Dyrektywy stanowią uzupełnienie norm konwencyjnych m.in. w związku z wprowadzeniem, nieukonstytuowanych w Konwencji, dodatkowych form ochrony obywateli z państw trzecich i bezpaństwowców. Słusznie podniósł Rzecznik Generalny, w opinii przedstawionej TSUE w związku ze sprawą M.M.²⁴, że przy wprowadzaniu uzupełniającej ochrony stanowiącej część europejskiego systemu azylowego, zamiarem normodawcy unijnego nie było stworzenie możliwości wyboru między jedną a drugą formą ochrony międzynarodowej, ale zapewnienie pierwszeństwa Konwencji genewskiej. Mając na uwadze powyższe, nie może budzić wątpliwości zasadność badania w pierwszej kolejności, czy poszukujący ochrony prawnej spełnia warunki nadania mu statusu uchodźcy. Zastrzeżenie budzi natomiast formalistyczne podejście krajowych organów administracji, które w sprawie H.N. nie brały pod uwagę informacji wnioskującego o ochronę uzupełniającą. Z nich oczywiście wynikało, że nie spełniał on warunków przyznania ochrony w ramach statusu uchodźcy. Wprawdzie przekazywane organowi wyjaśnienia nie są wystarczające do wydania decyzji określonej treści, ale nie powinno to przesądzać o usprawiedliwieniu zaniechania ich sprawdzania przez organ i uchybieniach w zakresie udzielania niezbędnej pomocy zainteresowanym przy wypełnianiu formalnych wymogów²⁵. Zasadniczo obowiązkiem organu jest sprawdzenie okoliczności przytoczonych przez cudzoziemca. Ponieważ status uchodźcy zapewnia szersze prawa i korzyści społeczno-ekonomiczne niż wynikające z ochrony uzupełniającej, uprzednia analiza pozwala również zagwarantować możliwość nadania właściwego statusu poszukującemu ochrony.

W omawianej sprawie krajowej, konsekwentnego odmawiania przez organy merytorycznego rozpatrzenia wniosku o ochronę uzupełniającą w związku z niepoprzedzeniem tej procedury wnioskiem o status uchodźcy, rodzi się pytanie o stopień wypełnienia wymogów dobrej administracji w rozumieniu art. 41 Karty²⁶. Wymóg respektowania

²⁴ Pkt 43 opinii z dnia 7 listopada 2013 r.

²⁵ W nowoczesnych systemach prawnych istnieją środki skutecznego przeciwdziałania bezczynności organu administracyjnego w sytuacji, gdy jest on zobligowany do działania. Istnieje współzależność między standardami wynikającymi z prawa proceduralnego a jakością poziomu ochrony wyznaczonej prawem materialnym H.P. Nehl, *Good administration as procedural right and/or general principle?* [w:] H. Hofmann, A. Türk (red.), *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, Northampton 2009, s. 344.

²⁶ J. Saurer, *Der Einzelne im europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen 2014, s. 139. Por. pkt 68 wyroku w sprawie C-141/12 i C-372/12 z dnia 17 lipca 2014 r., zgodnie z którym prawo do dobrej administracji z jednej strony odzwierciedla ogólną zasadę unijnego prawa, jednak z drugiej w swoich pytaniach prejudycjalnych sądy odsyłające nie wnoszą o dokonanie wykładni tej ogólnej zasady, lecz dążą do ustalenia, czy art. 41 Karty może jako taki znajdować zastosowanie do państw członkowskich.

Karty jest niezależny od tego, czy akty o charakterze szczególnym wskazują na determinanty jej stosowania, zważywszy, że prawo do dobrej administracji – podobnie jak dostęp do sądu – jest ogólną zasadą prawa unijnego²⁷. W świetle wiążącego dorobku normatywnego Unii do kompetentnych władz krajowych należy ocena, czy wnioskujący o ochronę otrzymał kompleksową i transparentną informację o środkach mu przysługujących w sytuacji niedochowania przezeń formalnych wymogów w procesie dochodzenia ochrony uzupełniającej.

Zasadnie, w związku ze sprawą H.N., podniesiono²⁸, że należy mieć na uwadze zarówno rozsądne oczekiwania poszukującego ochrony, jak i obiektywną sytuację, w jakiej się on znalazł. Jednostka taka z reguły jest w ciężkiej sytuacji osobistej i materialnej i jest mało prawdopodobne, że prawidłowo określi sytuację, w której się znajduje, i oceni, czy spełnia kryteria uzyskania statusu uchodźcy czy jedynie warunki uzyskania ochrony uzupełniającej lub że nie spełnia żadnego z tych wymogów²⁹. Liczne bariery faktycznego dostępu takich osób do skutecznego wnioskowania o ochronę międzynarodową wynikają z różnic kulturowych, przeszkód ze względu na język, jakim się posługują, oraz trudności ze zrozumieniem treści kwestionariuszy i innych wymogów wynikających z krajowych procedur³⁰.

Należy tutaj wskazać na potencjalne i faktyczne, mające zróżnicowany charakter, trudności cudzoziemców wnioskujących o udzielenie ochrony z uzasadnieniem konieczności ochrony. Jest w większości wypadków mało prawdopodobne, że taki wnioskodawca będzie w stanie ocenić, czy jego wniosek spełnia warunki określone w Konwencji genewskiej uzyskania statusu azylanta, czy uznania go w świetle prawa unijnego za uprawnionego do ochrony uzupełniającej. Z reguły nie posiada on niezbędnej wiedzy o istnieniu innych aktów prawnych dotyczących praw człowieka³¹, na których opierają się zróżnicowane formy ochrony międzynarodowej. Istnieje konieczność uwzględnienia

²⁷ Por. stanowisko O. Dubosa ([w:] E. Chevalier, *Bonne administration et Union européenne*, Bruylant, Brussels 2014, s. 21), zgodnie z którym jest zasadą i źródłem zarówno zasad, jak i retorycznej i kontrolerskiej broni w rękach unijnego sędziego. Na temat ewaluowania podejścia w doktrynie prawa administracyjnego od pojęcia dobra administracja do koncepcji prawa do dobrej administracji zob. uwagi Z. Niewiadomskiego, *Prawo do dobrej administracji – aspekty procesowe, ustrojowe i materialne*, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy” 2003, nr 4, s. 42 i n. Współcześnie obserwuje się wzrost roli tzw. prawa miękkiego. W omawianym zakresie dotyczyć to będzie m.in. Europejskiego Kodeksu Dobrej Administracji, w szerszym kontekście D.R. Kijowski, *Przepisy ogólne prawa administracyjnego – trzecie podejście, Prawo do dobrej administracji*, „RPO-MAT”, nr 60, Warszawa 2008, s. 52.

²⁸ Zob. pkt 110 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie M.

²⁹ Samo subiektywne przeświadczenie poszukującego ochrony o niespełnieniu warunków statusu uchodźcy nie może być elementem decydującym o zakresie jego ochrony.

³⁰ Zob. w tym zakresie gwarancje procesowe wyznaczone art. 10 i 13 dyrektywy 2005/85.

³¹ Świadomość ta jednak rośnie, a harmonizacja w Brazylii przez Ustawę o uchodźcach z 1997 r., pierwszy tego typ akt w Ameryce Południowej, była ważnym prawnym instrumentem, J.H. Fischel de Andrade, *Regional Policy Approaches and Harmonization: A Latin American Perspective*, „International Journal of Refugee Law” 1998, nr 3, s. 389 i n.

nie tylko fizycznego, ale też psychicznego stanu, w jakim może się znajdować osoba wnioskująca o udzielenie azylu. Z uwagi na swoje przeżycia w kraju pochodzenia poszukujący ochrony może odczuwać głęboki stres psychiczny i w związku z tym z podejrzliwością podchodzić do organów władzy publicznej i odczuwać lęk przed swobodnym przedstawieniem wszystkich aspektów swojej sytuacji. Istotną rolę mogłaby w praktyce wypełniać profesjonalna reprezentacja cudzoziemca³².

Ze względu na fakt niedysponowania z reguły odpowiednimi środkami finansowymi wnioskodawcy mogą mieć problem z dostępem do pomocy prawnej³³. Do sądu krajowego należy ocena, czy taka sytuacja miała miejsce. W sprawie H.N. mamy do czynienia z podmiotem wnioskującym o ochronę wykształconym, mieszkającym od wielu lat w Irlandii, a więc niedającym się zamknąć w kategorii nieorientującego się w swojej sytuacji prawnej i faktycznej. Stąd ocena niewypełnienia wymogów formalnych musi być w każdym wypadku zindywidualizowana³⁴, aby przeciwdziałać nadużyciom prawa, działaniom na zwłokę opóźniającym termin wydalenia z kraju, a także zjawiskom *asylum shopping*³⁵. Na uwagę zasługuje wyodrębnienie w art. 24 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE kategorii wnioskodawców potrzebujących szczególnych gwarancji proceduralnych, a w art. 25 gwarancji dla małoletnich pozostających bez opieki.

Zgodnie z brzmieniem art. 41 Karty prawo do dobrej administracji obejmuje prawa do bezstronnego i sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie³⁶. Obejmuje ono m.in. prawo każdego do bycia wysłuchanym, zanim zostaną podjęte indywidualne środki mogące negatywnie wpłynąć na jego sytuację³⁷. Należy zauważyć, że niniejsze prawo, mające charakter ogólnej zasady unijnej, zostało skonkretyzowane w dyrektywie 2005/85. Art. 8 ust. 2 lit. a) wymaga od właściwych władz krajowych, by rozpatrywały wnioski o przyznanie ochrony międzynarodowej w sposób indywidualny, obiektywny i bezstronny, a procedura została zakończona w najkrótszym możliwym terminie, przy od-

³² Art. 21 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE określa warunki bezpłatnego udzielenia informacji prawnych i proceduralnych oraz bezpłatnej pomocy prawnej. Regulacja ta ma sprzyjać gwarancji minimalnych standardów wspólnych dla państw członkowskich, nie zamykając, zgodnie z klauzulą minimalnej harmonizacji, stanowienia wyższych standardów ochrony międzynarodowej.

³³ Zob. pkt 48 i 52 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie M.

³⁴ Słusznie podnosi M. Safjan i P. Miłkaszewicz, *Granice uprzywilejowania wyrównawczego*, „Przegląd Sejmowy” 2011, t. 6, s. 43, że cecha słabości pewnej kategorii podmiotów, ze względu na którą wprowadza się rozwiązania ochronne, zależy od kontekstu społecznego tradycji cywilizacyjnych, kulturowych i religijnych. Ulegają one zmianom, stąd narzędzia ochrony i ich intensywność musi być dostosowana do tej dynamiki.

³⁵ Zob. w tym zakresie motyw 13 oraz art. 33 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE.

³⁶ Współcześnie administracja nie tylko rozstrzyga i zajmuje stanowisko, lecz także staje się współodpowiedzialna za rezultat administrowania, szerzej I. Lipowicz, *Prawo obywatela do dobrej administracji*, <http://www.nik.gov.pl/plik/id,1555.pdf> [dostęp 17.06.2015].

³⁷ Zob. zwłaszcza pkt 43 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie M.

powiednim i wyczerpującym rozpatrzeniu szczegółowych okoliczności faktycznych podanych w uzasadnieniu wniosku. Treść niniejszego przepisu jest przejrzysta i spójna.

Proceduralizacja prawa pełnić ma służebne funkcje wobec prawa materialnego. Stąd skuteczność postępowania procesowego musi wiązać obydwie elementy: staranność administracji w dotrzymywaniu terminów oraz zabezpieczenie sprawiedliwego rozstrzygnięcia przez uwzględnienie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych przez organ rozpatrujący wniosek. Powyższe wymogi dotyczą każdej procedury, także przewidującej zastosowanie trybu priorytetowego i przyspieszonego przy rozpatrywaniu wniosków azylowych³⁸. Wdrażanie złożonego modelu, składającego się z dwóch autonomicznych procedur wnoszenia o ochronę międzynarodową, obowiązującego w systemie krajowym, może prowadzić do nadmiernego wydłużania czasu postępowania administracyjnego, i tym samym przesądzać o niedochowaniu ekonomii procedowania i innych merytorycznych konsekwencjach omawianego postępowania. W świetle oceny przedstawionej przez Komisję Europejską, w związku ze sprawą H.N., uregulowanie krajowe, wymuszające na poszukującym ochrony uzupełniającej, uczestniczenia najpierw w procedurze dotyczącej statusu uchodźcy, jest przechodzeniem przez formalności skazane z góry na porażkę, ponieważ Skarżący już na etapie składania wniosku wskazał, że nie spełnia przesłanek uzyskania statusu uchodźcy i dlatego wnioskuje o udzielenie ochrony uzupełniającej. W takich okolicznościach rodzi się pytanie o rozumienie przez organ istoty prawa do obrony, w tym prawa do wysłuchania strony, zanim zostanie podjęty niekorzystny dla niej środek administracyjny. Wymienione prawa wiążą wszystkie organy administracyjne i sądowe, zważywszy, że w prawie unijnym mają charakter zasad ogólnych stosowanych niezależnie od tego, czy regulacje szczególne je dookreślają.

Na powinność respektowania przez organ prawa strony poszukującej ochrony międzynarodowej do bycia wysłuchaną wskazano też *expressis verbis* w dyrektywie 2005/85. Niedopełnienie tego obowiązku, jeżeli ma istotne znaczenie dla strony w postaci niekorzystnego rozstrzygnięcia, może przesądzić o nieważności wydanej decyzji administracyjnej. Wymienione prawo stanowiące istotny element prawa do obrony realizuje kilka celów³⁹. Przede wszystkim służy ustaleniu stanu faktycznego i tym samym ma przyczyniać się do właściwego rozpoznania sprawy. Przedstawienie przez zainteresowanego swojego stanowiska oraz wszystkich elementów mogących wpłynąć na ostateczny kształt decyzji organu administracji powinno umożliwić organowi zapoznanie się ze wszystkimi okolicz-

³⁸ W wyroku z dnia 31 stycznia 2013 r. w sprawie C-175/11 Trybunał przypomniał, że tego rodzaju procedury nie mogą pozbawiać gwarancji skutecznej ochrony sądowej. Natomiast przyspieszeniu postępowania może służyć m.in. domniemanie pochodzenia wnioskodawcy z kraju bezpiecznego. Zob. pkt 71 i 72 wyroku w sprawie M. oraz art. 36 i n. odnoszący się do koncepcji bezpiecznego kraju pochodzenia. Podobnie te kwestie reguluje art. 31 pkt 7 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE.

³⁹ Zob. zwłaszcza szerokie ich omówienie w pkt 34–36 opinii Rzecznika Generalnego, sprawa C-277/11.

nościami faktycznymi i prawnymi, na których opiera się postępowanie, i dokonanie w sposób wyczerpujący oceny tych danych z pełną świadomością co do konsekwencji. Zatem mamy tu do czynienia z drugą stroną medalu prawa do wysłuchania, jakim jest powinność rzetelnego potraktowania przez organ stanowiska wnioskodawcy.

Prawo do wysłuchania ma zapewnić skuteczną ochronę strony postępowania będącej wnioskodawcą przez możliwość skorygowania błędu lub zwrócenia uwagi na elementy dotyczące jej sytuacji osobistej. Te ostatnie, w zależności od całokształtu okoliczności sprawy, mogą przemawiać za wydaniem pozytywnej lub odmownej decyzji. W wypadku niekorzystnego dla strony rozstrzygnięcia szczególnego znaczenia nabiera uzasadnienie faktyczne i prawne decyzji, zważywszy, że osobie, której dotyczy odmowa, przysługują środki odwoławcze.

Złożony i wysoce sformalizowany model rozpatrywania wniosków o ochronę międzynarodową nie może osłabiać prawa do obrony. Należy jednak zastrzec, że również model „jednego okienka” może nieść dla zainteresowanego różnicowane pułapki i utrudnienia w dostępie do środków prawnych przysługujących jednostce już na podstawie Traktatów. Chodzi tutaj nie tylko o wymogi proceduralne, ale i użytek, jaki z nich czynią organy administracyjne i sądowe. W świetle art. 4 ust. 1 dyrektywy 2004/83 do wnioskodawcy należy przedstawienie dowodów koniecznych do uzasadnienia przedmiotowego wniosku, natomiast na danym państwie członkowskim ciąży obowiązek współpracy z wnoszącym o ochronę międzynarodową w trakcie ustalania elementów istotnych dla rozpatrzenia wniosku. TSUE stwierdził, że wymóg współdziałania ciążyący na państwie członkowskim oznacza, że jeżeli z jakiegokolwiek powodu dowody dostarczone przez wnioskującego o ochronę międzynarodową nie są kompletne, aktualne lub nie mają znaczenia, konieczne jest, aby współpracowało ono czynnie w tym stadium postępowania z wnioskodawcą w celu zebrania wszystkich dowodów, które mogłyby uzasadnić wniosek.

Na szeroki zakres prawa do bycia wysłuchanym wskazał TSUE w wyroku w sprawie M. Podniósł, że podstawowy wymóg sprawiedliwości w trakcie prowadzenia postępowania administracyjnego zawiera w szczególności powinność przestrzegania prawa do obrony. Stąd w każdym wszczętym postępowaniu, które może zakończyć się wydaniem niekorzystnej dla adresata decyzji, prawo do bycia wysłuchanym jako podstawowa zasada prawa Unii oznacza, że nawet w sytuacji braku szczególnego uregulowania w tym zakresie, zainteresowany powinien być w stanie skutecznie przedstawić swój punkt widzenia odnośnie do elementów, na których organ administracji zamierza oprzeć swoją decyzję. Także w odniesieniu do złożonego, dwufazowego modelu rozpatrywania wniosków o ochronę międzynarodową aktualny pozostaje wymóg wysłuchania zarówno na etapie pierwszej procedury, jak i drugiej, dotyczącej ochrony uzupełniającej.

TSUE podniósł w wyroku w sprawie M., że nie można przyjąć tezy bronionej przez władze państwa wnoszącego o rozstrzygnięcie wstępne, zgodnie z którą w przypadku, gdy wniosek o udzielenie ochrony uzupełniającej stanowi przedmiot odrębnego postępowania – będącego następstwem decyzji o oddaleniu wniosku o udzielenie azylu wydanej w ramach postępowania, w którym wysłuchano zainteresowanego – nie ma konieczności ponownego wysłuchania strony. Zatem, jeżeli państwo członkowskie wprowadziło w miejsce mechanizmu tzw. jednego okienka, dwa odrębne postępowania, to ważne jest, aby prawo do bycia wysłuchanym było, z uwagi na jego fundamentalny charakter, w pełni zagwarantowane w ramach każdego z nich. Zdaniem TSUE powyższa wykładnia treści podstawowych elementów, przysługującego jednostce prawa do dobrej administracji, jest tym bardziej uzasadniona w przypadku takim, jak krajowe postępowanie główne w sprawie M. Właściwy organ państwa członkowskiego uzasadnił decyzję o oddaleniu wniosku o udzielenie ochrony uzupełniającej, ograniczając się do odniesienia się w szerokim zakresie do powodów przywołanych już przez ten organ na poparcie decyzji o oddaleniu wniosku o udzielenie azylu. Tymczasem zgodnie z dyrektywą 2004/83, to nie te same warunki muszą być spełnione przy przyznawaniu każdego z tych statusów.

Z powyższych względów TSUE orzekł, że jeżeli chodzi o system krajowy, charakteryzujący się istnieniem dwóch odrębnych, następujących po sobie postępowań w celu rozpatrzenia, odpowiednio, wniosku o udzielenie statusu uchodźcy i wniosku o udzielenie ochrony uzupełniającej, do sądu odsyłającego należy czuwanie nad tym, aby w ramach każdego z tych postępowań przestrzegane były prawa podstawowe wnioskodawcy, a w szczególności prawo do bycia wysłuchanym, w tym znaczeniu, że powinien być w stanie skutecznie przedstawić uwagi przed wydaniem każdej decyzji odmawiającej mu korzystania z wnioskowanej ochrony. Okoliczność, że zainteresowany został już prawidłowo wysłuchany w trakcie postępowania o udzielenie mu statusu uchodźcy, nie oznacza automatycznego usprawiedliwienia dla pominięcia tej formalności w ramach postępowania o udzielenie ochrony dodatkowej⁴⁰. Między rozpatrywaniem tych wniosków może istnieć odległość czasowa, której konsekwencją bywa zmiana sytuacji w kraju państwa pochodzenia.

Prawo do wysłuchania, stanowiące istotny element do obrony, nabiera szczególnie znaczenia w postępowaniach karnych i quasi-karnych, z którymi związany jest system sankcji. Przykładem może być wdrażanie prawa konkurencji, gdzie względy interesu ogólnego mogą zderzać się z interesem osoby, której stawia się zarzuty naruszenia tych reguł. W ściśle określonych okolicznościach, na wstępnym etapie badania przez organ naruszeń, prawo do informacji i bycia wysłuchanym może być ograniczone. Do-

⁴⁰ Por. wniosek Rzecznika Generalnego przedstawiony w związku z tą sprawą.

tyczy to sytuacji, gdy powiadomienie zainteresowanego o wszczętym dochodzeniu mogłoby negatywnie wpłynąć na ochronę nadrzędnego interesu publicznego. Nie zmienia to jednak faktu, że przedmiotowe prawo stanowi istotny wymóg procesowy⁴¹. Stąd niespektowanie w praktyce prawa do wysłuchania prowadzić może do stwierdzenia nieważności decyzji lub tej jej części, która odnosi się do okoliczności faktycznych lub zarzutów, co do których zainteresowany nie mógł się wypowiedzieć⁴².

Skarżący i Komisja Europejska zgłosili w związku z wnioskiem o rozstrzygnięcie prejudycjalne w sprawie H.N. wątpliwości w kwestii wypełnienia w stosowanych przez administrację procedurach wymogu bezstronności⁴³. Swoje zastrzeżenia wiązali z przekazanymi potencjalnemu wnioskodawcy informacjami przez kompetentny organ o zamiarze wydania decyzji o wydaleniu H.N. z terytorium Irlandii. Tego rodzaju informacja i moment jej przekazania są nieobojętne dla adresata. Nieuzupełnienie jej o wskazanie na warunki prawne ubiegania się o status uchodźcy⁴⁴ lub ochronę uzupełniającą może mieć negatywny wpływ na postawę poszukującego ochrony, gdyż stwarza wrażenie bycia na przegranej pozycji. Zdaniem Komisji, zastosowana procedura była „już zorientowana na wydalenie z terytorium” przez zapowiedź podjęcia stosownej decyzji, a to jest sprzeczne z wymogami słuszności i bezstronności. Stanowiska powyższego nie podzielił TSUE.

Zgodnie z orzecznictwem unijnym, wymóg bezstronności obejmuje w szczególności obiektywną bezstronność, rozumianą w ten sposób, że po stronie organu muszą istnieć dostateczne gwarancje, by wykluczyć wszelkie uzasadnione wątpliwości co do ewentualnej jego tendencyjności⁴⁵. W takich okolicznościach, jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, fakt poinformowania przez organ krajowy o zamiarze wydalenia z terytorium państwa członkowskiego osoby ubiegającej się o ochronę uzupełniającą

⁴¹ Szerzej M. Bernatt, *Sprawiedliwość proceduralna w postępowaniu przed organem ochrony konkurencji*, Warszawa 2011, s. 99 i n. W orzecznictwie sądowym sprawiedliwość proceduralna jest ściśle wiązana, a czasem nawet utożsamiana z pełnym przestrzeganiem gwarancji procesowych uczestników postępowania jurysdykcyjnego, w tym prawa oskarżonego do obrony, K. Complak, *Rozważania o sprawiedliwości*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 10.

⁴² Zob. zwłaszcza pkt 31,41 i 76 opinii Rzecznika Generalnego w tej sprawie.

⁴³ W tej materii na zauważenie zasługuje motyw 17 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE.

⁴⁴ Ocena działań organu krajowego zależeć będzie od tego, czy przedmiotowej informacji towarzyszyło powiadomienie zainteresowanego o prawach, jakie mu przysługują na tym etapie procedury. Te powinności organu wypływają wprost z ustawy o imigracji z 1999 r. oraz rozporządzenia z 2006 r.

⁴⁵ Reguła ta wyraża się w potrzebie zrównoważenia interesów i adekwatnego doboru faktów przed podjęciem decyzji publicznych, co jest szczególnie ważne, gdy chodzi o decyzje uznaniowe, tak J.P. Solé, *Juli Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero*, „Gestión y Análisis de Políticas Públicas” 2014, enero-junio (11), s. 32. Autor ten podnosi również [w:] E. Chiti, B. G. Mattarella, *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, Springer, Berlin, Heidelberg 2011, s. 134–135), że prawo do dobrej administracji jest ważne z punktu widzenia jakości decyzji i ta klauzula w wypadku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jest po prostu interpretowana jako mechanizm ochronny w ramach koncepcji stworzonej dla obrony obywateli.

jeszcze przed rozpoczęciem rozpatrywania wniosku nie może jako taki być interpretowany jako brak bezstronności organu⁴⁶. Ocena sposobu i treści przekazywanych przez organ informacji należy do kompetencji krajowych, które jednak w zakresie, w jakim dotyczą stosowania prawa unijnego, są ograniczone.

W wyroku w sprawie H.N. TSUE orzekł, że dyrektywa Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osób, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony, jak też zasada skuteczności i prawo do dobrej administracji nie stoją na przeszkodzie krajowemu przepisowi proceduralnemu, takiemu jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, uzależniającemu rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony uzupełniającej od uprzedniego oddalenia wniosku mającego na celu uzyskanie statusu uchodźcy, o ile, po pierwsze, wniosek mający na celu uzyskanie statusu uchodźcy i wniosek o udzielenie ochrony uzupełniającej mogą być złożone jednocześnie, a po drugie, ten krajowy model proceduralny nie prowadzi do tego, by rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony uzupełniającej następowało w terminie, który nie jest rozsądny, czego sprawdzenie należy do sądu odsyłającego.

Formalistyczne, niepowiązane ściśle z prawem materialnym, podejście organów do rozpatrywania wniosków o ochronę w ramach statusu uchodźcy i oddzielnie o ochronę uzupełniającą, pozostawać może w sprzeczności z aksjologią prawa azylowego, które powinno być ukierunkowane na budowanie rzeczywistych standardów pomocy przez rzetelną identyfikację cudzoziemców wymagających ochrony i pomoc profesjonalną osobom nieradzącym sobie z tymi procedurami. Procedury skutkujące blokowaniem dostępu lub bezzasadnie ograniczające przedmiotowe prawa są nie do pogodzenia z procesowymi i materialnymi wymogami określonymi w wymienionych dyrektywach. Procedury mają służyć realizacji standardów określonych prawem materialnym. Jeśli Skarżący H.N. nie dokonał prawidłowego wniesienia wniosków, organ wdrażający prawo powinien badać przyczyny zaniechania i właściwie ukierunkować jego działania. Jak już zostało podniesione, w okolicznościach badanej sprawy nie można wykluczyć praktyki nadużycia prawa przez wnioskodawcę, jego świadomego działania na zwłokę, wstrzymującego procedury wydalenia.

W tym przedmiotowym zakresie na szczególną uwagę zasługuje wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) w Warszawie z dnia 24 lutego 2011 r.⁴⁷. Stan faktyczny sprawy był następujący: wnioskiem z grudnia 2007 r. A.M. deklarujący narodo-

⁴⁶ Podobną ocenę wyraził Rzecznik Generalny w pkt 72 i n. opinii.

⁴⁷ II OSK 557/10. Na marginesie prowadzonych w tym materiale rozważań nie sposób pominąć, że od wprowadzonej 10 lat temu reformy sądownictwa administracyjnego, NSA liberalnie podchodzi do podstaw kasacyjnych, co jest zresztą spójne z nowoczesnymi standardami państw członkowskich w tym zakresie. Por. uwagi J. Zimmermanna, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 266 i n.

wość r. bez obywatelstwa wystąpił do Urzędu ds. Cudzoziemców o nadanie mu statusu uchodźcy. Organ uznał powyższy wniosek za niedopuszczalny, jako że był to kolejny wniosek spełniający, według oceny dokonanej przez Urząd ds. Cudzoziemców triadę: tożsamości podmiotowej, tożsamości przedmiotowej i zbliżonej sytuacji faktycznej. W uzasadnieniu decyzji nakazującej opuszczenie przez cudzoziemca terytorium Polski organ stwierdził, że deklarowane przez stronę powody, które miały usprawiedliwiać ochronę, nie znajdują uzasadnienia. Powyższa decyzja została utrzymana w mocy decyzją Rady ds. uchodźców. W jej uzasadnieniu potwierdzono wcześniejsze ustalenia, że kolejny wniosek został oparty na podstawach zbieżnych z już rozpatrywanym, co przesądza o jego bezzasadności. A.M. wniósł na decyzję Rady skargę do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA). W uzasadnieniu jej oddalenia Sąd stwierdził, że organy administracyjne dokonały prawidłowej oceny formalnej wniosku Skarżącego, gdyż podstawą obydwu wniosków wniesionych w odstępie kilku miesięcy była obawa przed represjami grozącymi w kraju pochodzenia.

WSA uznał za błędne stanowisko Skarżącego w zakresie, w jakim wskazywał on na niedochowanie przez organ obowiązku merytorycznego rozpatrzenia drugiego wniosku opartego na nowych okolicznościach – korzystnych dla zainteresowanego zmianach przepisów ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony. Według oceny dokonanej przez ten Sąd zachodziła tożsamość przedmiotowego żądania strony oraz okoliczności faktycznych, natomiast zmiany prawa zostały zaszeregowane do takich, które nie miały istotnego znaczenia z punktu widzenia rozstrzygnięcia. Na powyższe orzeczenie A.M. wniósł do NSA Skargę o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania.

NSA, uznając skargę kasacyjną za uzasadnioną, przyjął za trafne zarzuty A.M. odnośnie do dokonania przez WSA błędnej wykładni mających tu zastosowanie przepisów ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP⁴⁸. Należy nadmienić, że w przedmiotowej ustawie zostały przewidziane mechanizmy mające na celu skuteczne przeciwdziałanie nadużyciom procedury przez cudzoziemców. W ściśle określonych wypadkach w grę może wchodzić umorzenie postępowania jako niedopuszczalnego w związku z przykładowym ponowieniem identycznego co do treści wniosku, a więc opartego na tożsamych podstawach. Jednak wystąpienia triady nie dopatrywał się tutaj sąd kasacyjny, stwierdzając m.in., że okoliczności przytoczone przez cudzoziemca jako powód wystąpienia z żądaniem ochrony stanowią dla organu źródło informacji o okolicznościach faktycznych sprawy, ukierunkowując jego czynności wyjaśniające, co nie oznacza, że w razie złożenia kolejnego wniosku mamy do czynienia z ich tożsamością. Podstawy faktycznej sprawy administracyjnej nie można

⁴⁸ Chodzi tutaj o art. 40 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r., Dz. U. z 2006 r., Nr 234, poz. 1695 ze zm.

sprowadzić do treści wyjaśnień strony, ponieważ sytuacje w kraju pochodzenia cudzoziemca ulegają modyfikacjom. Stąd przekazywane informacje podlegają ocenie organu z urzędu⁴⁹.

Sytuacje przemawiające za udzieleniem ochrony lub odmową cechują się zwykle dużą dynamiką, którą organ administracyjny rozpatrujący wniosek o ochronę jest zawsze obowiązany ocenić. Przede wszystkim powinien dokonywać analizy pod kątem, czy informacje zebrane w poprzednim postępowaniu nie straciły aktualności w czasie rozpatrywania kolejnego wniosku. Zdaniem sądu kasacyjnego zmiana stanu prawnego, dokonana ustawą w dniu 17 marca 2008 r., spowodowała rozszerzenie podstaw prawnych udzielenia ochrony uchodźcom i ten element nie powinien być pomijany przy ustalaniu przez kompetentne organy, czy zachodzi tożsamość obydwu wniosków zgłoszonych przez A.M. Zgodnie z jej art. 23 ust. 1 przedmiotem postępowania w sprawie nadania statusu uchodźcy jest udzielenie jednej z przewidzianej ustawą form ochrony, tj. statusu uchodźcy, ochrony uzupełniającej lub pobytu tolerowanego. Mając na uwadze powyższe, NSA – nie przesądzając ostatecznego, merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy – orzekł, że wydanie decyzji o umorzeniu postępowania na podstawie art. 40 ust. 2 pkt 2 ustawy z 2003 r. z powodu stwierdzenia, że nowy wniosek został oparty na tych samych podstawach, co poprzedni, załatwiony odmownie, wymaga stwierdzenia przez organ nie tylko tego, że cudzoziemiec nie przedstawił we wniosku nowych informacji uzasadniających objęcie go ochroną, ale też, że sytuacja w kraju pochodzenia wnioskodawcy się nie zmieniła. Niniejsze rozstrzygnięcie jest spójne z przedmiotowymi dyrektywami unijnymi, na które zresztą NSA się powołał.

Powyższy materiał pokazał, że standardy krajowe w zakresie wdrażania wspólnego systemu azylowego wykazują istotne różnice. Zbliżeniu poziomu ochrony międzynarodowej azylantów służyć ma wdrożenie przez państwa członkowskie dyrektywy 2013/32/UE. Niniejszy akt ma otwierać drugą fazę ustawodawstwa unijnego w zakresie procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej przez ustanowienie wspólnej procedury azylowej oraz jednolitego statusu obowiązującego w całej UE⁵⁰. Zgodnie z wymogami określonymi niniejszą dyrektywą, rozpatrując wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej, organ rozstrzygający ustala najpierw, czy wnioskodawców można zakwalifikować jako uchodźców, a jeśli nie spełniają przesła-

⁴⁹ Zob. dane na temat rozstrzygnięć w sprawach nadawania statusu uchodźcy bądź udzielania innej formy ochrony międzynarodowej czy legalizującej pobyt na terytorium RP i por. uwagi, N. Rafalik, *Cudzoziemcy ubiegający się o nadanie statusu uchodźcy w Polsce – teoria a rzeczywistość (praktyka)*, „CMR Working Papers” marzec 2012, nr 55/113, s. 27–28.

⁵⁰ Zmieniony wniosek dotyczący dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania statusu ochrony międzynarodowej przewidywał jednolitą procedurę rozpatrywania wniosków o ochronę azylową (COM(2011) 319 wersja ostateczna, pkt 3.1.5), którą respektuje wiążąca wersja dyrektywy 2013/32 UE.

nek statusu uchodźcy, czy kwalifikują się do objęcia ich ochroną uzupełniającą. Wprowadzenie procedury jednego okienka ma stanowić ogólny wymóg spoczywający na wszystkich państwach członkowskich. Niniejszy akt określa minimalne, jednolite wymogi dotyczące podejmowania decyzji przez organ rozstrzygający. Przede wszystkim zawiera egzemplifikację przedmiotowych gwarancji, obejmujących wszystkich wnioskodawców, jak i szczególne uprawnienia dla kategorii osób, które z różnych obiektywnych powodów nie są zdolne chronić swoich interesów.

Wyodrębnienie tej ostatniej kategorii nie ma służyć ich uprzywilejowaniu, ale zagwarantowaniu faktycznej równości w postępowaniu administracyjnym i sądowym⁵¹. Konsekwencją powyższego podejścia mają być zabezpieczenia rzeczywistych standardów, a nie jedynie potencjalnych, zakreślonych zasadami ogólnymi i klauzulami generalnymi. W świetle nowej, unijnej regulacji odrzucenie wniosku o ochronę uzupełniającą, ze względu na niewypełnienie wymogów formalnych w przedmiocie zgłoszenia wniosku o status uchodźcy, stanowiłoby naruszenie przepisów prawa materialnego i proceduralnego. Zakres dyskrecjonalnej władzy organów administracji wyraźnie się kurczy. Tradycyjne, formalne postrzeganie roli administracji musi ustąpić podmiotowemu prawu do dobrej administracji uznawanemu słusznie za fundament dojrzałej demokracji⁵².

Dookreślenie determinantów wspólnej procedury azylowej w dyrektywie 2013/32/UE pełnić ma ponadto inną ważną funkcję. Znaczne zbliżenie przepisów, odnoszących się do procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej, powinno służyć ograniczeniu wtórnego przepływu wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową między państwami członkowskimi. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, w których tego rodzaju przepływ byłby spowodowany różnicami w regulacjach krajowych. Stworzenie równoważnych warunków kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej leży też w interesie państw członkowskich, które stoją przed coraz trudniejszymi wyzwaniami w tym zakresie.

⁵¹ Zob. również wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 grudnia 2013 r. w sprawie C-394/12 oraz Opinię przedstawioną przez Rzecznika Generalnego w dniu 17 lipca 2014 r. w sprawach połączonych od C-148/13 do C-150/13.

⁵² Tak wykład inauguracyjny M. Maliska, *Stan państwa prawa w dzisiejszej Brazylii (uwagi wstępne)*, [w:] *IV Brazylijsko-Polskie Sympozjum Prawa Konstytucyjnego*, Wrocław 13–15 października 2014 r.

O direito à boa administração e o exemplo da implementação do Sistema de Asilo Europeu Comum

Resumo

O regime de proteção aos refugiados foi instaurado pelos preceitos do Direito Internacional Público. As garantias principais neste domínio foram definidas pela Convenção de Genebra, da qual todos os Estados membros da União Europeia são partes. Um rol complementar desempenham nesta esfera os atos secundários do direito comunitário, incluídas as diretivas 2004/83/WE e 2005/85/WE. A segunda etapa da legislação comunitária nesta seara será preenchida pela nova Diretiva 2013/32/EU. Este diploma introduz o modelo único de classificação dos refugiados - quando cumprem a condição de asilado e quando não satisfaçam essa qualidade - uma possibilidade de fornecer a eles uma salvaguarda complementar.

Num dos poucos países da União Europeia os quais apresentaram dúvidas ao Tribunal de Justiça da União Europeia - mediante questão prejudicial - para receber a guarda internacional, têm a aplicação de dois gêneros de solicitações, isto é, para conferir o estatuto de refugiado e no caso de receber uma negativa de acolher-se numa proteção complementar. A aproximação formalista para o aspecto autônomo de cada um destes procedimentos prendeu-se geralmente à extensão no tempo dos requerimentos e ao fechamento do caminho da proteção ao amparo adicional no caso de omissão, pelo suplicante, do primeiro modo de agir.

O Tribunal de Justiça decidiu que uma jurisdição do país membro pertence à vigilância para que sejam respeitados os direitos fundamentais do solicitante, notadamente o direito a ser ouvido, relativamente aos ambos gêneros de pedidos, quando o sistema nacional tem essa dualidade de procedimentos. O direito aludido tem a dimensão processual e material-processual. A consequência desta obrigação de respeitar e o dever de tratar lealmente - por um órgão público - do pedido do solicitante.

Com a atitude do Tribunal de Justiça está coerente a argumentação do Tribunal Superior Administrativo polonês, o qual constatou que a base fática do assunto administrativo não se pode reduzir a um esclarecimento da parte, pois as situações no país de origem do estrangeiro mudam velozmente. Precisamente esta última circunstância deve ser levada em conta pelo órgão administrativo avaliador do pedido de tutela, inclusive as modificações normativas favoráveis ao impetrante. O papel tradicional formalístico da administração deve ceder o passo ao direito subjetivo a uma boa gestão estatal dos negócios dos particulares, reputada, com razão, como fundamento da democracia.

Palavras-chaves: estatuto de refugiado, proteção complementar do refugiado, princípio da efetividade, direito a uma boa administração, imparcialidade e celeridade do procedimento, Carta dos Direitos fundamentais, o direito a ser ouvido, Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Administrativo.

Rozdział III.
Zagadnienia podatkowe

Capítulo III.
Questões tributárias

Octavio Campos Fischer

Sistema constitucional tributário Brasileiro e direitos fundamentais

Resumo

Este estudo pretende analisar alguns dos principais Direitos Fundamentais que a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu para proteger os contribuintes. Embora seja uma Lei Fundamental jovem (completou 25 anos de idade em 2013), a Constituição brasileira tem sido muito alterada, a cada ano, e, no que se refere à matéria tributária, o Governo, com o apoio do Congresso, quer aprovar uma nova Reforma. A idéia é sempre boa. A questão, porém, é: boa para quem? Para os contribuintes ou para o Governo? Algo, porém, deve ficar claro: uma Reforma, qualquer Reforma, deve preservar os Direitos Fundamentais. Este é o motivo pelo qual entendemos importante consignar nossa compreensão acerca dos “Direitos Fundamentais dos Contribuintes”.

Diferentemente do que ocorre em outros países, no Brasil, a Constituição de 1988, na linha das últimas três Constituições, estabeleceu rigorosa e minuciosa regulação da matéria tributária. Basta uma simples comparação com outras Constituições para se concluir o quanto a Constituição Brasileira foi extensa ao regular a tributação. Costumamos dizer que há três grandes blocos de normas tributárias na Constituição de 1988. Um primeiro conjunto de normas constitucionais regula a competência tributária dos três entes federativos. Aqui, é importante esclarecer que o Brasil é uma federação peculiar, porquanto composta não somente pela União Federal e os Estados, mas, também, pelos Municípios (art. 18), e que, diferentemente do que se dá em outras federações, a Constituição Brasileira disciplinou rigidamente a competência de cada um dos entes federativos. Assim, verificamos que a Constituição estabeleceu quais são os tributos que União, Estados e Municípios podem instituir. Dito de outra, se quisermos saber quais são os tributos que podem ser instituídos em nosso ordenamento jurídico, a resposta está na Constituição. São cinco os tipos de tributos que podem ser criados: impostos, taxas, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, que se dividem em subespécies. A Constituição dividiu a competência entre a União Federal (arts. 153, 154, 145, II e III, 148, 149, 195, dentre outros específicos dispositivos), os Estados (art. 155, 145, II e III, 149, §1º) e os Municípios (art. 156, 145, II e III, 149, §1º, 149-A). O Distrito Federal, por sua vez, possui competência que engloba os tributos dos Estados e dos Municípios. Veja-se, portanto, que nosso federalismo fiscal é de cunho centralizador, pois a maior competência está nas mãos da União Federal. Para equilibrar o exercício dessa competência e evitar conflitos, a Constituição estabeleceu que é necessária a edição de uma lei geral (art. 146). Mesmo assim, presenciemos alguns conflitos de competência (“guerras fiscais” é o nome popular), que acabam por ser resolvidos pelo Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, a Constituição de 1988, também, regulou minuciosamente o que chamamos “Limitações ao Poder de Tributar”, que acabam por se configurar como verdadeiros direitos e garantias dos contribuintes. Assim, o Supremo Tribunal Federal já decidiu diversas vezes (por exemplo, na ADIN 939) que tais limitações, por força do art. 60, §4º, IV da CF/88, são direitos fundamentais dos contribuintes e, assim, são cláusulas pétreas. Portanto, não podem sequer ser objeto de emenda constitucional que visem aboli-los. Claro que a questão sobre a extensão das cláusulas pétreas é uma questão que não pode ser analisada neste breve estudo.

O fato é que a Constituição de 1988 estabeleceu diversos direitos fundamentais protetores dos contribuintes. De um lado, temos os princípios: da legalidade tributária (art. 150, I), da igualdade (art. 150, II), da capacidade contributiva (art. 145, §1º), da irretroatividade (art. 150, III, a), da anterioridade (art. 150, III, b e c e §1º e art. 195, §6º), da proibição de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV), dentre outros. Também, estabeleceu, de outro lado, as chamadas imunidades, que são normas que vedam a tributação sobre determinados fatos, previstas na Constituição (e, por isto, diferentes das isenções): art. 150, inc. VI, dentre outros.

Há que se registrar que, para além de uma concepção subjetiva sobre os direitos fundamentais, nossa preocupação repousa em uma concepção objetiva. Nesse sentido, estamos a tratar os direitos fundamentais enquanto valores essenciais para a construção de um Estado Democrático de Direito, de modo que os ditos direitos fundamentais que protegem os contribuintes, antes disto, devem servir para realizar uma sociedade mais justa, livre e solidária (art. 3º da CF/88).

Mas, se bem percebermos, nossa Constituição também possui um terceiro bloco de normas, destinados, especialmente, a garantir o atingimento de certos fins com os tributos arrecadados. É dizer, há normas constitucionais em bastante número que se preocupam com a destinação (real aplicação) e com a finalidade (fim constitucional que se quer atingir) dos tributos. Portanto, o poder público não é livre para utilizar os tributos como bem quiser, ainda que assim não entenda.

Palavras-chaves: Sistema Constitucional Tributário, Constituição Federal do Brasil de 1988, Direitos Fundamentais dos Contribuintes.

1. Considerações iniciais

O Sistema Tributário estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, é composto por três blocos de normas. Um grupo de normas que se refere à atribuição de competências tributárias; um grupo de normas que se refere às limitações a essas competências e, por fim, um terceiro grupo de normas que regula a repartição e destinação das receitas tributárias.

A Seção II do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal de 1988, apesar de composta de apenas de três dispositivos (arts. 150 a 152), dedicou ao tema “Das Limitações do Poder de Tributar” um grande número de normas.

Historicamente, é a primeira Constituição brasileira que ordenou e sistematizou as normas constitucionais protetoras dos contribuintes, dedicando-lhes um espaço próprio, dentro do capítulo do Sistema Tributário, e, assim, conferindo-lhes uma posição de destaque e de maior visibilidade.

É certo que nas Constituições anteriores, em maior ou menor medida, o tema sempre foi considerado¹. Entretanto, destaque-se que, com a Emenda nº 18/65, a constitucionalização da matéria tributária tornou-se mais robusta, detalhista e racional. Na Constituição de 1946, as normas tributárias ainda não possuíam um espaço próprio, tendo sido albergadas dentro do Capítulo das “Disposições Preliminares” do Título I, que regravava o tema “Da Organização Federal”. Referida Emenda, todavia, promoveu uma verdadeira guinada. O seu art. 1º deu o tom da mudança já nas suas primeiras palavras, anunciando que trataria não apenas da tributação, mas do “Sistema Tributário Nacional” como um todo. Foram criados, então, vinte e sete artigos para regular a discriminação de competências, rendas e as garantias dos contribuintes. Sob este aspecto formal, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 01/69, também, mantiveram a idéia de reservar um capítulo próprio para tratar longamente da tributação.

Já a Constituição de 1988 (doravante, CF/88) foi além. Não só continuou a tradição de regular extensamente a matéria tributária, como abriu um espaço próprio no seu Título VI para prescrever alguns dos mais importantes (e não todos, diga-se de passagem) direitos e garantias dos contribuintes.

Com o presente estudo, pretendemos analisar os dispositivos constitucionais que mais diretamente se referem ao tema “Limitações ao Poder de Tributar”. Assim, nossa atenção estará predominantemente voltada para os arts. 150-152 da CF/88.

2. Análise do art. 150

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

O caput do art. 150 da CF/88 contém dois importantes comandos. De um lado (... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios), impõe um rol expressivo de proibições aos entes federativos para o exercício de suas competências tributárias (legislativa e administrativa). De outro (*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte...*), estabelece que este rol não é taxativo.

No conjunto, é necessário reconhecer que, através deste dispositivo, a Constituição deixa claro que as normas constitucionais limitadoras do poder de tributar têm uma natureza dúplice. Ao mesmo tempo em que são normas que auxiliam na delimitação de competências, são, também, normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

¹ Como lecionava *Aliomar Baleeiro*, “De modo geral, em virtude da rígida discriminação de rendas esboçadas no Ato Adicional de 1834 e que progressivamente se estabeleceu no País desde a Constituição de 1891 e que atingiu ao máximo depois da Emenda nº 18, de 1965, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios estão adstritos às normas inflexíveis de competência. Elas limitam o poder de tributar de cada uma dessas pessoas de Direito Público” (*Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2).

Especificamente, é importante frisar que estamos diante de *direitos e garantias fundamentais de 1ª dimensão aplicáveis às relações tributárias*, no sentido de que representam uma resistência e uma oposição em relação ao Estado²⁻³.

Este reconhecimento implica conseqüências importantíssimas para a interpretação e a aplicação do sistema tributário brasileiro como um todo.

Primeiro, porque, sendo normas de direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, par. 4, inc. IV da CF/88. Assim, mesmo Emendas Constitucionais não podem suprimi-las, atingir seu núcleo essencial ou inviabilizar a realização dos valores por elas veiculados⁴.

Segundo, que o atual estágio da Teoria Constitucional reconhece que os direitos fundamentais formam o núcleo da Constituição, de sorte que toda e qualquer interpretação constitucional deve dar prioridade para a eficácia deles. Assim, leciona *Willis Santiago Guerra Filho*, com a Constituição de 1988, que instaurou o padrão do Estado Democrático de Direito, “A interpretação constitucional...pressupõe...uma teoria dos direitos fundamentais”⁵, porque, nas lições de *Paulo Bonavides*, estes “são a bússola das Constituições”⁶.

Terceiro, não podemos esquecer que, para além da sua *dimensão subjetiva*, que corresponde “...à exigência de uma ação negativa...ou positiva...”⁷, os direitos fundamentais possuem uma *dimensão objetiva*, alcançando “...a estatura de normas que fil-

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517.

³ Trata-se de orientação abraçada, inclusive, pelo *Supremo Tribunal Federal*: “O exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes” (ADI-MC 712/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJU I de 19.02.1993, p. 2032).

⁴ Esta discussão é extremamente complexa. Para maiores considerações, veja-se: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte* (Pesquisas Tributárias – Nova Série nº 6). São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Editora RT, 2000. Importante mencionar que, no julgamento da ADIN nº 939, acerca do antigo IPMF, o *Supremo Tribunal Federal* reconheceu que as imunidades e os princípios são cláusulas pétreas, não podendo ser afrontadas sequer por Emenda Constitucional” (ADI nº 939/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU I de 18.03.1994, p. 5165). Todavia, mais recentemente, o *Supremo Tribunal Federal* já teve oportunidade de se manifestar no sentido de não enxergar de forma ampla as cláusulas pétreas, ao analisar a revogação de uma imunidade tributária pela Emenda Constitucional nº 20/98: “1. Mostra-se impertinente a alegação de que a norma art. 153, § 2º, II, da Constituição Federal não poderia ter sido revogada pela EC nº 20/98 por se tratar de cláusula pétrea. 2. Esta norma não consagrava direito ou garantia fundamental, apenas previa a imunidade do imposto sobre a renda a um determinado grupo social. Sua supressão do texto constitucional, portanto, não representou a cassação ou o tolhimento de um direito fundamental e, tampouco, um rompimento da ordem constitucional vigente” (RE 372600/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 23/04/2004, p. 40).

⁵ *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 31.

⁶ *Ibidem*, p. 553.

⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. In: COELHO, Inocência Mártires & MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152.

tram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”⁸. Esta dimensão faz com “...que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado”⁹. Assim, pode soar simples demais, porém é sempre bom deixar claro que o Estado existe, primordialmente, em função da realização e proteção dos direitos fundamentais, sem os quais não teria razão de existir.

Mas, como dissemos acima, os direitos fundamentais aplicáveis às relações tributárias não encontram no art. 150 da CF/88 um rol taxativo. Aliás, ainda que desnecessariamente, este dispositivo estabeleceu uma *cláusula de abertura* para outros direitos e garantias fundamentais (*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte...*), prescritos nos demais comandos do próprio sistema tributário ou da Constituição como um todo, inclusive considerando-se o contido no §2º do art. 5º da CF/88. De fato, é indiscutível que o Título VI (sistema tributário) também estatuiu direitos fundamentais em outros dispositivos, a exemplo dos princípios da capacidade contributiva (art. 145...), da não-cumulatividade e da proibição de bi-tributação (art. 154, I, e 195, par. 4o, CF/88). Para além disto, não há como negar que os demais direitos fundamentais do cidadão oponíveis ao Poder Público, igualmente, são aplicáveis à atividade tributária.

Enfim, cumpre situar que nos distanciamos da disputa teórica a respeito da distinção entre princípios, regras e postulados. Por razões que extrapolam o objetivo do presente trabalho, adotamos, ao contrário da doutrina mais respeitada¹⁰, o pensamento tradicional e sustentamos a consagrada e clássica lição de *Celso Antônio Bandeira de Mello*. Assim:

“Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”¹¹.

Esta tomada de posição é necessária apenas para não restar dúvida quanto ao fato de que, em nosso entendimento, legalidade, irretroatividade, anterioridade tributárias, dentre outras, continuam a ser princípios e não regras, nem postulados.

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

O inc. I do art. 150 da CF/88 prevê um dos mais relevantes princípios constitucionais, o princípio da legalidade tributária¹².

⁸ *Ibidem*, p. 153.

⁹ *Ibidem*, p. 153.

¹⁰ Sobre a distinção, veja-se o importante estudo: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹¹ *Curso de direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 841-842.

¹² Já, na Constituição de 1891, tínhamos, no §30 do art. 72, que contemplava a “Declaração de Direitos”, a determinação de que: “Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado sinão (*sic*) em virtu-

Todavia, sua real estatutura não é alcançada apenas pela leitura isolada deste dispositivo. Faz-se necessário conjugá-lo com o prescrito no art. 5º, II¹³ e no art. 37¹⁴, ambos da CF/88, que nos levam a três facetas interligadas desse princípio: a) *legalidade constitucional* (princípio da constitucionalidade), porque a instituição e regulamentação dos tributos somente podem ser feitas com autorização constitucional e nos limites desta; b) *reserva de lei*, porque, além de autorização constitucional, a instituição e estruturação dos tributos somente pode ser feita por lei e c) *legalidade administrativa*, na medida em que a *cobrança* e a *fiscalização* dos tributos somente podem ser feitas nos limites em que autorizadas e reguladas por lei¹⁵.

Normalmente, o princípio da legalidade tributária é associado à histórica idéia de que o tributo somente pode ser criado por lei porque esta é fruto da vontade da população, manifestada por seus representantes no Parlamento. Isto é, sem lei, o governo não tem autorização popular para exigir o tributo¹⁶. Assim concebido, a legalidade tributária alcançou um nível quase mítico dentro do direito tributário. Entretanto, cumpre enfrentarmos o problema de que, ao menos no Brasil e de longa data, não temos legitimidade no espaço político-representativo para sustentar que é através da lei que os cidadãos consentem que o poder público realize a tributação. Isto é, parece-nos difícil aceitar a idéia de que a legalidade tributária é sinônimo de *auto-tributação*. Porque, tomando de empréstimo as lições de *Carlos de Cabo Martín*, “...a lei tem gozado de uma legitimação vaga...”, que encontra sua origem “... na referência imprecisa, mas irresistível, que é a ‘vontade geral’”¹⁷, que, todavia, não se sustenta diante da crise de representatividade do Parlamento.

Por evidente que tal afirmação não significa qualquer desprezo de nossa parte para com o princípio da legalidade tributária ou a defesa de que o Poder Executivo pode legislar para criar e regular tributos. A importância de tal princípio é inquestionável, deixe-se bem claro. Bem por isto, não podemos aceitar que o mesmo seja envolto em concepções fantasiosas que nada contribuem para sua eficácia. A legalidade tributária, antes de ser justificada como um instrumento de legitimação popular do tributo, deve ser vista como um dos melhores instrumentos para concretizar a idéia de Estado de Direito e o valor segurança jurídica.

de de lei que o autorize”.

¹³ “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁴ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”.

¹⁵ Cumpre mencionar que a legalidade tributária tem seu conteúdo complementado, também, pelo §6º *infra*.

¹⁶ A evolução histórica desta idéia de consentimento popular para a cobrança do tributo pode ser aprofundada na clássica obra: UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2ª ed., Tradução Marco Aurélio Greco, São Paulo: Malheiros, 1999.

¹⁷ CABO MARTÍN Carlos de , *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 77.

Justamente por isto, rechaçamos a utilização de medida provisória para a criação e a estruturação dos tributos. Certo que, para tanto, devemos considerar que o §1º do art. 62 da CF/88, não apresenta um rol taxativo de proibições para esse instrumento, bem como que o §2º do mesmo dispositivo não pode ser considerado como válido e capaz de legitimar o uso de medida provisória em tal matéria, com o simples argumento de que foi trazido para o ordenamento por uma Emenda Constitucional.

Sinteticamente, dentre outros fortes argumentos¹⁸, partimos da idéia de que, historicamente, apenas podemos falar em direito tributário, enquanto conjunto de normas disciplinadoras da tributação (esta, sim, sempre existiu), quando o Estado, na sua atividade tributária, passa a ser limitado pelo direito, deixando de legitimá-la com base no simples *poder de império*¹⁹. A relação tributária passa, então e em tese, de relação de poder para relação jurídica. É neste momento que se consolida a importância do princípio da legalidade para registrar a transferência da titularidade da máquina de fazer leis das mãos do Executivo para as mãos do povo, guiadas, no entanto, por representantes escolhidos por este. Assim, como leciona *Vinício Ribeiro*, “A vontade do Rei não podia prevalecer mais sobre os costumes constitucionais firmados no Direito Natural e em que se alicerçavam os direitos individuais e as liberdades dos cidadãos. (...) Os interesses da Administração, assim como as suas relações com os particulares, estavam submetidos ao direito comum dos cidadãos”²⁰. Em suma, no Estado de Direito, o Estado – personificado no Executivo – não pode ser a fonte ejetora de comandos normativos contra o cidadão.

Após a segunda metade do século XX, os países ocidentais caminharam para adotar uma outra fórmula: a do Estado Democrático de Direito. Com diferenças terminológicas na maioria dos países, o que se pretende, de forma geral, é superar tanto um modelo de Estado de Direito, como um modelo de Estado Social. Nas palavras de *Jorge Reis Novas*, a partir da idéia de Estado Social e Democrático de Direito, sugere-se “a confluência...de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática”²¹. Portanto, no Estado Democrático de Direito não se abandonam as conquistas do Estado de Direito. Ao contrário, estas

¹⁸ Veja-se, a respeito, nosso estudo: FISCHER, Octavio Campos. *Algumas notas sobre Medidas Provisórias, Tributação e Estado Democrático de Direito*. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (coords.). *Princípios de direito financeiro e tributário: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

¹⁹ Fórmula que, atualmente, vem sendo aplicada sob a idéia de *supremacia do interesse público*.

²⁰ *O Estado de Direito e o princípio da legalidade da administração*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 29.

²¹ *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987, p. 224.

devem ser preservadas para que o Estado possa legitimar a sua atuação na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Desta forma, é importante reconhecer que, por mais que o tributo seja um dos instrumentos mais relevantes para tal desiderato, não se pode admitir, hoje, a sua exigência sem o respeito aos limites constitucionais. *Os fins não mais justificam os meios*, como se tentou pregar e realizar nos Estados Sociais de cunho autoritário. Os fins devem ser buscados, sim, mas dentro das *regras do jogo constitucional*.

A partir destas considerações, temos que é inadmissível a utilização de medida provisória em matéria tributária, justamente porque isto significa retroceder o Estado à formulação do Estado Absolutista; pré-Estado de Direito. É reconhecer que a relação tributária deixa de ser uma relação jurídica para ser considerada uma relação de poder, formalizada em textos normativos. Isto porque se admitirmos que o Executivo, que participa da relação tributária, tem o poder para ditar tal relação, significa reconhecer que as regras do jogo não são postas de forma imparcial, mas sim impostas por uma das partes interessadas, unilateralmente. É dizer, “Se o governo pudesse definir, ele próprio, os limites do seu poder de *imperium* a garantia institucional das liberdades civis e políticas estaria perdida”²². E aí já não se tem Estado de Direito; quanto mais um Estado Democrático de Direito. Frise-se: Estado de Direito – que está contido no Estado Democrático de Direito – significa que o Estado se submete ao direito. Não é um *Direito do Estado*. Portanto, medida provisória para reger o relacionamento Estado-cidadão significa a própria antítese do Estado de Direito, porque já não se tem mais o Estado-Executivo obediente ao Direito, mas seu dono e produtor. Daí que, apesar de ter *força de lei*, não poderá atuar em todos os quadrantes autorizados, constitucionalmente, à lei. Portanto, não poderá atuar para criar, estruturar e aumentar tributos.

Claro que não podemos esquecer que a própria Constituição autoriza, excepcionalmente, o Poder Executivo a majorar certos tributos²³. Mas, trata-se de uma pequena e bastante restritiva exceção (para alguns, uma *aparente exceção*) ao princípio da legalidade tributária e que foi estabelecida pelo próprio Poder Constituinte Originário.

Para além do que dissemos até aqui, é importante lembrar que, regra geral, o instrumento normativo, por excelência, para injetar normas tributárias primárias no ordenamento brasileiro é a lei ordinária. Excepcionalmente, exige-se lei complementar (arts. 148; 153, VII; 154, I e 195, §4º).

Por outro lado, não se pode interpretar a prescrição do art. 146, III da CF/88, no sentido de exigir que, antes da criação de cada tributo, deve-se ter uma lei complementar

²² COMPARATO, Fábio Konder. *A “questão política” nas medidas provisórias – um estudo de caso, por eGov – postado em 3 março 2011 (Artigo retirado da Internet)*, p. 90-91.

²³ §1º do art. 153: “É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”.

nacional que estabeleça normas gerais a seu respeito²⁴, sob pena, inclusive, de ofensa ao princípio federativo.

Entretanto, o alcance do princípio da legalidade não para por aí. É necessário dizer que ele não se traduz em mera autorização para que a lei apenas estabeleça que está criado um tributo. Veja-se, por exemplo, o caso do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF/88). Não basta que a lei complementar estatua que está criado tal tributo. Em razão do valor segurança jurídica, desdobra-se da legalidade a idéia de tipicidade tributária²⁵, porque a lei deve estabelecer minuciosamente todos os elementos que impliquem na estruturação do tributo. Diga-se de outra forma, a lei deve estabelecer rigorosamente todos os critérios da *regra-matriz de incidência tributária* (na hipótese, os critérios material, espacial, temporal e pessoal e, na consequência/mandamento, as determinações objetiva e subjetiva²⁶).

Assim, é sempre importante frisar – ainda que, para alguns, isto possa ser bastante óbvio – que “A legalidade tributária implica...não a simples *preeminência da lei*, mas a *reserva absoluta de lei*”²⁷, justamente para evitar que a Administração Pública, ao arrecadar e fiscalizar os tributos, supere e afronte, por vias indiretas e obscuras, o art. 150, I da CF/88, com a edição de normas secundárias que acabem por decidir se o tributo é ou não devido ou em que medida é devido.

É bom lembrarmos que, ao contrário do que se passa no direito penal, no Brasil, a tipicidade tributária é mais rígida. Atinge fortemente tanto a hipótese quanto a consequência da *regra-matriz*, trabalhando (ao máximo) para retirar da Administração Pública toda e qualquer possibilidade, ainda que de forma indireta, de edificação de um tributo (salvo, como dissemos *supra*, no caso do §3º do art. 153 da CF/88). Assim, se no direito penal, apesar do fato punível ser um fato típico/legal, é possível que o Poder Judiciário escolha a mais adequada consequência, dentre aquelas ofertadas pela lei (por exemplo, pode escolher, nos limites da lei, a quantos anos de reclusão uma pessoa será condenada), no direito

²⁴ Sobre esta questão, há orientação firme no *Supremo Tribunal Federal* (Recurso Extraordinário nº 236931, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJU I de 29.10.1999).

²⁵ A idéia de *tipicidade* que adotamos é aquela advinda das clássicas lições de *Alberto Xavier* (*Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: RT, 1978), mas não desconhecemos as modernas contribuições, especialmente a partir de *Misabel Derzi* (*Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: RT, 1988). Em nosso entender, basta que esta opção reste clara para o leitor, o que não prejudicará a realidade que se pretende projetar, pois não existe uma relação de congruência ontológica entre palavra e realidade.

²⁶ Sobre este específico tema, ver nossas considerações em: FISCHER, Octavio Campos. *A Contribuição ao PIS*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 24-42. Sobre o critério pessoal na hipótese de incidência, reformulamos nossa anterior proposta e passamos a considerá-lo como um importante critério para a estruturação da *regra-matriz de incidência tributária*.

²⁷ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 112.

tributário brasileiro o aplicador da lei (o Poder Executivo) não deve ter voz no estabelecimento do quanto deve ser pago pelo contribuinte²⁸.

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

O princípio da igualdade é um valor constitucional multifacetário e, portanto, de difícil compreensão e aplicação, inclusive no direito tributário²⁹. Sua importância, porém, é inquestionável. *Geraldo Ataliba* dizia ser “...a pedra de toque do regime republicano”³⁰.

Normalmente, ensina-se que se está de acordo com a isonomia quando *os iguais são tratados igualmente e os desiguais são tratados desigualmente*. O problema, porém, está em saber quem são *os iguais* e quem são *os desiguais*, porquanto “...nunca dos personas o dos situaciones vitales personales son iguales en todos los respectos”³¹. Assim, *J.J. Gomes Canotilho* indaga: “o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa?”³². Afinal, como bem pondera *Carlos Roberto Siqueira Castro*, “É muito pouco,..., exigir-se à sombra da regra igualitária, tão apenas o tratamento igual para os iguais, eis que tal possibilitaria ao legislador toda sorte de discriminação, por mais despropositadas e carentes de fundamento que pudessem ser. (...) Nessa linha, poder-se-ia estabelecer, por absurdo que pareça, tratamento legislativo

²⁸ Temos consciência, porém, de que esta construção teórica encontra algumas resistências em modernos doutrinadores e em alguns setores da jurisprudência, que alegam ser impossível e inadmissível uma concepção tão rígida e rigorosa da legalidade (Para uma compreensão atual da polêmica a respeito, veja-se: RIBEIRO, Ricardo Lodi & ROCHA, Sérgio André [coord.]. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008). Alega-se, por exemplo, que, por maior que seja a boa vontade do legislador, há situações de fato que não se consegue traduzir de forma perfeita na linguagem legal, especialmente porque esta, derivada que é da linguagem comum, é permeada por palavras vagas, ambíguas, indeterminadas e imprecisas. Entretanto, este reconhecimento não nos autoriza a abdicar da tarefa da legalidade tributária de propiciar segurança jurídica à sociedade. Enquanto princípio, a legalidade tributária exige que sua aplicação (legislativa e administrativa) trabalhe para rechaçar (ao máximo) interferências do Poder Executivo na construção e na cobrança do tributo. Assim, não é somente porque a linguagem é repleta de imperfeições e aberturas - como também, não é somente porque temos abusos e fraudes cometidas por determinados contribuintes - que vamos abraçar a relativização dos direitos e garantias fundamentais sem mais nem menos. Afinal, não podemos esquecer que, muito além de serem direitos subjetivos, eles são valores objetivos indicados por uma comunidade como fundamentais para termos um padrão civilizatório mínimo. Suas imperfeições devem ser superadas e não utilizadas para sua denegação ou restrição.

²⁹ Para um aprofundamento, veja-se: ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁰ República e constituição. São Paulo : RT, 1985, p. 134.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 386-387.

³² CANOTILHO José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 426.

distinto entre proprietários de automóveis verdes e proprietários de automóveis amarelos, ou entre canhotos e destros, para fins de habilitação em concurso público...”³³.

Por outro lado, a Constituição de 1988, na tentativa de evitar discriminações arbitrárias a valores sensíveis à sociedade acabou por tornar absolutos alguns critérios de diferenciação, como o sexo, a raça, a cor, a idade, a origem e *quaisquer outras formas de discriminação* (inc. IV do art. 3º), sem contribuir muito para a compreensão da igualdade. A rigor, temos aí uma norma com um impacto retórico bastante forte, mas cujo conteúdo restou bastante prejudicado pela redação do seu texto. Em uma primeira aproximação, o leitor não versado na técnica jurídica pode pensar que jamais será admitida qualquer espécie de diferenciação com base nos critérios acima elencados. Depois, se parar para pensar um pouco mais, pode alcançar a conclusão de que está proibida qualquer forma de discriminação, sendo que todos na sociedade devem ser tratados da mesma forma, sem qualquer tipo de distinção! Ou seja, a cláusula “quaisquer outras formas de discriminação” é de tal forma ampla que anula os efeitos da primeira parte do dispositivo, o qual pode ser reduzido ao seguinte: *é vedada qualquer forma de discriminação* (e que, na leitura de um leigo, pode ser compreendido no sentido de que ninguém pode ser tratado diferentemente).

É evidente, porém, que não podemos respaldar uma tal leitura do texto constitucional, sob pena, inclusive, de anularmos o próprio princípio da igualdade, que, no seu núcleo, não só admite como exige que sejam feitas certas discriminações.

Na tentativa de superar os paradoxos que o tema encerra, *Celso Antônio Bandeira de Mello* leciona que não podemos resolver o problema da isonomia tornando absolutos alguns critérios de distinção ou equiparação. Não podemos dizer, por exemplo, que nunca será possível haver uma discriminação com base no sexo, na raça ou na idade (ou, em nosso caso, sem considerar exclusivamente a capacidade contributiva). Para ele, “*qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações*, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”³⁴. Afinal, “nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão de sexo – em concursos para preenchimento de cargo de ‘polícia feminina’”³⁵!

Bem por isto, *J. J. Gomes Canotilho*, com suporte em *Podlech*, afirma que a igualdade é *relacional*, no sentido de pressupor uma *relação tripolar*: “o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características”.³⁶ Nesta seara, para além da análise

³³ *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 384.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17.

³⁵ *Idem*, loc. cit.

³⁶ *Ibidem*, p. 426.

do critério (características), *Celso Antônio Bandeira de Mello* entende ser necessário verificar se há *correlação lógica/justificativa racional/fundamento lógico* entre o critério escolhido para efetuar a discriminação e o tratamento diferenciado realizado pela norma³⁷.

É claro que ao sustentarmos esta orientação não podemos deixar de reconhecer nela uma forte carga de subjetividade do operador jurídico, porquanto não temos uma pauta *a priori* ou um critério objetivo e universal para determinarmos de forma precisa e inquestionável o que seja uma *justificativa racional* ou um *fundamento lógico*.

Este pensamento, porém, deve ser bem compreendido para não produzir uma indevida redução da isonomia apenas à idéia de *proibição de arbítrio*: seria ofensivo à igualdade um tratamento diferenciado que se mostrasse arbitrário, sem correlação lógica entre o critério escolhido e o tratamento confeccionado pela norma. Mais do que isto, o princípio em tela deve impor a busca por uma tributação justa e não apenas não-arbitrária.

Nesta trilha, para muitos, a isonomia tem como desdobramento lógico o princípio da capacidade contributiva, uma vez que a tributação deve atingir todos aqueles que possuem condições financeiras para arcar com as despesas públicas, mas sempre de acordo com a capacidade contributiva de cada um. Em suma, *deve pagar mais quem tem mais condições e pagar menos quem tem menos condições para tanto*.

Entretanto, não podemos tornar a capacidade contributiva um critério absoluto e exclusivo para o manejo da tributação. Porque, em muitas situações, o ordenamento jurídico não só autoriza como, também, impõe uma tributação diferenciada à luz de outros critérios. Basta lembrarmos da tributação extrafiscal, com o intuito de obter do contribuinte uma determinada conduta (comissão ou por omissão). É certo que qualquer modalidade de tributação não poderá aniquilar o *mínimo vital* e tornar-se similar a um *confisco*, mas na extrafiscalidade o ordenamento possibilita que o Poder Público trabalhe com níveis um pouco mais elevados de tributação com o intuito de forçar o contribuinte a comportar-se de certo modo. O importante, porém, é considerar que, neste caso, a tributação, ainda que não atinja patamares confiscatórios, será diferenciada a partir de outro critério que não a capacidade contributiva de forma exclusiva³⁸.

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

Há, na letra “a” do inc. III do art. 150 da CF/88, a previsão da parte mais robusta do princípio da irretroatividade tributária. Não a única, porém. É dizer, tal princípio não se reduz a este dispositivo constitucional.

³⁷ *Ibidem*, p. 21.

³⁸ Estamos, aqui, mencionando a *capacidade contributiva relativa*, pois a *capacidade contributiva objetiva* sempre deverá ser respeitada, enquanto determinação para que o legislador escolha como fatos tributáveis apenas fatos economicamente relevantes.

Mesmo assim, é importante ressaltar que o dispositivo em comento projeta uma norma constitucional que não possui qualquer exceção. É dizer, não há autorização constitucional de espécie alguma para que ato normativo que institua ou aumente qualquer tributo possa incidir sobre fatos ocorridos antes do início da sua vigência. Nem mesmo o ato normativo que, pretensiosamente, apresente-se como tendo natureza interpretativa³⁹.

Impõe observar que a proibição de irretroatividade para normas instituidoras ou majoradoras de tributos somente tem sentido para aquelas situações em que não se aplica o princípio da anterioridade em quaisquer de suas modalidades. Afinal, se um tributo não é exceção a este princípio, então, a norma que o institua ou que o aumente sequer poderá produzir efeitos na data em que for publicada ou que entrar em vigor; quanto mais será lícito cogitar-se de eventual incidência retroativa.

Todavia, como anunciamos acima, o princípio da irretroatividade tributária é mais amplo que esse comando constitucional, pois serve como um instrumento poderosíssimo de *proteção da confiança legítima do cidadão em relação a todo e qualquer ato do poder público*. Tem por finalidade evitar que alterações mais onerosas para o cidadão no regramento das relações tributárias sejam aplicáveis retroativamente. Neste sentido, sua aplicação amplia-se para atos do Poder Executivo⁴⁰ e, em certas situações, do próprio Poder Judiciário⁴¹.

Neste caso, é importante frisar que o princípio da irretroatividade não se aplica se a posterior lei tributária punitiva for mais branda, seja porque se tem previsão no art. 106, II do CTN, seja porque, não fosse assim, estaríamos diante de um *non sense* jurídico.

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

No inciso III, letras “b” e “c”, temos a previsão do princípio da anterioridade tributária. Sua configuração reclama, também, a análise do §1º do art. 150 infra e do §6º do art. 195.

³⁹ Sobre esta questão, veja-se: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Decadência e Prescrição* (Pesquisas Tributárias - Nova Série 13). São Paulo: RT, 2007. A matéria foi debatida amplamente no *Superior Tribunal de Justiça*, em razão da Lei Complementar nº 118/2005, que procurou restringir, com aplicação retroativa, o prazo de restituição dos tributos pagos indevidamente (AI nos EREsp 644736 / PE, Corte Especial, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU I de 27.08.2007, p. 170).

⁴⁰ É salutar mencionar, aqui, o art. 146 do CTN, que reconhece a necessidade de proteger a confiança do contribuinte em relação aos atos do poder público.

⁴¹ Menciona-se, aqui, especificamente da questão dos efeitos *ex tunc* das decisões judiciais que analisam a constitucionalidade de atos do poder público. Sabe-se que a regra geral é a irretroatividade, mas que, excepcionalmente, o Poder Judiciário pode adotar os efeitos *ex nunc*. Veja-se o nosso: FISCHER, Octavio Campos. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Trata-se, como bem asseverou *Roque Antônio Carrazza*, de um *corolário lógico* da segurança jurídica⁴². Bem se diga que a própria existência do direito tem por fundamento conferir estabilidade e segurança às relações sociais. “A existência de uma ordem jurídica é já por si uma garantia de segurança”, ensina-nos *César García Novoa*⁴³. Mas, no âmbito da tributação, onde até mesmo “o passado é incerto”⁴⁴, a norma da anterioridade, com a legalidade e a irretroatividade, funcionam como o “tripé da segurança” para tentar frear a volúpia fiscal do poder público.

Mesmo assim, em certas ocasiões, a anterioridade não vem conseguindo alcançar este seu intento. Tornou-se costume no Brasil instituir ou majorar tributos no apagar das luzes de um ano, para exigí-los logo no início do ano seguinte. A doutrina bem que tentou separar “publicação” e “circulação” para defender que não basta a veiculação da lei no Diário Oficial, sendo necessária a efetiva circulação deste para que a sociedade possa tomar conhecimento das inovações normativas. Não houve êxito nesta empreitada, porém⁴⁵.

Uma outra forma totalmente questionável de interpretação da norma da anterioridade toma o art. 150, VI, “b” da CF/88 em sua literalidade. Equivocadamente, entendem alguns poucos que o que está vedada é a cobrança do tributo no mesmo ano, mas não a incidência da norma tributária. Haveria uma espécie de postergação do prazo de pagamento do tributo. Justamente porque referido dispositivo estabelece que é “vedado cobrar” e não que é “vedado incidir” no mesmo exercício financeiro.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior lembrou que esta discussão foi travada no *Supremo Tribunal Federal*, quando o Min. *Sepúlveda Pertence* opôs-se “ao entendimento de que a anterioridade requerida constitucionalmente estabeleça não mais que um prazo de co-

⁴² CARRAZZA Roque Antônio, *Curso de direito constitucional tributário*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178.

⁴³ NOVOA GARCIA César, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 22.

⁴⁴ Ao tratar de segurança jurídica, Marcello Cerqueira menciona que um Professor do Departamento de Ciência Política da UnB desabafou: “Não dá para arriscar num país onde até o passado é incerto” (Recado ao tempo: democracia e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes [coord.]. *Constituição e segurança jurídica: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, p. 31).

⁴⁵ O *Supremo Tribunal Federal* assim emitiu seu entendimento: “Não tem razão a agravante quanto à data da entrada em vigor da Lei em causa, porquanto ela ocorre com sua publicação, e esta se deu à noite do dia 31 de dezembro de 1991 quando o Diário Oficial foi posto à disposição do público, ainda que a remessa dos seus exemplares aos assinantes só se tenha efetivado no dia 02 de janeiro de 1992, pois publicação não se confunde com distribuição para assinantes. Assim, os princípios da anterioridade e da irretroatividade foram observados” (AI-AgR 282522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU I de 31.08.2001, p. 38). É claro que, em última instância, com essa pretendida distinção não se teria uma conclusão razoável a respeito de uma data limite para que a tributação pudesse ser aceita em função da anterioridade. Afinal, se o Poder Público conseguisse fazer “circular” o Diário Oficial Brasil afora em 29 de dezembro ainda assim continuaria desprestigiada a segurança jurídica.

brança e pagamento, o que anularia o sentido mais profundo do princípio da não-surpresa⁴⁶⁻⁴⁷.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 42/2003, a norma da anterioridade passou por uma importante reestruturação⁴⁸. Antes dela, alguns tributos observavam a anterioridade geral (art. 150, III, “b”), as contribuições da seguridade social obedeciam à anterioridade especial (art. 195, §6º) e alguns impostos não precisavam observar qualquer prazo (art. 150, §1º)⁴⁹.

⁴⁶ Anterioridade e irretroatividade no campo tributário. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 65, São Paulo: Dialética, p. 124, 2001.

⁴⁷ Bem por isto, em outro estudo sustentamos que, “mais do que segurança, a regra da anterioridade deve ser considerada como uma extensão do princípio da moralidade. É dizer, se o Poder Público tem o dever (jurídico) moral de tratar os contribuintes de forma ética, não basta que a anterioridade seja respeitada sob um perspectiva formal, em que se autoriza a inovação normativa onerosa até o último dia de um exercício financeiro. A anterioridade material, que revela um forte conteúdo moral, está a exigir do Poder Público que informe com clareza, honestidade e antecipação os seus propósitos legislativos. Mesmo em relação àqueles tributos em que não se faz necessário obedecer a qualquer prazo de anterioridade, o Poder Público poderia, então, conferir ao contribuinte uma maior tranquilidade para organizar as suas atividades se, espontaneamente, informasse com uma antecedência razoável sua pretensão de mudar a forma de tributação. Pensamos que o Poder Público poderia deixar para utilizar a faculdade de aumentar ou criar tributos sem observar o art. 150, III, ‘b’ da CF/88, somente nos casos de extrema necessidade; demonstrando, ademais, à sociedade que assim agiu em razão de não ter outra opção” (A regra da anterioridade e a Emenda Constitucional nº 42/03. In: SARAIVA Filho, Oswaldo Othon de Pontes [org.]. *Reforma tributária: Emendas Constitucionais nº 41 e nº 42, de 2003 e nº 44, de 2004*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004).

⁴⁸ Em relação às medidas provisórias, houve uma pequena alteração com a EC nº 32/2001. Até então, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que o prazo de anterioridade é contado da edição da primeira medida provisória. Com o novo §2º do art. 62 da CF/88, que, antes de tudo, se mostra inconstitucional por sacramentar o uso deste instituto em matéria tributária, “§2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”. Certamente, uma melhor redação seria: “Medida provisória que implique instituição ou majoração do IR, do ITR e dos impostos estaduais e municipais, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”. Se lermos com atenção esse dispositivo, chegaremos à conclusão de que se criou uma espécie de medida provisória que nunca produzirá efeitos, que não passa de um projeto de lei, pois ela somente estará autorizada a incidir quando for convertida em lei. Todavia, aí já não será medida provisória, mas, sim, lei. Portanto, a rigor, esse §2º proibiu a utilização de medida provisória para instituir e aumentar IR, ITR e impostos estaduais e municipais.

⁴⁹ É importante registrar que não concordamos com a orientação de parte da doutrina, no sentido de que, também, o empréstimo compulsório do art. 148, I da CF/88, seria uma exceção à anterioridade. Isto porque, em direito público, a exceção deve ser expressa. Não aceitamos que uma limitação ao poder de tributar possa ser excepcionada com base no raciocínio de que se o art. 148 determinou a observância à anterioridade para o seu inciso II, mas nada mencionou em relação ao inciso I, então em relação a este a mesma não precisa ser respeitada. Em nosso entendimento, o que se tem no inciso II é um excesso de linguagem, não significando uma exclusão indireta da anterioridade em relação ao inciso I. Do contrário, teríamos que chegar à conclusão de que o inciso II apenas deverá obedecer à legalidade (lei complementar) e à anterioridade, mas não à capacidade contributiva, à isonomia, à proibição de confisco, etc. Afinal, nesse dispositivo não há menção alguma em relação tais princípios, mas somente à anterioridade e à legalidade. Também, não nos convence o fato de que o empréstimo compulsório do inciso I, naturalmente, deve estar fora do campo da anterioridade, na medida em que é destinado a questões emergenciais, como é o caso de guerra externa ou sua iminência. É que, se fosse por este motivo, o empréstimo compulsório do inciso II, também, não deveria atender à anterioridade, já que se destina a investimento público urgente.

Com a alteração do art. 150, III e de seu §1º da CF/88, assim passou a restar configurada a anterioridade:

- (a) Há tributos que não precisam se submeter a qualquer prazo de anterioridade: art. 148, I⁵⁰; art. 153, I, II, V e art. 154, II;
- (b) Há os que se submetem à anterioridade nonagesimal, por força não só do art. 195, §6º, mas, também, da nova redação do §1º do art. 150: Contribuições da Seguridade Social, IPI, CIDE Combustíveis (art. 177, §4º) e ICMS (art. 155, §4º, IV, “c”)⁵¹;
- (c) Outros somente devem observar a alínea “b”, inc. III do art. 150: Imposto de Renda e, em relação ao IPVA e ao IPTU, quanto à fixação de sua base de cálculo.
- (d) Enfim, os demais tributos devem observar as alíneas “b” e “c”, inc. III do art. 150 (ITR, IGF, imposto residual do art. 154, I, impostos estaduais e municipais – exceção feita à questão da base de cálculo do IPVA e do IPTU -, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais – exceção feita às contribuições para a seguridade social -, empréstimos compulsórios – inclusive, em nosso entender, o contido no art. 148, I).

Estas alterações demonstram uma nobre intenção do Poder Constituinte Derivado em preservar a segurança jurídica. Ocorre que, ao procurar aperfeiçoar a norma da anterioridade, a redação estampada na EC 42/2003 abriu as portas para provocar uma nova discussão a respeito de como devem ser conjugadas as alíneas “b” e “c” do art. 150, III da CF/88.

Mas, o *Supremo Tribunal Federal*, no julgamento da ADIN 3.694-7, já deixou clara a sua orientação:

“Uma vez que o caso trata-se de taxas, devem observar-se as limitações constitucionais ao poder de tributar, dentre essas a prevista no art. 150, III, c, com a redação dada pela EC 42/03 – prazo nonagesimal para que a lei tributária se torne eficaz”.

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação direta, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 47, da L. est. 959, do Estado do Amapá, e declarar que, apesar de estar em vigor a partir de 1º de janeiro de 2005 [sic], a eficácia dessa

⁵⁰ Neste ponto, é de duvidosa validade a autorização conferida pela EC 42/2003.

⁵¹ Interessante deixar consignado que, talvez por um equívoco na tramitação da Emenda Constitucional nº 42/03, o IPI deixou de ser exceção à anterioridade para se submeter à regra nonagesimal. O mesmo se passou com a CIDE Combustíveis (art. 177, §4º) e o ICMS do art. 155, §4º, IV, “c”. Estes dois últimos, quando se trata do uso por parte do Executivo da competência de restabelecer a sua alíquota, faculdade esta conferida pela EC nº 33/01, mas que cuja inconstitucionalidade é flagrante, justamente porque se afrontou o princípio da anterioridade.

norma, em relação aos dispositivos que aumentam ou instituem novas custas e emolumentos, se iniciará somente após 90 dias da sua publicação: é o meu voto⁵².

Decidiu-se, portanto, que o Poder Público está autorizado a continuar editando, nos últimos dias de um exercício, leis para instituir ou majorar tributos e que tenham incidência já para o ano seguinte, sendo apenas necessário respeitar o prazo de noventa dias após a publicação da lei⁵³. Assim, por exemplo, se o ICMS for majorado em 31 de dezembro de 2007, a incidência poderá ocorrer em 2008, mas somente após transcorridos noventa dias da data da publicação da lei e não mais, como ocorria antes da EC 42/03, em 01 de janeiro de 2008⁵⁴.

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

O princípio da proibição de utilização de tributo com efeito de confisco é um princípio limite. Busca-se, com ele, evitar que a tributação seja tão elevada que implique situação similar a do efeito de um confisco, qual seja, o aniquilamento da riqueza do cidadão⁵⁵. Por aí já se vê que se trata de um princípio de difícil aplicação. Não se sabe, de

⁵² ADIN 3.694-7, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU I de 6.11.2006, p. 30. Cumpre ressaltar que, por se tratar de uma decisão em ADIN e por força do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99, esse julgado produziu efeito vinculante, de forma que estamos diante de uma orientação que deve ser respeitada por todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

⁵³ Alguns respeitados doutrinadores sustentam mesma orientação. Veja-se: MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

⁵⁴ Porém, em nosso entendimento, a leitura mais adequada para o novo quadro constitucional da anterioridade está no sentido de que, para poder fazer incidir no próximo exercício financeiro, o tributo deve ser criado ou majorado até 90 (noventa) dias antes do término do exercício financeiro anterior. Assim, se uma lei aumenta o ICMS em 30 de novembro de 2004, sua incidência somente poderá ser considerada válida para o exercício de 2006 e não o de 2005. Apoiamo-nos, para tanto, nas profundas lições de *Roque Antônio Carrazza*, para quem o contribuinte tem “o direito constitucional subjetivo de recolher tributos de conformidade com as leis vigentes até o dia 1º de outubro do exercício financeiro anterior (noventa e um dias antes do término do exercício financeiro). (...) Vindo ao encontro do nosso entendimento de que a norma especial que restringe (a veiculada no art. 165, § 6º, da CF) não pode ter um alcance mais favorável do que a norma geral, que beneficia (a veiculada no art. 150, III, “b”, da CF), a EC n. 42/2003, houve por bem acrescentar uma alínea “c”, a este dispositivo” (*Curso de direito constitucional tributário*. *Op. cit.*, p. 183 e 184). O motivo pelo qual não adotamos a interpretação esposada pelo *Supremo Tribunal Federal* está em que ela faz com que a anterioridade geral seja equiparada à anterioridade mitigada/nonagesimal (art. 195, §6º da CF/88). Desta forma, a regra geral continua a ser equiparada à sua exceção! Ademais, por outro lado, pense-se no transtorno que esta leitura poderá trazer para a sua aplicação nos tributos como o IR e o IPTU, os quais, para alguns setores doutrinários, têm fato jurídico tributário que não é do tipo “fato instantâneo”. Afinal, se uma lei aumenta a alíquota do IPTU em 31 de dezembro de 2007, como é que será calculado o imposto devido para o ano de 2008? Será que a aplicação das alíquotas deverá ser fracionada na proporção dos dias do ano em que a sua legislação produziu efeitos? Certamente, estas específicas questões deverão ser enfrentadas com muita perspicácia e cautela pelo Poder Judiciário.

⁵⁵ *Aliomar Baleeiro* lecionava, exemplarmente, que tributos confiscatórios são “os que absorvem parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem exercício de atividade lícita e moral” (*Op. cit.*, p. 564). Na mesma linha, *Sacha Calmon Navarro Coelho* sustenta ser confiscatório o tributo “Quando o montante do tributo é tal que consome a renda ou a propriedade, os proprietários perdem ou tendem a desfazer-se de seus bens” (*Curso de direito tributário brasileiro*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 278).

antemão, a partir de qual nível a tributação passa a ter efeito de confisco. Tem-se, portanto, um conceito indeterminado que reclama a utilização dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade⁵⁶.

Discordamos, porém, de doutrina que sustenta ser tal princípio inaplicável às tributações extrafiscais. Mesmo quando se tem um tributo indireto é plausível a sua incidência, se levarmos em consideração o binômio “essencialidade” x “disponibilidade”. Quanto mais essencial for determinado bem para o cidadão e quanto maior for a sua tributação, então maior será a probabilidade de termos um tributo com efeito de confisco. Portanto, em nosso entendimento, nenhuma tributação pode ter efeito de confisco.

Por outro lado, perante o Poder Judiciário, ainda que estejamos diante de um princípio de complexos contornos, o *Supremo Tribunal Federal* já o utilizou, em diversas oportunidades, para fundamentar suas decisões⁵⁷. Merece destaque o julgamento da ADIN-MC 2010, onde restou decidido que “A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar”⁵⁸.

Portanto, o efeito confiscatório do tributo pode ser medido (a) de forma abstrata ou concreta, bem como (b) de forma específica ou pela totalidade da carga tributária. Em quaisquer destas situações, sua constatação impede a cobrança do tributo.

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

Tem-se, aqui, uma forte derivação do princípio da liberdade⁵⁹. O tributo não pode ser usado como instrumento de cerceamento do direito constitucional de ir e vir. A exceção está na cobrança do pedágio. Mesmo assim, deixe-se bem claro, este não poderá ser exigido de tal forma que se configure como um obstáculo para cidadão exercer referido direito.

⁵⁶ Veja-se, sobre isto, DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 265.

⁵⁷ Uma ampla pesquisa foi desenvolvida em GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Sistema tribunal nacional na jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2002. É interessante destacar que o STF tem aplicado o princípio em questão, inclusive, na análise das multas tributárias (ADI-MC 551/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU I de 18.10.1991, p. 14548), chegando a decidir que o Poder Judiciário tem competência para reduzi-las (GODOI, Marciano Seabra de. *Op. cit.*, p. 292).

⁵⁸ ADI-MC 2010/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 30.09.1999, DJU I de 12.04.2002, p. 51.

⁵⁹ A Constituição de 1891 já prescrevia algo similar: “Art 11. É vedado aos Estados, como à União: §1º Criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República ou estrangeiros, e, bem assim, sobre os veículos de terra e água que os transportarem”.

Questionou-se já se tal dispositivo somente autorizaria a cobrança de pedágio como remuneração de serviços de conservação de vias prestados diretamente pelo próprio poder público. Assim, a atividade das concessionárias não possibilitaria a cobrança do pedágio. Entretanto, entendemos que o art. 175 da CF/88, é claro ao estabelecer que, mesmo em situações de concessão, a prestação de serviços públicos continua a ser feita pelo poder público, só que de maneira indireta.

Um outro ponto a ser discutido diz com a natureza do pedágio, se taxa ou tarifa. Certamente, trata-se de questão ainda em aberto, mas que, no âmbito doutrinário, caminha-se para a adoção da tese de que, se o serviço público for prestado através de concessionária, a remuneração tem natureza de tarifa⁶⁰.

VI - instituir impostos sobre:

O inciso VI do art. 150 da CF/88, contém as denominadas *imunidades tributárias*. Estão aí as mais consideradas e discutidas, mas há várias outras espalhadas pelo texto constitucional (por exemplo, §7º do art. 195).

Interessante mencionar de antemão que aqui estão imunidades que só são aplicáveis aos impostos, muitos embora existam aquelas que se aplicam a outros tributos (art. 149, § 2º, inc. I da CF/88).

O fundamento da previsão constitucional para as imunidades é matéria controversa. Fala-se em liberdade, capacidade contributiva e em outros valores. Antes de tudo, registre-se que se trata de decisão política do Constituinte e que, parece-nos, no caso da Constituição de 1988, não se pautou por uma lógica muito clara. Afinal, é de se perguntar a respeito dos motivos pelos quais os livros, periódicos e jornais são imunes e os alimentos não. Não que aqueles não devessem ser, mas estes, também, deveriam ter sido protegidos contra a tributação, em razão da sua essencialidade. O mesmo se diga das situações envolvendo o direito de saúde!

Ademais, devemos ter em mente que tais garantias não são privilégios a seus destinatários imediatos, àqueles que estão desobrigados de pagar os tributos imunes. Isto porque, em um Estado Democrático de Direito, não se admite a arbitrária estipulação de benefícios a certos segmentos da sociedade, já que, regra geral, todos que possuem capacidade contributiva devem, na medida desta, contribuir para a realização das tarefas constitucionais.

Neste quadro, a concessão de imunidades deve ser considerada como mais um instrumental para a concretização de valores fundamentais da sociedade e não como meio para a satisfação de interesses de uns poucos contribuintes. Assim, quando se estabelece que as operações com livros não devem ser tributadas através de impostos,

⁶⁰ Sobre o tema, veja-se a análise em: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 517 e ss.

não se pretende agraciar o mundo editorial e os comerciantes de tais produtos, para torná-los economicamente mais fortes. Imuniza-se as operações com livros para garantir, isto sim, o “exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação”⁶¹.

Sabemos todos que a imunidade tributária é instituto constitucional. Trata-se, como leciona *Ives Gandra da Silva Martins*, de uma “vedação absoluta ao poder de tributar nos limites traçados pela Constituição”⁶². Bem por isto não se confunde com a isenção⁶³. Enquanto a imunidade se encontra no plano constitucional e relaciona-se com a norma de competência, a isenção é criada por norma infraconstitucional e atinge a regra-matriz de incidência tributária, mutilando-a parcialmente. Mais, a imunidade é uma imposição constitucional ao ente tributante, enquanto a isenção é uma concessão, uma liberalidade deste, dentro de parâmetros jurídicos. Desta forma, aquela não pode ser revogada – até mesmo por Emenda Constitucional – enquanto a isenção, a princípio⁶⁴, pode.

É de ser notado que as imunidades trabalham na configuração da norma de competência sob duas perspectivas: uma formal e, outra, material. Formalmente, porque auxiliam na construção das fronteiras da tributação⁶⁵. Materialmente, porque recheiam o texto constitucional de valores fundamentais que uma sociedade quer proteger e realizar. Assim, se estamos em um Estado Liberal, onde todos são iguais *perante a lei*, a legitimação da imunidade pode ser obtida da idéia de que somente teria sentido evitar a tributação sobre aqueles membros da sociedade que não têm condições econômicas para colaborar com os gastos do poder público. A imunidade seria uma espécie de instrumento de identificação, realização e proteção do princípio da capacidade contributiva, sendo que qualquer outra motivação para a concessão de direito à imunidade seria inconstitucional por conceder, em verdade, um privilégio descabido.

⁶¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal, RE nº 221239/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 06.08.04, p. 61.

⁶² Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imunidades tributárias* (pesquisas tributárias – nova série, n. 4). São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, p. 31, 1998.

⁶³ Veja-se o brilhante raciocínio de CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 187-188.

⁶⁴ A princípio, porque há a questão da revogação das isenções por prazo certo e condicionadas, nos termos do art. 178 do CTN: “A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”.

⁶⁵ Corretamente, *Misabel Derzi* leciona que a “imunidade é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária) que estabelece a não-competência das pessoas políticas da federação para tributar certos fatos e situações”, isto é, “que estabelece a incompetência” (Atualização da obra: BALEEIRO, Aliomar. *Op. cit.*, p. 228).

Já, em um Estado Democrático de Direito, como o instaurado em nível normativo pela Constituição de 1988, há a possibilidade de existência de imunidades tributárias que têm por fundamento valores diversos do que a (ausência de) capacidade contributiva. A imunidade passa, assim, a ser encarada como um importante instrumento de concretização de vários outros valores relevantes, como a educação, a cultura, a dignidade do ser humano, etc.

a) *patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;*

Na alínea “a” do inc. VI do art. 150 da CF/88, temos a conhecida *imunidade recíproca*, que impede os entes federativos de exigirem impostos uns dos outros. Sua origem remonta a Constituição de 1891⁶⁶, sob nítida influência do federalismo norte-americano, como bem leciona *Aliomar Baleeiro*⁶⁷.

Várias são as questões que podem ser enfrentadas neste ponto. De um modo geral, a doutrina sustenta que a base da Imunidade Recíproca encontra-se na idéia de Federação⁶⁸. Só há autonomia dos entes federativos se estes não tributarem o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros. Afinal, a tributação da renda ou do patrimônio de um Estado pela União, certamente, implicará em diminuição de sua autonomia financeira. Assim, a ligação entre federação e *imunidade recíproca* é tão forte que muitos não hesitam em dizer que, mesmo diante de eventual ausência desta do texto constitucional, aquele princípio, por si só, seria suficiente para impedir a tributação entre os entes federativos.

Após a de 1891, as demais Constituições brasileiras mantiveram a *imunidade recíproca*⁶⁹. Uma importante alteração deu-se com a Constituição de 1946, que a reduziu aos impostos⁷⁰, o que foi mantido posteriormente, inclusive pela atual Carta Magna.

⁶⁶ Art. 10: “É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente”.

⁶⁷ Veja-se o pensamento desse renomado jurista sobre a evolução do instituto nos EUA e a cautela na aplicação ao direito brasileiro (*Op. cit.*, p. 241 e ss.).

⁶⁸ Federação implica, também, isonomia entre os entes que dela fazem parte, o que impede uma tributação entre os mesmos. Por outro lado, há aqueles que sustentam que a imunidade recíproca deriva da ausência de capacidade contributiva dos entes federativos. Porém, não nos parece adequada esta linha de raciocínio, na medida em que é visível a capacidade de contribuir destes quando realizem “fatos signos presuntivos de riqueza”.

⁶⁹ Na Constituição de 1934, o art 17 estabelecia que “Art. 17. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) X - tributar bens, rendas e serviços uns dos outros, estendendo-se a mesma proibição às concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão. Parágrafo único - A proibição constante do nº X não impede a cobrança de taxas remuneratórias devidas pelos concessionários de serviços públicos”. A Constituição de 1937, no seu art. 32, “c” e parágrafo único, prescrevia que: “Art 32. É vedado à União, aos Estados e aos Municípios: (...) c) tributar bens, rendas e serviços uns dos outros. Parágrafo único - Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada, no interesse comum, por lei especial”.

⁷⁰ “Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: (...) V - lançar *impostos* sobre: a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo. (...) Parágrafo único - Os serviços, públicos concedidos, não

Esta redução é que torna problemática a idéia de que a imunidade em tela sequer precisa estar prevista expressamente na Constituição, por se tratar de uma derivação inerente e lógica do princípio federativo. Isto porque, através de uma interpretação literal, grande parte da doutrina entende que os entes federativos podem exigir uns dos outros empréstimos compulsórios, contribuições, taxas e contribuição de melhoria, já que não são da mesma espécie que o imposto. Justamente por este motivo é que alguns defendem ser válida a incidência da Contribuição ao PASEP⁷¹.

De nossa parte, sendo a *imunidade recíproca* uma decorrência necessária do princípio federativo, devemos superar a literalidade do dispositivo em comento e concluir que nenhum tributo (e não somente o imposto) pode ser exigido pelos entes tributantes uns dos outros.

Esta orientação pode ficar ainda mais clara se considerarmos que, em verdade, a *imunidade recíproca* não é apenas uma norma de proteção dos entes federativos, mas, antes de tudo, do próprio cidadão. Emblemático, neste sentido, é o posicionamento de tal instituto no art. 150 da CF/88, que enuncia as garantias do contribuinte. Esta parece ser a chave para uma completa compreensão do problema que se põe. Assim, podemos dizer que não se admite a tributação entre os entes federativos para que a atividade estatal não venha a ter um custo mais elevado para o cidadão.

Em última instância, antes de preservar a Federação, a *imunidade recíproca* é uma forma de proteção da liberdade do cidadão. Mesmo porque, o princípio federativo não pode ser visto como um fim em si. “Com certeza”, leciona *Misabel Derzi*, “o princípio federal serve à democracia social”⁷², sendo “Garantia adicional da liberdade e da democracia”⁷³, porque, dentre outros motivos, dilui o poder no território. E a imunidade é uma outra forma de minar e diluir o poder.

Neste tópico, importante mencionar ainda, dentre outras várias questões, o tema da imunidade dos Estados estrangeiros. Uma superficial pesquisa na jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal* pode levar à conclusão de que tais pessoas políticas são imunes aos tributos brasileiros. O tema é extremamente complexo, envolvendo a análise de preceitos das Convenções de Viena de 1961 e 1963. Mas, a orientação do Excelso Pretório é no sentido de que

gozam de isenção tributária, salvo quando estabelecida pelo Poder competente ou quando a União a instituir, em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum”.

⁷¹ Neste sentido, aliás, é a orientação do *Supremo Tribunal Federal* (ACO 471/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU I de 25.04.2003, p. 31).

⁷² Tratado de direito tributário contemporâneo: dos princípios gerais do direito tributário. In: *Revista de Direito Tributário*, nº 83, São Paulo: Malheiros, s/d, p. 49.

⁷³ *Ibidem*, p. 51.

existe uma *imunidade de jurisdição*, a qual, juridicamente, não deve ser confundida com uma *imunidade tributária*⁷⁴⁻⁷⁵. Todavia, ao cabo, os resultados serão bastante próximos.

Com efeito, a atual linha de decisão do *Supremo Tribunal Federal* é no sentido de que a *imunidade de jurisdição* continua a ser vista de forma absoluta⁷⁶. O que se passa diante disto é que os entes federativos têm dificuldade de obter em juízo o pagamento dos tributos devidos pelos Estados estrangeiros em território brasileiro.

b) templos de qualquer culto;

Ao contrário do que a literalidade desta alínea “b” pode indicar, a *imunidade religiosa* não abrange somente o local onde são desenvolvidas as atividades religiosas, isto é, os templos e similares.

Em verdade, encontra-se protegida contra a tributação a própria instituição religiosa, no que se refere ao seu patrimônio, renda e serviços, desde que relacionados com as suas finalidades essenciais. Não sendo assim, não seria possível interpretar o §4º do mesmo art. 150, já que, por óbvio, os templos não têm patrimônio, renda, nem prestam serviços⁷⁷!

⁷⁴ Para uma outra linha de raciocínio, confira-se o importante estudo: SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Teoria e prática das isenções tributárias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68-71.

⁷⁵ Em sentido contrário, sustentando o caráter de imunidade, ver: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. V. III: os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 316-320.

⁷⁶ ACO-AgR 633/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, por maioria, DJe nº 42, Divulgação: 21.06.2007. Neste julgamento, o Ministro *Celso de Mello* apresentou forte divergência. Asseverou que a *imunidade de jurisdição* tem forma dúplice, enquanto *imunidade de jurisdição cognitiva* e *imunidade de jurisdição executiva*. Quanto à primeira, lembrou que o *STF* já havia abandonado a perspectiva absoluta para abraçar a *teoria da imunidade jurisdicional relativa*, especialmente em razão de questões trabalhistas. Assim, citou o precedente do AI nº 139.671/DF, no qual se assentou que essa teoria “objetiva institucionalizar solução jurídica que concilie o postulado básico da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro com a necessidade de fazer prevalecer, por decisão do Tribunal do foro, o legítimo direito do particular ao ressarcimento dos prejuízos que venha a sofrer em decorrência de comportamento imputável a agentes diplomáticos, que, agindo ilícitamente, tenham atuado *more privatorum* em nome do País que representam perante o Estado acreditado (o Brasil, no caso). Não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional, o ônus de litigarem, em torno de questões meramente laborais, mercantis, empresariais ou civis, perante tribunais alienígenas, desde que o fato gerador da controvérsia judicial - necessariamente estranho ao específico domínio dos *acta jure imperii* - tenha decorrido da estrita atuação *more privatorum* do Estado estrangeiro” (AI-AgR 139671/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU I de 29.03.1996, p. 9348). Por outro lado, o Min. *Celso de Mello* reconheceu que o *STF* continua a entender a *imunidade de execução* de forma mais abrangente, relativizando-a somente em duas situações: (a) renúncia, “por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RTJ 167/761, Rel. Min. Ilmar Galvão – ACO 543/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)” ou (b) “de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso país”. Ademais, o Min. *Celso de Mello* referiu-se à questão da *cláusula de reciprocidade*, como requisito para a *garantia da intributabilidade*, constante das Convenções de Viena de 1961 e 1963. Todas estas questões levantadas, porém, somente foram adotadas pela minoria dos integrantes do *STF* (Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski).

⁷⁷ RE 325822/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, DJU I 14.05.2004, p. 33 e AI-AgR-AgR 389602/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 15.04.2005, p. 30.

Ainda, há que se mencionar a importante questão, derivada da idéia de *tolerância religiosa*, referente à expressão *qualquer culto*. A imunidade em tela trabalha para realizar e proteger o *princípio de liberdade de crença*. Assim, por mais céticos e críticos que alguns possam ser em relação a determinadas atividades religiosas, a Constituição não admite uma postura de intolerância e exige a aceitação social de todas elas, inclusive para fins de imunidade. Certamente que não estamos a abarcar aquelas atividades de cunho criminoso, pois, nestes casos, sequer é possível considerarmos a questão da não tributação, já que, antes, o que estará em jogo é a própria licitude do culto desenvolvido.

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

A imunidade da letra “c” do inciso VI do art. 150, prevê o que a doutrina denomina de *imunidade condicionada*, pois as instituições nela mencionadas somente estarão protegidas da tributação se observados certos requisitos.

O primeiro deles é não ter fim lucrativo. Não significa que referidas instituições não possam ter lucro. Muito pelo contrário. Qualquer atividade econômica, para a sua própria sobrevivência, deve, em maior ou menor medida, obter lucros, no sentido de renda. O que não se admite, porém, é que o lucro seja distribuído entre os membros dessas instituições.

Polêmica ainda pode ser encontrada no que diz respeito à natureza da lei com competência para estabelecer os demais requisitos. Uma vez que o dispositivo em comento apenas menciona *lei*, alguns doutrinadores entendem que se trata de lei ordinária, na medida em que a somente é possível falar em lei complementar quando a Constituição expressamente se refere a ela.

Entretanto, esta não parece ser a postura mais adequada, pois se encontra presa a uma interpretação literal do comando em tela. Ora, as normas constitucionais, como de resto qualquer norma, não devem ser interpretadas isoladamente. Invocando-se o método sistemático, iremos nos deparar com o contido no art. 146, II, CF, que determina ser competência de lei complementar a regulamentação das limitações ao poder de tributar. Por conseqüência, não pode lei ordinária regular as imunidades⁷⁸.

⁷⁸ No volume 4 da nova série Pesquisas Tributárias, *Ives Gandra da Silva Martins* coordenou discussões em torno das imunidades tributárias. Uma das questões era justamente a de saber que tipo de lei deve ser utilizada em tal situação. Dos mais de 40 autores, apenas 2 – *Carlos Valder do Nascimento* e *Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho* – defenderam a possibilidade de utilização de lei ordinária (MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. *Imunidades tributária [pesquisas tributárias – nova série, n. 4]*. São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, 1998).

Portanto, deve-se ter claro que o art. 150, VI, “c” da CF/88, não contém uma exceção à regra de que somente será exigível lei complementar quando a Constituição assim expressamente determinar, pois, a rigor, esta determinação existe no mencionado art. 146, II.

De qualquer forma, necessário se faz termos um cuidado especial para evitar que o Poder Público, a pretexto de estipular os *requisitos legais*, venha a comprometer a própria imunidade. Assim, mais do que saber se há ou não uma *reserva de lei complementar*, devemos estar atentos para o fato de que não se pode estabelecer requisitos aleatoriamente, em desacordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade⁷⁹. Afinal, (i) se a imunidade é uma garantia individual de não tributação, caracterizando-se, assim, (ii) como cláusula pétrea e (iii) que não pode ser ceifada sequer por Emenda Constitucional, então resta claro que o legislador infraconstitucional não pode promover uma regulamentação que, ao final, leve à sua indevida restrição, tornando inviável a sua fruição.

É fato que existem cidadãos que procuram utilizar direitos e garantias constitucionais – como a imunidade – de forma abusiva, para fins de sonegação e lavagem de dinheiro. Frequentes, neste sentido, são as notícias de há que instituições “de fachada” (popularmente conhecidas como *pilantrópicas*), que servem apenas para encobrir atividades ilícitas de determinadas pessoas. Todavia, não se pode fazer tábua rasa da Constituição com a justificativa de evitar que ocorram tais situações. *Os fins não justificam os meios!*

Por outro lado, a definição de que somente lei complementar pode regular o art. 150, VI, “c” da CF/88, não soluciona toda a questão. Bem percebeu a doutrina que há espaço para a utilização de lei ordinária quando se está diante da regulamentação da forma como deve ser constituída determinada pessoa jurídica. É o que ocorre, por exemplo, com o atual Código Civil, quando estipula a forma de constituição das associações (art. 53 e ss.).

Todavia, ao partir desta distinção, o *Supremo Tribunal Federal* firmou uma orientação bastante tormentosa quando do julgamento da ADIN nº 1802/MC. Estava em jogo

⁷⁹ Aliás, tais princípios devem ser vistos como mais um instrumento para limitar o Poder Público e não como um mecanismo para facilitar as investidas deste contra a sociedade. Bem por isto, leciona *Helenilson Cunha Pontes* que “a proporcionalidade apresenta duas dimensões, complementares entre si. Uma dimensão de princípio geral de vedação do arbítrio estatal, e outra de concretização prática dos diferentes direitos, interesses e garantias constitucionais. Como cláusula geral anti-arbítrio, o princípio da proporcionalidade exerce, em relação ao Estado, uma função negativa ou de proteção. Tomado nesta dimensão, o princípio da proporcionalidade constitui verdadeira norma de bloqueio, isto é, comando jurídico no qual se sobressai a função de proteção do indivíduo contra medidas estatais arbitrárias. Na segunda dimensão, a proporcionalidade consubstancia um instrumento de concretização ótima das pretensões constitucionais que aparentemente possam apresentar-se contraditórias. Assim concebido, o princípio da proporcionalidade desempenha notável função positiva de afirmação da normatividade dos comandos constitucionais” (*O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 57).

a validade das alterações promovidas, dentre outros dispositivos, pelo art. 12, especialmente seu §2º da Lei nº 9.532/97⁸⁰.

O *Supremo Tribunal Federal* decidiu que, desse §2º, apenas a alínea “f” deveria ter sido regulada por lei complementar, pois as demais alíneas referem-se à forma de constituição e funcionamento das instituições imunes⁸¹.

Na doutrina, porém, a tendência é de considerar inconstitucionais por completo o art. 12 da Lei nº 9.532/97, já que se trata de lei ordinária⁸². Comungamos deste entendimento, por certo. Nossa orientação diverge da esposada pelo *Supremo Tribunal Federal*, mas não

⁸⁰ “Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea „c”, da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos. (...) § 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos: a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados; b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais; c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão; d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial; e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal; f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes; g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público; h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo”.

⁸¹ “EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: Confederação Nacional de Saúde: qualificação reconhecida, uma vez adaptados os seus estatutos ao molde legal das confederações sindicais; pertinência temática concorrente no caso, uma vez que a categoria econômica representada pela autora abrange entidades de fins não lucrativos, pois sua característica não é a ausência de atividade econômica, mas o fato de não destinarem os seus resultados positivos à distribuição de lucros. II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): „instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida. 1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar. 2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal argüida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parág. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada. 3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientelas restritas e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja delibação não é necessária à decisão cautelar da ação direta” (ADI 1802 MC/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 27/08/1998, publicação no DJU I de 13.02.2004, p. 10).

⁸² ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 225.

excluímos a possibilidade de utilização de lei ordinária para a estruturação, constituição e funcionamento das pessoas jurídicas mencionadas no art. 150, VI, “c”. É que, em nosso entendimento, o *Supremo Tribunal Federal*, no julgamento da medida cautelar na referida ADIN, aplicou de forma equivocada a supracitada distinção ao previsto no §2º do art. 12 da Lei n.º 9.532/97.

De fato, quando o art. 150, VI, “c” da CF/88, estipula que as instituições nele mencionadas que queiram ser imunes devem obedecer a requisitos de lei, qualquer requisito que influencie no gozo desta imunidade, mesmo que diga com a estruturação da instituição, somente pode ser estipulado por lei complementar, a teor do referido art. 146, II.

É dizer, se o Poder Público quiser condicionar a fruição da imunidade em tela às instituições que tenham determinada estruturação ou constituição e funcionamento, deve se utilizar de lei complementar, porque isto significa regular (indiretamente) a própria imunidade.

Neste sentido, *Marco Aurélio Greco* bem captou a questão, ao lecionar que “a fixação de condições para a fruição da imunidade, bem como a enumeração de requisitos para a qualificação das entidades de modo a serem consideradas beneficiadas pela limitação, implica regular suas hipóteses de incidência e as pessoas por ela alcançadas (alcançe objetivo e subjetivo do pressuposto da imunidade), o que implica regular a própria limitação, o que é privativo da lei complementar”⁸³.

Assim, entendemos que pode haver espaço para a lei ordinária, desde que a mesma não seja utilizada para condicionar a fruição da imunidade, porque neste caso tem-se competência de lei complementar.

Entretanto, o equívoco que constatamos na referida decisão do *Supremo Tribunal Federal* não repousa somente no entendimento do que seja matéria de lei ordinária e do que seja de lei complementar no contido no §2º do art. 12 da Lei nº 9.532/97. Afinal, parece-nos claro que nenhum dos requisitos aí tratados diz com a constituição e o funcionamento das instituições de educação e de assistência social. Ora, não há sentido em dizer que uma instituição de educação, para ser constituída, não pode remunerar seus dirigentes! Não há sentido em dizer que uma instituição de educação, para ser constituída, deve aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais!

Antes de tudo, constatamos que a decisão em tela é inequivocadamente *contra legem*, simplesmente porque o próprio §2º supracitado é taxativo ao dispor que a matéria ali contida relaciona-se, não com a constituição das instituições de educação ou de assistência social, mas, com o gozo da imunidade. Isto é, a própria lei está reconhecendo que inseriu novos requisitos para a fruição da imunidade e não para a constituição e estrutu-

⁸³ Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). *Imunidades tributárias*, op. cit., p. 717.

ração de uma pessoa jurídica: *Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos: (...)*. Com isto, podemos concluir que o e. *Supremo Tribunal Federal* realizou distinção onde a própria lei não deixou margem para tanto, sendo necessária uma nova análise desta matéria, quando do julgamento definitivo da ADIN 1802/DF.

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

O advento de novas tecnologias, formatos e materiais para veicular o pensamento humano vem provocando fortes discussões a respeito da imunidade dos *livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão*.

Não estamos a falar somente da possibilidade de extensão dessa imunidade aos chamados livros eletrônicos e virtuais. Antes, estamos a mencionar que sequer temos condições de oferecer um conceito mínimo e seguro para alguns desses objetos sob a sua perspectiva tradicional. É dizer, muitos são aqueles que imaginam ter claro e inquestionável o que entendem por livro. Todavia, lamentamos em dizer que estamos diante de objetos cuja conceituação é extremamente difícil. Tomemos o exemplo do livro. O que é preciso para caracterizar um objeto como tal? Quantas páginas? Qual o tamanho das páginas? Que tipo de encadernação? Aliás, é mesmo necessária uma encadernação?⁸⁴ Há que se ter algo escrito ou, por exemplo, pode ser um livro com conteúdo em branco, apenas para transmitir, com ironia, uma determinada idéia? E os livros para pessoas com necessidades especiais, como livros em fita-cassete? São questões que demandam uma atenção especial e que nos fazem pensar de forma mais detida sobre o que imaginamos ser algo óbvio.

Também, não acolhemos as restrições daqueles que entendem que o livro somente pode ser imune se impresso em papel. O que a Constituição prescreve não é a imunidade somente do livro de papel, mas a imunidade do livro e do papel a ela destinado à sua impressão, caso ele seja impresso neste material.

De outro lado, não concordamos com o magistério de parte da doutrina que procura ceifar a imunidade em tela em razão do conteúdo que é veiculado por tais objetos. Sustentam alguns que a imunidade somente deveria abranger aqueles que sirvam para disseminar cultura e que não sejam ofensivos à moral e aos bons costumes. Entretanto, primeiro, a Constituição não faz esta discriminação e, segundo, são conceitos extremamente abertos

⁸⁴ “Em 1503, em Savona, na Itália, o tipógrafo Francesco de Silva fez a primeira edição da *Polyanthea opus suavissimis floribus exornatum*, um compêndio e dicionário popular de autores clássicos. Como todos os livros daquele tempo, a *Polyanthea* era vendida em folhas soltas, sem a encadernação. O comprador levava essas folhas para serem encadernadas em capas mais simples ou mais ornamentadas, de acordo com suas preferências e posses. Os estudantes, muitas vezes, deixavam a papelada toda solta, distribuindo entre eles as diversas páginas de um volume, a fim de economizar dinheiro. Um rico colecionador, por outro lado, mandaria encadernar o livro em couro gravado a ouro e tingido da mesma cor dos outros volumes de sua extensa coleção” (BATTLES, Matthew. *A conturbada história das bibliotecas*. São Paulo: Planeta, 2003, p. 17).

que, inclusive, podem ser utilizados para agredir, frontalmente, o valor constitucional máximo que a imunidade em comento visa proteger: a liberdade de expressão.

Bem por isto, concordamos com a larga interpretação do *Supremo Tribunal Federal* quando, por exemplo, decidiu abarcar nessa imunidade as listas telefônicas⁸⁵ e os álbuns de figurinha⁸⁶.

Por esta linha, temos que concordar com o magistério daqueles que incluem nesta imunidade os livros, jornais e periódicos elaborados em materiais outros que não o papel, inclusive no formato virtual. Por evidente que haverá situações complexas e de difícil solução, mas o intérprete não deve ceifar um valor constitucional por recear o incerto⁸⁷.

Claro que se o conteúdo fizer apologia de crime (art. 287 do CP) ou incorrer em algum outro tipo penal a discussão não girará em torno da imunidade, mas, sim, da licitude da publicação.

Por outro lado, devemos registrar que a imunidade em tela é aplicável somente às operações – produção, comercialização e prestação de serviços – relacionados, direta e indiretamente, aos referidos bens. Trata-se de *imunidade objetiva*, que leva em consideração o objeto que está sendo protegido contra a tributação e não a figura do sujeito passivo. Assim, os impostos que devem ser considerados são, por exemplo, ICMS, IPI, ISS, ITCMD, Imposto de Importação, Imposto de Exportação e o antigo IPMF⁸⁸, além dos que venham a ser criados através da competência residual (art. 154, I da CF/88) ou autorizados por meio de Emenda Constitucional.

Enfim, para além de outras relevantíssimas questões⁸⁹, mencionamos que o *Supremo Tribunal Federal* tem firme orientação no sentido de que todo e qualquer material

⁸⁵ RE 134071/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU I de 30.10.1992, p. 19516

⁸⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal, RE nº 221239/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 06.08.04, p. 61.

⁸⁷ Sobre a questão, veja-se MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Imunidade tributária do livro eletrônico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

⁸⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 247224/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe nº 004 – Divulgação em 26.04.2007.

⁸⁹ É importante analisar se os serviços prestados em momento anterior, concomitante ou posterior à confecção e à comercialização dos objetos imunes, também, estariam protegidos da tributação. Anteriormente, por exemplo, o *STF* chegou a considerar como imunes os anúncios e a publicidade em jornal (RE 91662/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Décio Miranda, DJ 28.11.1980, p. 10102), isto é, “os serviços prestados pela empresa jornalística na transmissão de anúncios e de propaganda” (RE 87049/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RJ de 01.09.1978). Mais recentemente, entretanto, tem-se julgados no sentido de que é possível a incidência do ISS “sobre serviços de distribuição de encartes de propaganda de terceiros por jornais e periódicos” (AI-AgR 368077/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU I de 28.10.2004, p. 38). Por outro lado, de acordo com o Informativo nº 497 do *STF*, encontra-se pendente de julgamento o RE nº 434826, no qual esta questão é discutida (fonte: (<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=imunidade&numero=497&pagina=5&base=INFO>, acesso em 27.05.08).

assimilável ao papel deve estar protegido da tributação⁹⁰, mas não se pode alargar a imunidade para além do que se entende por papel⁹¹.

§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.

Este §1º já foi objeto de comentários acima (ver art. 150, inc. III, letras “b” e “c”). Ressalte-se que sua redação sofreu alteração com a Emenda Constitucional nº 42/03⁹².

§2º - A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Em relação a este dispositivo, é importante mencionar que, para além das autarquias e fundações, a jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal* considera que as empresas públicas⁹³ e as sociedades de economia mista⁹⁴, quando prestam serviços públicos, também, estão incluídas pela *imunidade recíproca*.

§ 3º - As vedações do inciso VI, “a”, e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

⁹⁰ RE 392221/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU I de 11.06.2004, p. 16.

⁹¹ Neste sentido, tem-se a Súmula nº 657/STF: “A imunidade prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos”. Entretanto, em recente notícia veiculada pelo Informativo nº 506 do *STF*, a 1ª Turma deste Tribunal voltou a discutir a questão de saber se, além do papel, outros materiais estariam abrangidos pela imunidade. No caso, o debate centra-se na tributação “de peças sobressalentes de equipamento de preparo e acabamento de chapas de impressão off set para jornais. O Min. Menezes Direito, relator, aplicando precedentes da Corte no sentido de que as peças sobressalentes para equipamento de impressão de jornais não estão alcançadas pela imunidade prevista no art. 150, IV, d, da CF, deu provimento ao recurso [da União Federal]. Enfatizou que somente os insumos diretos estariam incluídos nessa benesse e que, na espécie, tratar-se-ia de equipamento acessório. O Min. Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do relator. Em divergência, os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, ao conferirem interpretação teleológica ao aludido dispositivo constitucional, desproveram o recurso por considerar que o objetivo maior da norma seria viabilizar, sem ônus maiores, a divulgação de idéias. Assim, a imunidade conferida a livros, jornais e periódicos abrangeria todo e qualquer insumo ou ferramenta indispensável à edição desses veículos de comunicação. Após, o julgamento foi adiado a fim de se aguardar o voto de desempate da Min. Cármen Lúcia. RE 202149/RS, rel. Min. Menezes Direito, 13.5.2008. (RE-202149)” (<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=imunidade&numero=506&pagina=1&base=INFO>, acesso em 27.05.08).

⁹² A redação anterior era: “§ 1º. A vedação do inciso III, „b”, não se aplica aos impostos previstos nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II”.

⁹³ ACO 959/RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe nº 088, Divulgação em 15.05.2008.

⁹⁴ AC 1550/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe nº 18, Divulgação em 17.05.2007.

Esta vedação deve ser interpretada sistematicamente e em complemento ao que foi mencionado sobre o parágrafo anterior. O que se busca alcançar com ela é a proteção do princípio da livre iniciativa, evitando-se, assim, que os particulares sejam prejudicados se concorrerem com empresas estatais que, explorando *atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*, tenham o benefício da imunidade tributária como um fator de desequilíbrio. Este o motivo, aliás, do contido no art. 173, §1º, II da CF/88

Portanto, é necessário interpretar tal cláusula a partir da idéia de que só não haverá aplicação da imunidade se a empresa estatal (i) desenvolver atividade econômica que não constitua serviço público e (ii) que seja regida por normas aplicáveis a empreendimentos privados ou remunerada por preço/tarifa. Não basta, portanto, que a atividade realizada seja remunerada por preço/tarifa; é necessário que não seja um serviço público⁹⁵. Dito de outra forma, a imunidade é aplicável mesmo naqueles casos em que se entende ser cabível a cobrança de preço/tarifa por serviço público prestado por empresa estatal.

§ 4º - *As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.*

Há forte discussão doutrinária para saber a extensão do presente dispositivo. Refere-se ele às imunidades das instituições religiosas e dos partidos políticos, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições de ensino e instituições de assistência social.

Na esteira da doutrina majoritária⁹⁶, o *Supremo Tribunal Federal* entende como relevante que o *patrimônio, a renda e os serviços* são imunes se utilizados e aplicados no desenvolvimento e na manutenção das finalidades essenciais dessas entidades. Assim, não importa a origem da renda, não importa o tipo do serviço ou não importa o uso que se faça do patrimônio; importa sim que os frutos desses sejam aplicados para financiar as finalidades essenciais. Esta orientação chegou a ser objeto da Súmula nº 724: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, ‘c’, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”⁹⁷.

⁹⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. *A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32.

⁹⁶ BARRETO, Aires e BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 47.

⁹⁷ É o que se conclui da leitura da jurisprudência do *STF*. Note-se que este Tribunal já chegou a considerar imune, inclusive, Instituição de Assistência Social em relação ao ICMS sobre a venda de bens por ela produzidos (RE-ED-EDv 186175/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 17.11.2006, p. 48).

§ 5º - *A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.*

Temos, aqui, um dispositivo de extrema importância. Reflete uma outra dimensão do valor constitucional da publicidade dos atos do poder público: a *transparência fiscal*. Todavia, tem sido deixado de lado. Os contribuintes não têm pressionado para que a lei em questão seja editada e o poder público, certamente, não faz questão de que isto ocorra. *Tributo que não é visto é tributo que não é sentido* é um jargão que serve para respaldar a prática de Estados autoritários e que afronta a idéia de Estado Democrático de Direito estampada em nossa Constituição.

§6.º *Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.*

Este dispositivo, que teve sua redação alterada pela EC nº 03/93⁹⁸, pode ser interpretado de duas formas. Por um lado, pode-se compreendê-lo como exigindo (a) *lei específica* e que, além de específica, (b.i) regule exclusivamente as matérias nele mencionadas ou que (b.ii) regule o respectivo tributo⁹⁹. Por outro, como exigindo *lei específica*, no sentido de uma lei que cuide apenas dos mencionados assuntos ou que, no máximo, contemple em seu bojo regulamentação do respectivo tributo.

Parece-nos ser esta segunda via a melhor orientação. Aliás, é a compreensão que já se podia retirar da leitura da sua redação anterior, que se referia apenas à idéia *lei específica*. É, também, o posicionamento do *Supremo Tribunal Federal*, que a conceitua como “lei editada para um fim específico”¹⁰⁰, pois, como esclareceu o então Min. *Nelson Jobim*, trata-se de dispositivo criado pelo Constituinte de 1988 para coibir o hábito parlamentar “de se introduzir em qualquer tipo de lei um artigo específico concedendo anistia ou remissão que servia inclusive no processo de negociação legislativa como instrumento de coação ou de barganha para esse efeito”. Porém, a “experiência de 88 a 93 não foi suficiente para reduzir essa possibilidade. Daí adveio a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que ampliou substancialmente o texto, (...)”¹⁰¹⁻¹⁰².

⁹⁸ A redação anterior era: “§6º Qualquer anistia ou remissão, que envolva matéria tributária ou previdenciária, só poderá ser concedida através de lei específica, federal, estadual ou municipal”.

⁹⁹ É o caminho adotado por *Tércio Sampaio Ferraz Jr.*, para quem o sentido de *lei específica* é um reclamo do princípio da igualdade para evitar discriminações arbitrárias (Remissão e anistia fiscais: sentido dos conceitos e forma constitucional de concessão. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 92. São Paulo: Dialética, p. 68, 2003).

¹⁰⁰ ADI-MC 1376/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Ilmar Galvão, DJU I de 31.08.01, p. 35.

¹⁰¹ ADI 155/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU I de 08.09.2000, p. 3.

¹⁰² Note-se que, no julgamento da ADIN ADI 2522/DF (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJU I de 18.08.06, p. 17), o *Supremo Tribunal Federal* não acatou a alegação de inconstitucionalidade do art. 47

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

O §7º do art. 150 da CF/88 foi inserido pela EC nº 3/93, para autorizar o estabelecimento da figura da *antecipação de tributo* em relação a impostos e contribuições, especialmente na modalidade da *substituição tributária para frente*.¹⁰³

Até então, a Constituição de 1988 somente admitia a implementação de tal instituto em relação ao ICMS (art. 155, §2º, XII, “b”)¹⁰⁴. Mesmo assim, a doutrina e a sociedade como um todo jamais deixaram de criticar a *substituição tributária*¹⁰⁵.

Por sua vez, o *Supremo Tribunal Federal*, quando do julgamento do RE 213.396-5, após extenso e profundo debate, concluiu definitivamente que não há óbice constitucional para a utilização desse instituto, porquanto não ofende qualquer norma da Carta Magna, bem porque atende necessidades de política tributária¹⁰⁶. Além do mais, a *substituição tributária* é “regime a que, na prática, somente são submetidos produtos com preço de revenda final previamente fixado pelo fabricante ou importador, como é o caso dos veículos, cigarros; ou tabelados pelo Governo, como acontecia até recentemente com os combustíveis; e como acontece com a energia elétrica etc., razão pela qual só eventualmente poderão ocorrer excessos de tributação, de resto facilmente reembolsáveis”¹⁰⁷.

O que se discute ainda hoje diz respeito ao direito de restituição do que foi recolhido a maior por antecipação, isto é, quando o fato tributável antecipado realizar-se após em montante inferior ao valor presumido pelo Fisco. Note-se que a norma em questão

da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), sob o argumento de que o assunto por ele tratado (isenção da Contribuição Sindical pelos advogados em razão do pagamento da anuidade à OAB) não está desvinculado da matéria regulada por essa lei. Neste caso, parece-nos que o *STF* trabalhou com o postulado da razoabilidade para ampliar um pouco mais o espectro do §6º do art. 150 da CF/88, já que o Estatuto da Advocacia não é uma que tratou especificamente (exclusivamente) da referida isenção, nem que tratou especificamente (exclusivamente) de algum tributo.

¹⁰³ Pode-se dizer que o §7º do art. 150 da CF/88, também, contempla *antecipação de tributo sem substituição tributária* (GRECO, Marco Aurélio. *Substituição tributária: antecipação do fato gerador*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001). Como, também, pode existir *substituição tributária sem antecipação do fato gerador*.

¹⁰⁴ Registre-se que, apesar do Código Tributário Nacional não fazer menção à *substituição tributária*, não se trata de um instituto novo. Há referências de que já era aplicada em meados do século passado. Veja-se, por exemplo, os julgados do *Supremo Tribunal Federal*, dentre eles: RE 70023/PE, Rel. Min. Barros Monteiro, 1ª Turma, DJU de 23.10.1970.

¹⁰⁵ COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 283.

¹⁰⁶ Entretanto, bem alerta Humberto Ávila que “O fato de o Tribunal ter decidido que o mecanismo da substituição tributária é em tese constitucional não afasta a possibilidade de ele ser aplicado de modo inconstitucional pelos Estados, especialmente por meio de pautas fiscais que não preenchem os requisitos” (Imposto sobre a circulação de mercadorias – ICMS. Substituição tributária. Base de cálculo. Pauta fiscal. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 123. São Paulo: Dialética, p. 124, 2005).

¹⁰⁷ RE 213396/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, por maioria de votos, Data do Julgamento: 02.08.1999, DJU I de 01.12.2000, p. 97.

menciona a garantia de “restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”, mas é silente sobre a hipótese aventada.

Entretanto, o que está em jogo, em nosso entendimento, não se trata de uma benesse do legislador para com os contribuintes, que, para existir, necessita de expressa previsão normativa¹⁰⁸. Antes de tudo, trata-se de uma cláusula inerente ao princípio da proibição de tributação com efeito de confisco e, portanto, derivada do princípio da justiça tributária. Ora, mesmo que tal cláusula não estivesse contida expressamente no §7º em questão, ela tem assento em nosso ordenamento jurídico por força de tais princípios. Afinal, mostra-se inconcebível que a tributação presumida possa legitimar uma tributação sobre fato que não ocorreu ou que ocorreu em proporções menores do que aquelas estimadas pelo Governo¹⁰⁹.

3. Análise do art. 151

Art. 151. É vedado à União:

Cumpra esclarecer que as vedações constantes do art. 151, embora expressamente voltadas à União Federal, por força do princípio federativo, aplicam-se, também, aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

O inciso I do art. 151 estipula um desdobramento do princípio da igualdade. Trata-se do *princípio da uniformidade territorial da tributação*. Veda-se que o âmbito territorial de incidência da norma tributária seja utilizado como um critério de tratamentos diferenciados.

As Constituições brasileiras anteriores já continham previsão similar¹¹⁰. Todavia, na Constituição atual passou-se a prever, expressamente, uma exceção a tal regra, para os casos de “concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País”. Com isto, superasse o aparente tratamento rígido que encerrava a redação conferida pelas Constituições

¹⁰⁸ Sobre a questão, veja-se ÁVILA, Humberto. ICMS. Substituição tributária no Estado de São Paulo. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 124. São Paulo: Dialética, p. 92-111, 2005.

¹⁰⁹ Veja-se: GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 143. Atualmente, esta matéria encontra-se pendente de definição pelo *Supremo Tribunal Federal*, em razão de pedido de vista no julgamento da ADIN nº 2675, Rel. Min. Carlos Velloso.

¹¹⁰ Constituição de 1891 (arts. 7º, §2º e 8º), de 1934 (art. 18), 1937 (art. 34), 1946 (art. 17), EC nº 18/65 (art. 3º, I), 1967 (art. 21, I) e EC nº 01/69 (art. 20, I).

anteriores. Afinal, a exigência de tratamento uniforme não significa que a tributação deve ser exatamente igual em todo o território de incidência da norma, mas significa, isto sim, que esta deve promover um tratamento tributário de acordo com o princípio da igualdade. Ou seja, uniforme no sentido de isonômico.

II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;

Historicamente, cumpre lembrar, com apoio em *Ricardo Lobo Torres*, que a questão subjacente a este preceito sofreu influência do constitucionalismo norte-americano. Isto porque, inicialmente, a partir da nossa Constituição de 1891, sustentava-se que a renda dos títulos públicos, bem como a remuneração e os proventos dos agentes públicos não poderiam ser tributados por força da imunidade recíproca. Posteriormente é que se encaminhou a questão apenas para vedar a tributação discriminatória¹¹¹.

Desta forma, podemos sustentar que se trata de um preceito fundado, por uma parte, no princípio federativo e, por outra, que não se põe como uma exceção à imunidade recíproca, uma vez que a renda tributada é aquela das obrigações da dívida pública dos demais entes federativos, auferida por investidores e aquela outra auferida pelos servidores públicos. O que se veda, em suma, é a tentativa da União Federal de utilizar a tributação para beneficiar-se “nas suas relações com os investidores ou com seus agentes públicos”¹¹².

III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

No §2º do art. 20 da Constituição de 1967, repetido pelo §1º do art. 19 da EC 01/69, estabeleceu-se uma competência excepcional para a União Federal conceder isenções de impostos estaduais e municipais, desde (a) que mediante lei complementar e (b) para atender relevante interesse social ou econômico de cunho nacional.

A atual Constituição pretendeu não deixar qualquer margem para dúvida. Bastava não repetir essa norma, mas se fez questão de prever expressamente a proibição de utilização do que se convencionou chamar de *isenções heterônomas*¹¹³.

¹¹¹ Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. V. III. *Op. cit.*, p. 383-390.

¹¹² VELLOSO, Andrei Pitten. *Constituição tributária interpretada*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 208.

¹¹³ Explica *Sacha Calmon Navarro Coelho* que “as isenções são autonômicas e heterônomas quanto à fonte legislativa de onde promanam. Autonômica é a isenção concedida pelo Poder Legislativo de pessoa jurídica de Direito Público titulada pela Constituição para instituir o tributo. Assim, quem pode tributar pode dispensar o tributo. Esta é a regra geral. Isenção heterônoma é a concedida pelo Poder Legislativo de uma pessoa jurídica de Direito Público que não tem competência para instituir o tributo objeto da isenção. A isenção heterônoma é a isenção de tributo de alheia competência” (*Op. cit.*, p. 325).

Há exceções. Uma delas está no art. 155, §2º, XII, “e”; a outra, no art. 156, §3º, II, ambos da CF/88.

A mais polêmica, porém, é a que se refere à possibilidade da União Federal conceder de isenções de tributos municipais e estaduais via tratados internacionais.

Trata-se, porém, de uma falsa questão, o que se tornou ainda mais evidente com o advento do §3º do art. 5º da CF/88, através da EC 42/03. Isto porque a alegação de que o princípio federativo impede que a União Federal, ao celebrar tratados internacionais, conceda benefícios fiscais relativamente a tributos de todas as esferas da federação é um argumento que pode se mostrar inconsistente se pensarmos que a União Federal pode aprovar internamente o tratado com estatura de norma constitucional. Basta que se utilize do procedimento de Emenda Constitucional. Daí que, ao invés de simples isenção, teremos uma verdadeira imunidade tributária!

De qualquer forma, o fato é que, nas lições de *Alberto Xavier*, “A voz da União, nas relações internacionais, não é a voz de uma entidade com interesses próprios e específicos, potencialmente conflitantes com os dos Estados e dos Municípios, mas a voz de uma entidade que a todos eles engloba - a República Federativa do Brasil”¹¹⁴. Bem por isto, o *Supremo Tribunal Federal* tem orientação no sentido de que, em tais situações, sequer é correto falar em *isenção heterônoma*¹¹⁵.

4. Análise do art. 152

Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.

O art. 152 contempla o *princípio da não-discriminação tributária em razão da origem ou do destino dos bens e serviços*, vedando-se a criação de “aduanas internas”, para utilizarmos expressão cunhada por *Roque Antônio Carrazza*¹¹⁶. Bem por isto, é uma derivação do princípio da isonomia e, assim, sequer precisaria estar previsto expressamente. Por outro lado, trata-se, também, de mais um corolário do princípio da liberdade, complementando o disposto no inc. V do art. 150 da CF/88. E, por fim, ainda deve ser encarado como importante desdobramento do princípio federativo, já que serve como instrumento contra as malfadas “guerras fiscais”¹¹⁷. Ainda assim, e apesar da forte e irre-

¹¹⁴ *Direito tributário internacional do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 136.

¹¹⁵ RE 229096/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJE nº 065, Divulgação em 10.04.2008.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 801.

¹¹⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. cit.*, p. 327.

preensível jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*¹¹⁸, alguns entes federativos tentam contrariá-lo sistematicamente.

Entretanto, todas estas observações não podem levar a uma concepção absoluta do princípio em comento. Tal como exposto em relação ao inc. I do art. 151 da CF/88, aqui será admissível, ainda que a título excepcional, eventuais discriminações para bem concretizar o princípio da igualdade; o que jamais, entretanto, poderá servir de véu para encobrir políticas protecionistas.

5. Conclusão

Uma breve leitura dos comentários acima demonstra a preocupação constitucional com os parâmetros de atuação do poder público em matéria tributária. A Constituição de 1988 é ímpar, não possui qualquer semelhança com a Constituição de outros países, quando se trata de matéria tributária. Mas, há ainda que se desenvolver o *sentimento constitucional* de que o poder público deve encarar o tributo como um instrumento de realização dos valores fundamentais de um Estado Democrático de Direito (art. 3º da CF/88), e não como um instrumento de arrecadação livre e finalidade incontrollável. Neste ponto, é importante ressaltar que falar em Justiça Tributária envolve muito mais do que simples tributação de acordo com a igualdade/isonomia. Envolve uma responsabilidade na justificação da finalidade e da destinação do tributo de acordo com aqueles valores. Portanto, já se passou a época em que a justificação do tributo repousava apenas na legalidade, seja ela constitucional ou infraconstitucional. De outra sorte, Justiça Tributária envolve, também, um respeito aos valores constitucionais por parte dos demais poderes e, enfim, pela própria sociedade. Justiça Tributária envolve, também, o dever de pagar os tributos válidos e justificados. Portanto, tem-se que a *mera folha de papel* é insuficiente se não houver *sentimento constitucional* pela realização dos valores para os quais deve trabalhar o sistema constitucional tributário.

Konstytucyjny system podatkowy Brazylii a prawa podstawowe

Streszczenie

Celem niniejszego opracowania jest rozpatrzenie znaczenia niektórych głównych praw podstawowych – zawartych w Konstytucji Brazylii z 1988 r. – dla ochrony podatników. Chociaż Konstytucja Brazylii jest stosunkowo młodą ustawą zasadniczą (w 2013 r. obchodziła ćwierćwiecze obowiązywania), była ona wielokrotnie – niemal co rok – zmieniana. Obecnie rząd wraz

¹¹⁸ ADI-MC 3936/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n° 139, Divulgação em 08.11.2007 e ADI 3389/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe n° 018, Divulgação em 31.01.2008.

Kongresem dążą do przeprowadzenia nowej reformy systemu podatkowego kraju. Pomysł jest jak zawsze dobry. Powstaje jednak pytanie: komu ma służyć ta zmiana – podatnikom czy rządowi? Niezależnie od odpowiedzi, nie możemy zapomnieć o rzeczy najważniejszej. Jakakolwiek będzie to poprawka konstytucyjna, powinna ona uchronić prawa podstawowe. Z tego powodu doniosłe jest uwypuklenie naszego rozumienia „podstawowych praw podatnika”.

Odmienne niż w innych państwach, obecna Konstytucja Brazylii ustanowiła drobiazgową regulację ustroju podatkowego kraju. Wystarczy ją porównać z innymi ustawami zasadniczymi, aby zauważyć obszerność brazylijskich daninowych norm konstytucyjnych. Zwykle wyróżnia się trzy ich grupy tematyczne. Pierwsza reguluje kompetencje podatkowe trzech części składowych federacji: władz centralnych, stanów i gmin. Konstytucja ustala, jakie są albo jakie mogą być podatki w każdej z nich. Jest pięć rodzajów tych przymusowych świadczeń: podatki, opłaty, opłaty adiacenckie, pożyczki przymusowe oraz specjalne daniny. Dzieli się one na podgrupy. Konstytucja rozdzieliła kompetencję między Unię (w szczególności art. 153, 154, 145 II i III, 148, 149, 195), stany (art. 155, 154, 145 II i III, 149 § 1) oraz gminy (art. 156, 145 II i III, 149 § 1, 149-A). Stołeczny krąg federalny posiada kompetencję obejmującą podatki stanowe i gminne. Jest to federalizm podatkowy scentralizowany, ponieważ najważniejszy zakres działania jest w rękach Unii. W celu zrównoważenia wykonywania tej kompetencji oraz uniknięcia konfliktów Konstytucja przewidziała wydanie ustawy ogólnej (art. 146). Mimo tego mamy do czynienia ze sporami kompetencyjnymi („wojnami podatkowymi”). Rozstrzyga je Sąd Najwyższy (NTF).

Konstytucja szczegółowo unormowała także tzw. ograniczenia władztwa podatkowego. Są one prawdziwymi prawami i gwarancjami podatników. Tak też wielokrotnie je klasyfikował brazylijski Trybunał Konstytucyjny (NTF). Co więcej, przypisał im charakter tzw. klauzul niezmiennych, wyłączając je tym samym z zakresu spraw podlegających ewentualnemu zniesieniu w trybie rewizji czy poprawki konstytucyjnej. W tym krótkim opracowaniu Autor nie prowadzi szczegółowych rozważań o tych klauzulach.

Nie ulega wątpliwości, że Konstytucja z 1988 r. ustanowiła różne prawa podstawowe chroniące podatników. Z jednej strony, mamy zasady ustawowej regulacji prawa podatkowego (art. 150 I), równości (art. 150 II), zdolności podatkowej (art. 145 § 1), zakazu retroakcji (art. 150 III a), uprzedniości (art. 150 II b i c i e § 1 i art. 195 § 6), zakazu podatku ze skutkiem konfiskującym (art. 150 IV) i inne. Z drugiej strony, Konstytucja przewidziała tzw. immunitety. Zabraniają one opodatkowania określonych zdarzeń przewidzianych w Konstytucji (i dlatego odmiennych od zwolnień): art. 150 ust. VI itp.

Należy odnotować, że oprócz subiektywnej koncepcji praw podstawowych, Autor interesuje się też jej obiektywnym aspektem. W związku z tym traktuje prawa podstawowe jako istotne wartości do zbudowania demokratycznego państwa prawnego. Podstawowe prawa chroniące podatników powinny służyć przede wszystkim urzeczywistnieniu społeczeństwa sprawiedliwszego, wolniejszego i solidarniejszego (art. 3 Konstytucji).

Obowiązująca Konstytucja Brazylii ma też trzeci rodzaj przepisów daninowych. Ich funkcją jest przede wszystkim osiągnięcie – za pomocą ściągniętych podatków – określonych celów. Oznacza to, że Konstytucja zawiera dość dużą liczbę norm, które regulują przeznaczenie (rzeczywiste stosowanie) oraz cel (przedmiot dążeń) podatków. Innymi słowy, władza publiczna nie ma pełnej swobody w korzystaniu z danin.

Słowa kluczowe: konstytucyjny system podatkowy, Konstytucja Federalna Brazylii z 1988, podstawowe prawa podatników

Janusz Sawicki

Ochrona prawa podatkowego w instytucjach zaniechania ukarania

Streszczenie

Podstawową problematyką poruszoną w artykule jest ocena modelu zaniechania ukarania sprawcy obowiązującego w prawie karnym skarbowym, z punktu widzenia skuteczności ochrony prawa podatkowego w Polsce.

Obowiązek płacenia podatków i innych danin publicznych wynika z postanowień Konstytucji RP, stosownie bowiem do przepisu art. 84 każdy jest obowiązany do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków określonych w ustawie. Zawinione niedopełnienie obowiązków podatkowych stanowi przestępstwo skarbowe albo wykroczenie skarbowe, skutkujące odpowiedzialnością karną skarbową. Patrząc na system środków penalnych obowiązujący w prawie karnym skarbowym, nietrudno zauważyć, że w prawie tym funkcjonuje model karania oparty na ustawowym priorytecie środków dolegliwości ekonomicznej. Z jednej strony, przemawia za tym niebudząca wątpliwości dominacja kary grzywny, z drugiej – wskazuje na to wyjątkowy charakter kary pozbawienia wolności, traktowanej na gruncie prawa karnego skarbowego na zasadzie *ultima ratio*.

Uregulowany w Kodeksie karnym skarbowym system kar i środków karnych nie jest jednak ani jedynym, ani najważniejszym systemem ochrony prawa podatkowego. W prawie karnym skarbowym bardziej niż o represję chodzi o egzekwowanie należności publicznoprawnych i wyrównanie uszczerbku finansowego Skarbu Państwa lub innego uprawnionego podmiotu. Założenie priorytetu celu egzekucyjnego przed represją stanowi *signum temporis* współczesnej polityki karnej w prawie karnym skarbowym. Przejawia się to w tych regulacjach, które wyrażają tezę, że im wcześniej zostanie wyrównany uszczerbek finansowy i zrealizowane będą zobowiązania publicznoprawne, na tym większe ulgi i złagodzenia odpowiedzialności karnej skarbowej może liczyć sprawca przestępstwa lub wykroczenia skarbowego. W tym kontekście w prawie karnym skarbowym na plan pierwszy wysuwają się instytucje ujęte w rozdziale 2 Kodeksu karnego skarbowego, zatytułowanym „Zaniechanie ukarania sprawcy”: czynny żal, dobrowolne poddanie się odpowiedzialności i odstąpienie od wymierzenia kary lub środka karnego.

Przeprowadzona w artykule charakterystyka dwóch pierwszych instytucji zaniechania ukarania sprawcy, o znacznym wykorzystaniu w praktyce, skłania do wyrażenia stanowiska, że model zaniechania ukarania sprawcy za cenę odzyskania uszczuplonych należności podatkowych, przyjęty w polskim prawie karnym skarbowym, stanowi element racjonalnej polityki karnej i wydatnie wzmacnia ochronę prawa podatkowego w Polsce.

Słowa kluczowe: podatki, przestępstwa podatkowe, odzyskanie należności podatkowych, zaniechanie ukarania

1.

Prawo podatkowe reguluje zasady powstawania, wygasania oraz odpowiedzialności za zobowiązania podatkowe. Obowiązek płacenia podatków i innych danin publicznych wynika z postanowień Konstytucji RP¹, stosownie bowiem do przepisu art. 84 każdy jest obowiązany do ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków określonych w ustawie. Konkretne wymogi konstytucyjne wiążą się także z tworzeniem prawa podatkowego. Przede wszystkim, zgodnie z art. 217 Konstytucji RP, nakładanie podatków, innych danin publicznych, określenie podmiotów, przedmiotów opodatkowania i stawek podatkowych, a także zasad przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorii podmiotów zwolnionych od podatków następuje w drodze ustawy. Stawiając taki wymóg, Konstytucja RP wyklucza możliwość normowania konstrukcji podatku w innych aktach normatywnych i przez inne organy niż Sejm. Organom wykonawczym pozostaje jedynie możliwość regulowania zagadnień niewymienionych w art. 217 Konstytucji RP, a więc praktycznie kwestii związanych z techniką obliczania i poboru podatków w drodze rozporządzeń wydawanych z upoważnienia ustawy (art. 92, 93 i 94 Konstytucji RP). Chodzi o to, aby ustawy podatkowe nie miały charakteru blankietowego i aby nie oddawały *de facto* władzy legislacyjnej w gestie organów wykonawczych².

Realizacja tak określonego obowiązku płacenia podatków i innych danin publicznych zagwarantowana jest możliwością zastosowania przymusu państwowego. Przymus ten przyjmuje przede wszystkim formę możliwości wyegzekwowania nieuiszczonych dobrowolnie należności w drodze egzekucji administracyjnej. Obok tej podstawowej konsekwencji niezapłacenia w terminie należnego podatku, ustawodawca przewiduje dodatkową dolegliwość w postaci obłożenia zaległości podatkowej odsetkami za zwłokę. Środek ten charakteryzuje się znaczną dolegliwością ekonomiczną, gdyż zgodnie z art. 56 § 1 Ordynacji podatkowej³ stawka odsetek za zwłokę wynosi 200% podstawowej stopy oprocentowania kredytu lombardowego, ustalonej przez Radę Polityki Pieniężnej. Mimo swojego sankcyjnego charakteru, środek ten nie jest jednak karą. Dopiero zawinione niedopełnienie niektórych obowiązków podatkowych stanowi przestępstwo skarbowe albo wykroczenie skarbowe, skutkujące odpowiedzialnością karną skarbową, a zatem ich sprawca naraża się w konsekwencji na karę⁴. Zasady tej odpowiedzialności określa prawo karne skarbowe.

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483). Obowiązuje od 17 października 1997 r.

² C. Kosikowski, *Polskie prawo finansowe na tle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 167.

³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (t.j.: Dz. U. z 2012 r. Nr 0, poz. 749 ze zm.).

⁴ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Kodeks karny skarbowy. Przestępstwa i wykroczenia podatkowe oraz dewizowe*, wyd. 4, Warszawa 2010, s. 81.

Podstawową funkcją prawa karnego skarbowego jest funkcja ochronna, a podstawowym przedmiotem ochrony wymienione w tytule prawo podatkowe⁵. Pozostałe przedmioty ochrony to prawo celne, dewizowe i monopol loteryjny państwa. Prawo karne skarbowe za pomocą sankcji karnych chroni interesy finansowe państwa oraz jednostek samorządu terytorialnego, a w wąskim zakresie także Unii Europejskiej, przed czynami mogącymi im zagrozić⁶. W odniesieniu do prawa podatkowego, czyny te zostały spenalizowane w Kodeksie karnym skarbowym⁷ (w rozdziale 6 części szczególnej tytułu I), jako przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji lub subwencji.

Swoistą funkcją prawa karnego skarbowego jest funkcja egzekucyjna. Zadaniem tego prawa jest bowiem zapewnienie środkami karnymi posłuszeństwa wobec nakazów i zakazów finansowych. Niewykonanie lub właśnie ostateczne wykonanie obowiązków finansowych przez sprawcę czynu karalnego ma wpływ na represyjność lub złagodzenie albo nawet wyłączenie odpowiedzialności karnej⁸. W prawie karnym skarbowym funkcja ta występuje także pod nazwą funkcji egzekucyjno-kompensacyjnej. W szerokim ujęciu oznacza wyrównanie wszelkich szkód wyrządzonych przestępstwem, w tym szkody wyrządzonej całemu społeczeństwu. Szkada polega bowiem na naruszeniu porządku prawnego i poderwaniu jego autorytetu⁹. Kompensacja w znaczeniu wąskim to naprawienie bezpośredniej szkody indywidualnie oznaczonego pokrzywdzonemu, które może przybrać również postać restytucji polegającej na przywróceniu stanu sprzed popełnienia czynu zabronionego¹⁰.

Patrząc w tym kontekście na system środków penalnych obowiązujący w prawie karnym skarbowym, nietrudno zauważyć, że w prawie tym funkcjonuje model karania oparty na ustawowym priorytecie środków dolegliwości ekonomicznej. Z jednej strony, przemawia za tym niebudząca wątpliwości dominacja kary grzywny za przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe¹¹, której istotnym wzmocnieniem w odniesieniu do przestępstw skarbowych jest tradycyjna w prawie karnym skarbowym instytucja odpowiedzialności posiłkowej, a wśród środków karnych szczególnie charakter przypadku przedmiotów i uzupełniający charakter w odniesieniu do przestępstw skarbowych prze-

⁵ Por. Z. Siwik, *Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna*, Wrocław 1993, s. 9.

⁶ V. Konarska-Wrzosek, [w:] V. Konarska-Wrzosek, T. Oczkowski, J. Skorupka, *Prawo i postępowanie karne skarbowe*, Warszawa 2010, s. 22–23.

⁷ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (t.j.: Dz. U. z 2013 r., poz. 186 ze zm.). Obowiązuje od 17 października 1999 r. W skrócie: k.k.s.

⁸ Z. Siwik, *Systematyczny komentarz... op. cit.*, s. 9–10.

⁹ M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2, s. 211.

¹⁰ A. Muszyńska, *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem*, Warszawa 2010, s. 45.

¹¹ Zob. szerzej: J. Sawicki, *Ustawowy priorytet kary grzywny w prawie karnym skarbowym*, [w:] M.S. Wolański (red.), *Studia z nauk społecznych*, „Zeszyty Naukowe Dolnośląskiej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczości i Techniki”, Polkowice 2012, z. 5, s. 201–218.

padku korzyści majątkowej (obydwa te środki karne wraz z kompensacyjnym ściągnięciem ich równowartości pieniężnej).

Z drugiej strony, wskazuje na to wyjątkowy charakter kary pozbawienia wolności, traktowanej na gruncie prawa karnego skarbowego na zasadzie *ultima ratio*. Kara pozbawienia wolności – ze względu na recepcję przepisu art. 58 § 1 Kodeksu karnego¹² przez art. 20 § 2 k.k.s. – ma charakter ostateczny, tzn. ograniczony do wypadków, gdy inne formy reakcji nie mogą spełnić celów kary. Dlatego kara pozbawienia wolności nigdy nie występuje w Kodeksie karnym skarbowym samodzielnie i zawsze grozi obok kary grzywny. Poza tym, w myśl art. 26 § 1 k.k.s., za przestępstwo skarbowe zagrożone karą pozbawienia wolności możliwe jest – po uwzględnieniu dodatkowych warunków – wymierzenie kary ograniczenia wolności¹³. Oznacza to, że żadne przestępstwo skarbowe nie jest w swej zgeneralizowanej ocenie na tyle groźne, aby wymagało reakcji wyłącznie w postaci kary pozbawienia wolności. Faktycznie więc, na gruncie prawa karnego skarbowego kara pozbawienia wolności – w szczególności w jej postaci bezwzględnej – nie odgrywa zbyt dużej roli, pełni natomiast określoną funkcję w obszarze prewencji ogólnej¹⁴. Swoistym uzupełnieniem kary pozbawienia wolności w Kodeksie karnym skarbowym jest pozbawienie praw publicznych, środek karny o wyraźnie represyjnym charakterze (środek ten dotyczy zarówno praw politycznych, jak też praw obywatelskich i honorowych¹⁵), stanowiący reakcję na takie zachowanie się sprawcy przestępstwa skarbowego, które powoduje utratę zaufania publicznego, prestiżu i autorytetu. W prawie karnym skarbowym pozbawienie praw publicznych jest zastrzeżone wyłącznie dla groźnych sprawców poważnych przestępstw skarbowych¹⁶. Fakultatywność stosowania tego środka w powiązaniu z wymogiem skazania na karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności i to w warunkach nadzwyczajnego obostrzenia kary, przemawia wyraźnie za jego nadzwyczajnym charakterem.

Jak podkreśla J. Bafia, system sankcji karnych uzasadnia preferowanie w postępowaniu karnym skarbowym dolegliwości ekonomicznej i naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem skarbowym¹⁷. Z punktu widzenia ochrony interesów finansowych państwa i pozostałych uprawnionych podmiotów, ustawywoy priorytet środków dolegliwości ekonomicznej uznać należy zatem za podstawową część systemu środków penal-

¹² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.).

¹³ Z. Siwik, *Kara ograniczenia wolności w prawie karnym skarbowym*, „Palestra” 1980, nr 2, s. 22–33; zob. też: J. Skupiński, *Kara ograniczenia wolności w polskim prawie karnym powszechnym – jej istota, geneza i prawnomiędzynarodowe uwarunkowania*, „Studia Prawnicze” 1992, nr 4.

¹⁴ V. Konarska-Wrzošek, [w:] V. Konarska-Wrzošek, T. Oczkowski, J. Skorupka, *op. cit.*, s. 110.

¹⁵ L. Wilk, J. Zagrodnik, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 2009, s. 149.

¹⁶ V. Konarska-Wrzošek, [w:] V. Konarska-Wrzošek, T. Oczkowski, J. Skorupka, *op. cit.*, s. 124–125.

¹⁷ J. Bafia, *Prawo karne skarbowe*, Warszawa 1980, s. 85.

nych¹⁸. Z układu kar i środków karnych w Kodeksie karnym skarbowym można wyczytać priorytet represji ekonomicznej, zresztą zupełnie w tej dziedzinie naturalny, albowiem dostosowany do charakteru zabronionych czynów skarbowych i odpowiadający postulatowi analogii między przestępstwem a karą, według których sprawca zostaje dotknięty w tej sferze, w której mieścił się jego zewnętrzny czyn i jego psychiczna motywacja¹⁹. Jak pisze V. Konarska-Wrzošek, zasada priorytetu represji ekonomicznej znajduje głębokie uzasadnienie zarówno w płaszczyźnie odpłaty, jak i w płaszczyźnie utylitarnej i dobrze służy realizacji wszystkich założonych w art. 12 § 2 k.k.s. celów kary²⁰.

Uregulowany w Kodeksie karnym skarbowym system kar i środków karnych nie jest jednak ani jedynym, ani najważniejszym systemem ochrony prawa podatkowego. Zasadny wydaje się pogląd, że w pragmatycznym, pozbawionym głębszych etyczno-moralnych korzeni prawie karnym skarbowym, bardziej niż o represję chodzi o egzekwowanie należności publicznoprawnych i wyrównanie uszczerbku finansowego Skarbu Państwa lub innego uprawnionego podmiotu. Założenie priorytetu celu egzekucyjnego przed represją stanowi *signum temporis* współczesnej polityki karnej w prawie karnym skarbowym, co wiąże się z traktowaniem sankcji karnej jako *ultima ratio*, zgodnie z przekonaniem, że podstawowym celem stosowania norm prawa karnego nie ma być ukaranie sprawcy, lecz ochrona dobra prawnego oraz rozwiązanie konfliktu społecznego powstałego w następstwie dokonania czynu karalnego. Przejawia się to w różnych regulacjach karnoskarbowych, które w swym całokształcie wyrażają tezę, że im wcześniej zostanie wyrównany uszczerbek finansowy i zrealizowane będą zobowiązania publicznoprawne, na tym większe ulgi i złagodzenia odpowiedzialności karnej skarbowej może liczyć sprawca przestępstwa lub wykroczenia skarbowego²¹. Niezbędne stają się zatem szerokie wykorzystanie takich konstrukcji prawnych, które gwarantując sprawcom określone koncesje w zakresie prawnokarnych następstw popełnionych przez nich czynów, zdolne są motywować ich w kierunku zachowań polegających bądź na odstąpieniu od naruszenia dobra prawnego, bądź też na naprawieniu już wyrządzonej szkody²². W tym kontekście, w prawie karnym skarbowym na plan pierwszy wysuwają się instytucje degresji karania, ujęte w rozdziale 2 Kodeksu karnego skarbowego, zatytułowanym „Zaniechanie ukarania sprawcy”, a mianowicie:

1) czynny żal,

¹⁸ Z. Siwik, *Wprowadzenie*, [w:] *Ustawa karna skarbowa. Teksty jednolite wraz z indeksem rzeczowym i wprowadzeniem prof. dr. hab. Zygryda Siwika*, wyd. 2, Warszawa 1999, s. XXX.

¹⁹ L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 110; M. Cieślak, *Grzywna za przestępstwa majątkowe*, „Nowe Prawo” 1958, nr 1, s. 68; L. Gardocki, *O relacji między typem przestępstwa a zagrożeniem ustawowym*, „Państwo i Prawo” 1979, nr 8–9, s. 129 i n.

²⁰ V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 182.

²¹ Por. A. Zoll, *Założenia polityki karnej w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1994, z. 5, s. 12.

²² J. Raglewski, *Czynny żal w części ogólnej k.k. (wybrane zagadnienia)*, „Jurysta” 2000, nr 1, s. 14.

- 2) dobrowolne poddanie się odpowiedzialności,
- 3) odstąpienie od wymierzenia kary lub środka karnego.

Pierwsza instytucja stosowana jest jeszcze przed wszczęciem postępowania, a dwie następne na kolejnych etapach postępowania karnego skarbowego. Warto przy tym zwrócić uwagę na fakt, że wprowadzenie w Kodeksie karnym skarbowym rozdziału poświęconego zaniechaniu ukarania sprawcy już na jego początku, a więc przed tradycyjnymi środkami reakcji karnej na czyn zabroniony, stanowiło całkowicie innowacyjne podejście do tej problematyki, podkreślające rangę zaniechania ukarania sprawcy w prawie karnym skarbowym. Część profesorów prawa karnego w Polsce do dzisiaj nie pogodziła się z takim układem Kodeksu karnego skarbowego, uważając, że jest to nienormalne, aby kodeks co do istoty karny, rozpoczynał się od środków zaniechania ukarania, zamiast od tradycyjnych kar i środków karnych. Wydaje się, że nie dostrzegają oni podstawowej korzyści z takiego układu Kodeksu karnego skarbowego, czyli zwrócenia większej uwagi na środki gwarantujące szybkie i tanie odzyskanie należności publicznoprawnych.

Ważnym zagadnieniem i zarazem celem niniejszego artykułu jest rozstrzygnięcie kluczowej kwestii, czy model zaniechania ukarania sprawcy przyjęty w prawie karnym skarbowym, a oparty na instytucjach degresji karania, może stanowić racjonalną alternatywę dla tradycyjnych kar i środków karnych, a zarazem skuteczną ochronę prawa podatkowego?

Kluczem do rozwiązania tego problemu będą niewątpliwie kryteria racjonalnej polityki karnej²³, nawiązujące do idei sprawiedliwości naprawczej²⁴. Postulaty skierowane przez przedstawicieli tego kierunku należy bowiem postrzegać także na gruncie prawa karnego skarbowego jako wskazywanie na potrzebę stworzenia alternatywnych metod, rodzajów i sposobów reakcji na przestępstwo skarbowe i wykroczenie skarbowe, które – osadzone w sprawiedliwościowym modelu prawa karnego skarbowego – będą funkcjonowały również w wymiarze restytucyjnym. W modelu tym naprawienie szkody nie będzie jedynie środkiem do celu, jak w przypadku założeń sprawiedliwości naprawczej w prawie karnym powszechnym, ale także podstawowym celem takiego procedowania.

Udzielenie odpowiedzi na postawione pytanie powinna ułatwić przede wszystkim charakterystyka dwóch pierwszych z wymienionych instytucji degresji karania, o znacznym wykorzystaniu w praktyce, czyli czynnego żalu i dobrowolnego poddania się odpowiedzialności.

²³ Zob. M. Płatek, *Granice racjonalnej polityki karnej i penitencjarnej*, [w:] M. Zubik (red.), *Prawo a polityka*, Warszawa 2007, s. 323 i n.

²⁴ Idea sprawiedliwości naprawczej została szerzej przedstawiona w Polsce w dwóch pozycjach książkowych zagranicznych autorów: J. Consedine, *Sprawiedliwość naprawcza. Przywrócenie ładu społecznego*, Warszawa 2004; N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, Warszawa 2005; w polskiej literaturze z tego samego okresu: M. Płatek, *Teoria sprawiedliwości naprawczej*, [w:] M. Płatek, M. Fajst (red.), *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, Warszawa 2005.

2.

W prawie karnym skarbowym czynnym żalem, uregulowanym w art. 16 i 16a k.k.s., nazywane jest ujawnienie przez sprawcę faktu popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, a także osób współdziałających w ich popełnieniu, połączone z obowiązkiem wyrównania uszczerbku finansowego (tzw. samodenuncjacja). Jak podkreśla Z. Siwik, u podstaw stosowania tej instytucji leży wzgląd na ochronę interesów finansowych podmiotów publicznoprawnych, które nie tyle są zainteresowane ukaraniem sprawcy, co jak najszybszym i najmniej kosztownym uzyskaniem należnych im środków finansowych z tytułu danin publicznych. Państwo rezygnuje z ukarania sprawcy wówczas, gdy ma pewność, że uszczuplona należność finansowa zostanie wyrównana. Jeśli Skarb Państwa nie ponosi żadnego uszczerbku finansowego, to nie ma faktycznej potrzeby stosowania represji karnej. Jednocześnie przepisy te mają istotne zadania w ujawnianiu grup przestępczych, dokonujących poważniejszych przestępstw skarbowych²⁵. Bezkarność zagwarantowana sprawcy, który wykaże czynny żal, jest więc ceną płaconą za zdemaskowanie sprawców czynów karnych skarbowych, neutralizację grup i związków przestępczych, odzyskanie utraconych należności i zaoszczędzenie sił i środków związanych z ujawnieniem czynów zabronionych, prowadzeniem postępowań karnych skarbowych i przymusowym egzekwowaniem należności publicznoprawnych²⁶. Charakterystyczną cechą czynnego żalu jest to, że z instytucji tej sprawca może skorzystać bez względu na wagę naruszonego dobra chronionego prawem, a określonego w części szczególnej k.k.s. Mogą to być zarówno drobne wykroczenia podatkowe, jak i najpoważniejsze przestępstwa podatkowe skierowane przeciwko istotnym interesom finansowym państwa polskiego²⁷.

Instytucja czynnego żalu pojawiła się już w pierwszej polskiej ustawie karnej skarbowej z dnia 2 sierpnia 1926 r.²⁸. Art. 9 tej ustawy przewidywał, że jeśli sprawca przestępstwa skarbowego, polegającego wyłącznie na uszczupleniu dochodu skarbowego, doniesie o nim władzy skarbowej powołanej do ścigania przestępstwa, zanim ona się o tym dowie, to „nie ulega on karze”. Warunkiem skorzystania z tego przepisu było jednocześnie złożenie całej uszczuplonej należności w terminie oznaczonym przez władzę skarbową. Instytucję czynnego żalu regulowały wszystkie kolejne ustawy karne skarbowe²⁹.

²⁵ Z. Siwik, *Systematyczny komentarz...*, s. 125.

²⁶ V. Konarska-Wrzosek, [w:] V. Konarska-Wrzosek, T. Oczkowski, J. Skorupka, *op. cit.*, s. 162–163.

²⁷ Zob. art. 53 § 11 k.k.s.; szerzej: J. Sawicki, *Zarys prawa karnego skarbowego*, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 30.

²⁸ Dz. U. R. P. Nr 105, poz. 609.

²⁹ Ustawa karna skarbowa z dnia 18 marca 1932 r. (Dz. U. R. P. Nr 34, poz. 355) w art. 9; dekret Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 3 listopada 1936 r. – Prawo karne skarbowe (Dz. U. R. P. Nr 84, poz. 581) w art. 5; dekret z dnia 11 kwietnia 1947 r. – Prawo karne skarbowe (Dz. U. Nr 32, poz. 140) w art. 6; ustawa karna skarbowa z dnia 13 kwietnia 1960 r. (Dz. U. Nr 21, poz. 123) w art. 24; ustawa karna skar-

W obowiązującym Kodeksie karnym skarbowym, w art. 16, określone zostały warunki, jakie musi spełnić sprawca przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, aby mógł skorzystać z instytucji czynnego żalu. Według tego przepisu podstawową przesłanką zastosowania instytucji czynnego żalu jest zawiadomienie przez sprawcę organu powołanego do ścigania o dokonaniu czynu zabronionego, czyli tzw. samodenuncjacja. Zawiadomienie takie powinno zawierać opis czynu, który popełnił sprawca (sytuację faktyczną) oraz „przyznanie się sprawcy” do winy³⁰. Chodzi o dostarczenie organowi ścigania informacji dotyczących czynów zabronionych, dotychczas mu nieznanymi. Zawiadomienie to może być złożone zarówno ustnie do protokołu, jak i na piśmie.

Zgodnie z kodeksem zawiadomienie jest bezskuteczne, jeżeli zostało złożone w czasie, kiedy organ ścigania miał już wyraźnie udokumentowaną wiadomość o popełnieniu tego przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego. Zawiadomienie nie wywołuje skutków również wtedy, jeśli złożone zostało po rozpoczęciu przez organ ścigania czynności służbowych, zwłaszcza przeszukania, czynności sprawdzającej lub kontroli zmierzającej do ujawnienia czynu. Z reguły chodzi o czynności służbowe podejmowane przez inspektorów kontroli skarbowej i funkcjonariuszy urzędów skarbowych³¹. Można powiedzieć, że okoliczność ta rozszerza zakres przesłanki bezskuteczności czynnego żalu z art. 16 § 5 pkt 1 k.k.s. na przedpole posiadania przez organ ścigania wyraźnie udokumentowanej wiadomości o popełnieniu czynu zabronionego³². Jednocześnie jednak kodeks wyraźnie zastrzega możliwość skutecznego zgłoszenia samodenuncjacji ze skutkiem czynnego żalu, gdy czynności te nie dostarczyły podstaw do wszczęcia postępowania o czyn, którego czynny żal ma dotyczyć³³.

Instytucja czynnego żalu zapewnia bezkarność sprawcy przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, jeżeli przed organem powołanym do ścigania ujawni on całą prawdę o czynie zabronionym i o okolicznościach jego popełnienia, a gdy nie popełnił go sam, również o wszystkich znanych mu osobach, które brały udział w popełnieniu czynu zabronionego. Przez ustawowe sformułowanie „ujawniając” należy rozumieć dostarczenie organowi ścigania informacji dotyczących przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, dotychczas mu nieznanymi. Muszą to być istotne okoliczności czynu zabro-

kowa z dnia 26 października 1971 r. (ustawę ogłoszono w Dz. U. Nr 28, poz. 260; t.j.: Dz. U. z 1984 r. Nr 22, poz. 103 ze zm.) w art. 7 (do przestępstw skarbowych) i art. 36 (do wykroczeń skarbowych).

³⁰ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Kodeks...*, s. 141.

³¹ J. Michalski, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł I, przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe*, Warszawa 2000, s. 41.

³² G. Łabuda, T. Razowski, *Czynny żal w Kodeksie karnym skarbowym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 2, s. 102–103.

³³ T. Grzegorzczak, *Instytucja czynnego żalu w ustawie karnej skarbowej i projekcie nowej u.k.s.*, „Palestra” 1996, nr 9–10, s. 54; J. Palatyński, S. Wurzel, *Wybrane zagadnienia z ustawy karnej skarbowej w świetle praktyki i orzecznictwa*, „Palestra” 1973, nr 3, s. 13.

nionego, tj. takie, które przyczynią się do wyjaśnienia całego zachowania się sprawcy, a jeżeli współdziałał on z innymi osobami, także zachowania tych osób³⁴.

W art. 16 § 6 k.k.s. wyłączono możliwość stosowania instytucji czynnego żalu do: sprawcy kierowniczego, sprawcy polecającego, organizatora lub kierującego grupą albo związkiem przestępczym mającym na celu popełnienie przestępstwa skarbowego oraz prowokatora. Generalnie można powiedzieć, że wyłączenia dotyczą osób pełniących rolę inicjującą, organizatorską lub kierowniczą³⁵.

Przepis art. 16 § 2 k.k.s. przewiduje warunek fiskalny czynnego żalu, jakim jest uiszczenie uszczuplonej należności publicznoprawnej. Warunek ten został sformułowany bezosobowo, co oznacza, że nie musi go dopełnić wyłącznie sprawca, lecz również podmiot zobowiązany w myśl prawa finansowego, co dotyczy zastępcy prawnego, o którym mowa w art. 9 § 3 k.k.s.³⁶. Przepis art. 16 § 2 k.k.s. żąda uiszczenia należności publicznoprawnej „w całości” w terminie wyznaczonym przez uprawniony organ postępowania przygotowawczego. Dominuje pogląd, że wymóg uiszczenia „w całości” oznacza, że uszczuplona należność publicznoprawna powinna zostać uiszczona wraz z odsetkami. W przypadku podatku (zaległości podatkowej) całość należności obejmować więc będzie kwotę podatku oraz naliczone odsetki za zwłokę³⁷. Wyrażający ten pogląd argumentują, że wprawdzie z art. 53 § 27 k.k.s. wynika, że należnością uszczuploną jest kwota, od której uiszczenia lub zadeklarowania zobowiązany się uchylił, ale w kwestii podatków Ordynacja podatkowa³⁸ zakłada, że nieuiszczony podatek staje się zaległością, od której liczy się odsetki, a wpłaty niepokrywające całości tych sum zaliczane są *ex lege* proporcjonalnie na rzecz zaległości i odsetek. Oznacza to, że wpłata całej sumy odpowiadającej niewpłaconemu w terminie podatkowi nie będzie w istocie – i to z mocy prawa – stanowiła uiszczenia całej uszczuplonej należności. Trzeba też podkreślić, że odsetki za zwłokę wpłaca się bez wezwania uprawnionych organów³⁹.

W myśl art. 16 § 2 k.k.s., jeżeli czyn zabroniony nie polegał na uszczupleniu należności publicznoprawnej, a przepisy kodeksu nakazują w przypadku popełnienia tego czynu przepadek przedmiotów (art. 30 k.k.s.), to sprawca powinien złożyć te przedmioty. Jeśli jest to niemożliwe (przedmiot został np. zniszczony albo jako własność innej osoby podlega zwrotowi na jej rzecz na skutek zgłoszonej interwencji), to sprawca ma obowiązek uiścić równowartość pieniężną przedmiotów, określoną przez organ i w ter-

³⁴ S. Baniak, *Prawo karne skarbowe*, wyd. IV, Warszawa 2009, s. 100.

³⁵ L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 83–84.

³⁶ *Ibidem*, s. 83.

³⁷ *Ibidem*, s. 85; tak też: A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Zaniechanie ukarania sprawcy przestępstwa skarbowego*, Warszawa 2003, s. 20; S. Baniak, *op. cit.*, s. 101.

³⁸ Zob. przypis 3.

³⁹ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Kodeks...*, s. 143–144.

minie przez niego zakreślonym⁴⁰. Zgodnie z art. 16 § 3 k.k.s., obowiązek uiszczenia równowartości pieniężnej nakłada się także wtedy, gdy złożone przez sprawcę przedmioty podlegające przypadkowi, mogą ulec szybkiemu zniszczeniu lub zepsuciu, ich przechowywanie byłoby połączone z niewspółmiernymi kosztami lub nadmiernymi trudnościami albo powodowałoby znaczne obniżenie ich wartości⁴¹.

Uzupełnieniem przepisów rozdziału 2 k.k.s. o czynnym żalu jest art. 16a, wprowadzony do kodeksu z inicjatywy resortu finansów⁴², który obowiązuje od 1 września 2005 r.⁴³. Zakłada on szczególny przypadek „niepodlegania karze” w związku ze złożeniem korekty deklaracji podatkowej. Zgodnie z art. 16a k.k.s. nie podlega karze ten, kto złożył prawnie skuteczną, w rozumieniu przepisów ustawy – Ordynacja podatkowa⁴⁴ lub ustawy o kontroli skarbowej⁴⁵, korektę deklaracji podatkowej wraz z uzasadnieniem przyczyny korekty i w całości uiszczył, niezwłocznie lub w terminie wyznaczonym przez uprawniony organ, należność publicznoprawną uszczuploną lub narażoną na uszczuplenie. Ta postać czynnego żalu nie ma charakteru uniwersalnego, lecz ograniczony do podatników (płatników i inkasentów), którzy dopuścili się przestępstw lub wykroczeń podatkowych. Warunkiem niekaralności sprawcy jest złożenie korekty deklaracji wraz z uzasadnieniem przyczyny korekty oraz uiszczenie w całości uszczuplonej należności publicznoprawnej lub należności narażonej na uszczuplenie⁴⁶. W ramach art. 16a k.k.s. chodzi o takie korekty deklaracji, które ujawniają tzw. niedopłatę lub zawyżenie zwrotu nadpłaty na rzecz korygującego, czyli uszczuplenie należności publicznoprawnej, a nie te, które wskazują np. tylko nadpłatę⁴⁷. W odróżnieniu od art. 16, w art. 16a k.k.s. nie przewiduje się żadnych innych wymogów ani wyłączeń.

Uregulowanie instytucji czynnego żalu w ramach art. 16a k.k.s., dotyczącego korekty deklaracji podatkowej, wydaje się jednak niecelowe. W celu prawidłowej oceny przepisu z art. 16a k.k.s. konieczne jest uwzględnienie, że w świetle art. 10 § 1 k.k.s. pomyłka w deklaracji wynikająca bądź to z błędu co do okoliczności faktycznych należących do znamion, bądź co do przepisów prawa podatkowego wypełniających blankietowe sformułowanie k.k.s. – wyklucza przyjęcie umyślności, albowiem podlega ocenie

⁴⁰ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2009, s. 85.

⁴¹ Zob. szerzej: J. Sawicki, *Zarys prawa...*, s. 87–90 i 101–102.

⁴² Propozycja dodania art. 16a do k.k.s. została zgłoszona w trakcie prac sejmowej komisji, która zajmowała się nowelizacją Ordynacji podatkowej, a nie bezpośrednią nowelizacją k.k.s.

⁴³ Art. 16a dodany przez art. 11 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Ordynacja podatkowa oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 143, poz. 1199). Następnie zmodyfikowano jego treść ustawą z dnia 28 września 2006 r. o zmianie ustawy o kontroli skarbowej oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 191, poz. 1413).

⁴⁴ Zob. przypis 3.

⁴⁵ Ustawa z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (t.j.: Dz. U. z 2004 r. Nr 8, poz. 65 ze zm.).

⁴⁶ V. Konarska-Wrzosek, [w:] V. Konarska-Wrzosek, T. Oczkowski, J. Skorupka, *op. cit.*, s. 165.

⁴⁷ T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 89; zob. też: L. Wilk, *Jeszcze w sprawie tzw. niekaralności korekt deklaracji podatkowych*, „Przegląd Sądowy” 2004, nr 7–8.

w kontekście błędu co do znamienia. Tymczasem oszustwa podatkowe mogą być popełnione wyłącznie umyślnie. Dlatego, jak słusznie dowodzi L. Wilk⁴⁸, podatnikom mylącym się nie potrzeba instytucji czynnego żalu, gdyż uwalnia ich od odpowiedzialności karnej skarbowej przepis art. 10 § 1 k.k.s. Czynny żal jest instytucją przewidzianą dla rzeczywistych oszustów podatkowych w rozumieniu przepisów art. 56 § 1–3 czy art. 76 k.k.s., którzy się nie mylą, lecz działają umyślnie. Dla nich wszakże istnieje przepis art. 16 k.k.s., jak się wydaje w pełni wystarczający. Uchylenie przepisu art. 16a k.k.s., a więc powrót do pierwotnej konstrukcji czynnego żalu w Kodeksie karnym skarbowym, przyczyni się do wzmocnienia roli przepisów karnych skarbowych na tym polu, a tym samym powinno służyć lepszej ochronie przestrzegania prawa w tak ważnej dla finansów publicznych dziedzinie, jak prawo podatkowe.

Przeprowadzone badania⁴⁹ obejmujące finansowe organy postępowania przygotowawczego działające we Wrocławiu⁵⁰, z okresu pięciu lat⁵¹ ich działalności wykazały, że na ogólną liczbę zawiadomień (wniosków o ukaranie) 78 556, aż 13 811 finansowe organy postępowania przygotowawczego zakwalifikowały jako czynny żal skutkujący niepodleganiem karze i zastosowaniem art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. (w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Tak więc, 17,6% zawiadomień o czynach karnych skarbowych spełniło kryteria czynnego żalu z art. 16 lub 16a k.k.s., czyli niemal co piąte zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego. Należy też zauważyć, że w kolejnych badanych latach, począwszy od 2006 r., liczba czynnych żalów systematycznie rosła w stosunku do lat poprzednich (w 2008 r. nawet o 28,2%) przy porównywalnej liczbie zawiadomień, w wyniku czego udział czynnego żalu wśród wszystkich zawiadomień o popełnionych czynach zabronionych w kolejnych latach był coraz wyższy i odpowiednio wynosił: 6,6% w 2005 r., 14,7% w 2006 r., 15,3% w 2007 r., 23,2% w 2008 r. i 28,5% w 2009 r. Może to wskazywać na trwałą już tendencję do coraz częstszego korzystania przez sprawców z dobrodziejstwa tej instytucji, a przy okazji świadczyć o wzroście świadomości prawnej społeczeństwa, co może wynikać z korzystania w większym zakresie z profesjonalnej pomocy prawnej⁵².

⁴⁸ L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 86–87.

⁴⁹ Badania własne autora, zob. J. Sawicki, *Zaniechanie ukarania jako element polityki karnej w prawie karnym skarbowym*, Wrocław 2011, s. 325–328.

⁵⁰ Urząd Kontroli Skarbowej we Wrocławiu oraz urzędy skarbowe: Pierwszy Urząd Skarbowy we Wrocławiu, Urząd Skarbowy Wrocław Fabryczna, Urząd Skarbowy Wrocław Krzyki, Urząd Skarbowy Wrocław Psie Pole, Urząd Skarbowy Wrocław Stare Miasto, Urząd Skarbowy Wrocław Śródmieście, Dolnośląski Urząd Skarbowy we Wrocławiu. Badania nie objęły Urzędu Celnego we Wrocławiu z braku dostępu do danych.

⁵¹ Badania dotyczyły lat 2005–2009.

⁵² Zob. szerzej: J. Sawicki, *Znaczenie czynnego żalu w prawie karnym skarbowym*, „Prokuratura i Prawo”, 2013, nr 6, s. 32–55.

3.

Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności to instytucja degresji karania ujęta w Kodeksie karnym skarbowym w art. 17 i 18 (rozdział 2: Zaniechanie ukarania sprawcy) oraz w art. 142–149 (rozdział 16: Zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności). Ma tę zaletę, że wyrok sądu zezwalający na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności powoduje takie same skutki prawne jak prawomocne orzeczenie kończące postępowanie w sprawie o czyn karny skarbowy, ale nie podlega wpisowi do Krajowego Rejestru Karnego⁵³ i nie daje piętna skazania. Również uiszczenie określonej kwoty tytułem kary grzywny w drodze dobrowolnego poddania się odpowiedzialności nie stanowi przesłanki recydywy skarbowej⁵⁴. A zatem osoba dobrowolnie poddająca się odpowiedzialności karnej skarbowej zachowuje status osoby niekaranej⁵⁵. Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest więc środkiem reakcji na czyn karny skarbowy, zastępującym typową represję karną, za pomocą którego załatwia się znakomitą większość spraw dotyczących wykroczeń skarbowych i przestępstw skarbowych o dużym stopniu społecznej szkodliwości popełnionych przez niezbyt groźnych sprawców, a który jest korzystny zarówno dla sprawcy, jak i społeczeństwa oraz interesów pokrzywdzonych podmiotów publicznoprawnych. Sprawcę spotyka dolegliwość stosunkowo mała, a podmiot publicznoprawny pokrzywdzony przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym szybko odzyskuje należne mu kwoty pieniędzy, i to w pełnej wysokości, bez dodatkowych kosztów na przymusowe ich wyegzekwowanie. Duże oszczędności zaznaczają się także w zakresie kosztów i stopnia zaabsorbowania organów postępowania przygotowawczego i wymiaru sprawiedliwości⁵⁶.

Należy też wyraźnie podkreślić, że dobrowolne poddanie się odpowiedzialności stanowi autonomiczną regulację polskiego prawa karnego skarbowego, stosowaną zarówno za przestępstwa skarbowe, jak i wykroczenia skarbowe. Instytucja ta znana była już w okresie międzywojennym, choć poprzednio zwana była dobrowolnym poddaniem się karze. Pierwsza polska ustawa karna skarbowa z dnia 2 sierpnia 1926 r.⁵⁷ regulowała dobrowolne poddanie się karze w art. 176–181. Zmianę nazwy wprowadziła nowelizacja z dnia 3 sierpnia 1998 r.⁵⁸ do poprzednio obowiązującej ustawy karnej skarbowej

⁵³ Ustawa z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j.: Dz. U. z 2012 r. Nr 0, poz. 654).

⁵⁴ V. Konarska-Wrzosek, [w:] V. Konarska-Wrzosek, T. Oczkowski, *Prawo karne skarbowe. Zagadnienia materialnoprawne i wykonawcze*, Toruń 2005, s. 128; J. Sawicki, *Prawne konsekwencje recydywy skarbowej*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, 2008, nr 3, s. 83–84.

⁵⁵ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Kodeks...*, s. 150.

⁵⁶ V. Konarska-Wrzosek, [w:] V. Konarska-Wrzosek, T. Oczkowski, *op. cit.*, s. 133.

⁵⁷ Dz. U. R. P. Nr 105, poz. 609.

⁵⁸ Dz. U. Nr 108, poz. 682.

z dnia 26 października 1971 r.⁵⁹, która regulowała tę instytucję w art. 196–199⁶⁰. Uznano bowiem, iż poprzednia nazwa nietrafnie sugerowała, że osoba, która skorzystała z tego środka, uchodziła za osobę karaną⁶¹.

W przypadku dobrowolnego poddania się odpowiedzialności istotę konsensualnego sposobu zakończenia postępowania w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe stanowi porozumienie między sprawcą i finansowym organem postępowania przygotowawczego⁶², co do treści składanego do sądu wniosku, a w konsekwencji także zapadającego w postępowaniu sądowym wyroku⁶³. Negocjacje sprawy z finansowym organem postępowania przygotowawczego inicjuje wniosek sprawcy o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności⁶⁴. Wniosek ten sprawca może zgłosić po przedstawieniu mu zarzutów, a więc po uprzednim wszczęciu postępowania karnego skarbowego przeciwko niemu⁶⁵, do czasu wniesienia aktu oskarżenia do sądu (art. 142 § 1 k.k.s.)⁶⁶.

Warunkiem skorzystania przez sprawcę z instytucji dobrowolnego poddania się odpowiedzialności jest uiszczenie w całości wymagalnej należności publicznoprawnej⁶⁷, jeżeli w związku z popełnionym czynem zabronionym nastąpiło uszczuplenie tej należności⁶⁸. Wymóg, aby uiszczono w całości wymagalną należność publicznoprawną, jeżeli czyn zabroniony polega na uszczupieniu tej należności – tak jak w przypadku czynnego żalu – jest wyrazem respektowania podstawowego celu postępowania w tych sprawach, czyli wyrównania uszczerbku finansowego Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub Unii Europejskiej. Jak zauważa Z. Gostyński, zwrot w całości uszczuplonej

⁵⁹ T.j.: Dz. U. z 1984 r. Nr 22, poz. 103 ze zm.

⁶⁰ Zob. szerzej: Z. Siwik, *Dobrowolne poddanie się karze w prawie karnym skarbowym*, „Finanse”, 1978, nr 10.

⁶¹ Z. Gostyński, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł II, postępowanie w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Tytuł III, postępowanie wykonawcze*, Warszawa 2000, s. 207–208; V. Konarska-Wrżosek, [w:] V. Konarska-Wrżosek, T. Oczkowski, *op. cit.*, s. 128.

⁶² Finansowe organy postępowania przygotowawczego to: urząd skarbowy, inspektor kontroli skarbowej, urząd celny (art. 53 § 37 k.k.s.).

⁶³ J. Zagrodnik, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 708.

⁶⁴ Zauważyć należy, że o ile wniosek sprawcy do finansowego organu postępowania przygotowawczego określony jest w art. 142 § 1 k.k.s. jako „wniosek o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności”, to wniosek finansowego organu postępowania przygotowawczego kierowany do sądu nazywany jest w art. 145 § 1 k.k.s. „wnioskiem o udzielenie takiego zezwolenia”. Rozróżnianie tych określeń terminologicznych pozwala uniknąć ewentualnych nieporozumień (Z. Gostyński, *op. cit.*, s. 226).

⁶⁵ F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz, tom II (komentarz do art. 54–191 k.k.s.)*, Kraków 2006, s. 1062.

⁶⁶ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Zaniechanie...*, s. 40.

⁶⁷ Należność publicznoprawna została zdefiniowana w art. 53 § 26 i 26a k.k.s.

⁶⁸ Zgodnie z art. 53 § 27 k.k.s. należność publicznoprawna uszczuplona czynem zabronionym jest to wyrażona liczbowo kwota pieniężna, od której uiszczenia lub zadeklarowania uiszczenia w całości lub w części osoba zobowiązana uchyliła się i w rzeczywistości ten uszczerbek finansowy nastąpił.

należności publicznoprawnej stanowi ten punkt porozumienia procesowego, jakim jest dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, który nie podlega negocjowaniu⁶⁹.

Sprawca powinien także uiścić kwotę odpowiadającą co najmniej najniższej karze grzywny grożącej za dany czyn zabroniony. Należy podkreślić, że art. 17 § 1 pkt 2 k.k.s. nakłada wymieniony w nim obowiązek bezpośrednio na samego sprawcę⁷⁰. W myśl art. 143 § 1 pkt 2 k.k.s., składając wniosek o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, należy uiścić tytułem kary grzywny kwotę odpowiadającą co najmniej 1/3 minimalnego wynagrodzenia w przypadku przestępstwa skarbowego, a za wykroczenie skarbowe kwotę odpowiadającą co najmniej 1/10 tego wynagrodzenia. Odnosnie do wysokości wymaganej kwoty wpłacanej tytułem kary grzywny, w literaturze podnosi się, iż powinna decydować data występowania z wnioskiem i minimalne wynagrodzenie w tym momencie, co nie wyklucza żądania przez organ podwyższenia wpłaty w razie podniesienia się wysokości tego wynagrodzenia w trakcie negocjacji⁷¹.

Wyrażenie przez sprawcę zgody na przepadek przedmiotów dotyczy tych przedmiotów, których przepadek jest obligatoryjny w związku z popełnieniem przestępstwa lub wykroczenia skarbowego. W razie niemożności złożenia tych przedmiotów, sprawca ma obowiązek uiszczenia ich równowartości pieniężnej. Natomiast w odniesieniu do przedmiotów, których posiadanie i którymi obrót jest zakazany (wymienionych w art. 29 pkt 4 k.k.s.) oraz specjalnie przysposobionych do popełnienia czynu zabronionego albo gdy uiszczona należność publicznoprawna dotycząca przedmiotów zagrożonych przepadkiem jest niewspółmiernie niska w stosunku do kwoty równowartości pieniężnej przepadku – nie można orzekać uiszczenia ich równowartości pieniężnej i sprawca musi wyrazić zgodę na ich przepadek (art. 17 § 1 pkt 3 k.k.s.)⁷².

Przepis art. 17 § 1 pkt 4 k.k.s. wymaga uiszczenia co najmniej zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania. Tak samo, jak w przypadku uiszczenia należności publicznoprawnej, wymóg ten nie jest kierowany wyłącznie pod adresem sprawcy („uiszczono”), co oznacza, że koszty te może uiścić także inny podmiot⁷³. Koszty te określa wydane na podstawie art. 143 § 6 k.k.s. rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 8 grudnia 2005 r. w sprawie wysokości zryczałtowanych kosztów postępowania związanych ze zgłoszeniem wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe⁷⁴ – ustalając je w ruchomej wysokości, tj. na 1/12 minimalnego wynagrodzenia przy wykroczeniach skarbowych i na 1/10

⁶⁹ Z. Gostyński, *op. cit.*, s. 216.

⁷⁰ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 76.

⁷¹ T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 596; tak też: S. Baniak, *op. cit.*, s. 109–110.

⁷² S. Baniak, *op. cit.*, s. 105.

⁷³ W. Kotowski, B. Kurzępa, *op. cit.*, s. 76.

⁷⁴ Dz. U. Nr 244, poz. 2074.

tego wynagrodzenia przy przestępstwach skarbowych. Wydaje się, iż decydować ma minimalne wynagrodzenie z daty zgłoszenia wniosku, są to bowiem – zgodnie z art. 143 § 6 k.k.s. – zryczałtowane koszty „związane ze zgłoszeniem wniosku”⁷⁵.

W myśl art. 146 § 2 k.k.s. finansowy organ postępowania przygotowawczego może rozszerzyć zakres warunków, które sprawca powinien spełnić, aby można było zastosować instytucję dobrowolnego poddania się odpowiedzialności. Przepis ten dopuszcza nałożenie na sprawcę dodatkowych obowiązków, takich jak:

- (a) uiszczenie tytułem kary grzywny dodatkowej kwoty, nieprzekraczającej jednak łącznie z kwotą już wpłaconą wysokości połowy sumy odpowiadającej górnej granicy ustawowego zagrożenia za dany czyn zabroniony,
- (b) wyrażenie zgody na przepadek przedmiotów nieobjętych wnioskiem sprawcy, a w razie niemożności ich złożenia – uiszczenie równowartości pieniężnej tych przedmiotów,
- (c) uiszczenie pozostałych kosztów postępowania⁷⁶.

Wysokość kwoty uiszczonej tytułem grzywny oraz zakres zgody sprawcy na orzeczenie przepadku przedmiotów stanowią podlegające negocjacom punkty porozumienia procesowego między sprawcą a finansowym organem postępowania przygotowawczego. O pozostałych kosztach postępowania, do których uiszczenia miałby być zobowiązany sprawca, można mówić tylko wówczas, gdy koszty dotychczasowego postępowania przekroczyły zryczałtowaną równowartość kosztów postępowania uiszczoną przy złożeniu wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności⁷⁷.

Po zakończeniu negocjacji finansowy organ postępowania przygotowawczego występuje do sądu z wnioskiem o udzielenie sprawcy zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, o ile sam przychyliła się do wniosku sprawcy. Wniosek ten kończy negocjacje pomiędzy sprawcą a organem finansowym i jednocześnie otwiera drogę do rozpoczęcia postępowania przed sądem w sprawie udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności⁷⁸. Włączenie sądu do procedury dobrowolnego poddania się odpowiedzialności ma realizować konstytucyjną zasadę prawa do sądu, wyrażoną w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

Po przeprowadzeniu posiedzenia, uwzględniając wniosek, sąd udziela zezwolenia wyrokiem (art. 148 § 5 k.k.s.), a gdy uzna, że nie zachodzą podstawy do uwzględnienia wniosku, niezwłocznie zwraca sprawę finansowemu organowi postępowania przygotowawczego, wydając w tej sprawie postanowienie (art. 148 § 6 k.k.s.). Takie rozwiązanie

⁷⁵ T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, s. 595–596.

⁷⁶ Zob. szerzej: J. Sawicki, *Obowiązki sprawcy w ramach dobrowolnego poddania się odpowiedzialności*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. LXXXV, M. Jabłoński (red.), Wrocław 2011, s. 115–134.

⁷⁷ J. Zagrodnik, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 711.

⁷⁸ A. Bartosiewicz, R. Kubacki, *Zaniechanie...*, s. 49.

obowiązuje od 17 grudnia 2005 r.⁷⁹. Wcześniej sąd rozstrzygał w kwestii zezwolenia postanowieniem albo oddalał wnioski organu finansowego o wydanie takiego zezwolenia również w formie postanowienia. Uregulowanie to nie spełniało jednak standardów konstytucyjnych, zgodnie z którymi przypisanie odpowiedzialności karnej może nastąpić wyłącznie w wyroku (art. 42 ust. 3 Konstytucji RP). W konsekwencji, po nieodzwolonej w tym przedmiocie interwencji ustawodawcy, dokonano zmiany w § 5 art. 148 k.k.s., polegającej na przyjęciu, że pozytywne rozstrzygnięcie sądu w kwestii udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności wymaga wydania wyroku⁸⁰.

Z udziałem sądu w procedurze dobrowolnego poddania się odpowiedzialności łączy się też istotne problemy. Wydaje się, iż wskazane jest przywrócenie po stronie sądu możliwości modyfikowania na korzyść sprawcy warunków wynegocjowanych z nim przez finansowy organ postępowania przygotowawczego, dotyczących dolegliwości w postaci wysokości kwoty uiszczonej tytułem kary grzywny i zakresu przepadku przedmiotów. Należy też poprawić treść art. 149 § 1 k.k.s. w wywołującej zastrzeżenia kwestii zakresu kontroli odwoławczej wyroku zezwalającego na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, tak aby nie budziło żadnych wątpliwości prawo sądu odwoławczego do uchylania wyroków zezwalających na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności dotkniętych rażącymi wadami prawnymi. Wreszcie, organem właściwym do rozpoznawania zażalenia na postanowienie finansowego organu postępowania przygotowawczego, odmawiającego skierowania do sądu wniosku o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (uregulowanego w art. 147 k.k.s.), powinien być sąd, a nie finansowy organ nadrzędny. Wszystkie trzy zmiany służyłyby zwiększeniu kompetencji sądu w procedurze dobrowolnego poddania się odpowiedzialności⁸¹.

Z przeprowadzonych badań⁸² wynika, że finansowe organy postępowania przygotowawczego skierowały do sądu wnioski o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w 55,1% wszczętych spraw karnych skarbowych. Z kolei zgoda sądu na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności stanowi ponad połowę wszystkich rozstrzygnięć⁸³ (66,8%), a drugie co do ilości rozstrzygnięcie sądu w postaci ukarania na

⁷⁹ Na mocy ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 178, poz. 1479).

⁸⁰ J. Zagrodnik, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 721.

⁸¹ Zob. szerzej: J. Sawicki, *Rola sądu w procedurze dobrowolnego poddania się odpowiedzialności*, „Wrocławskie Studia Sądowe”, 2013, nr 1, s. 18–39.

⁸² Zob. badania własne autora: J. Sawicki, *Zaniechanie...*, s. 332–338. W zakresie dobrowolnego poddania się odpowiedzialności badania objęły sprawy karne skarbowe z lat 2005–2009 w liczbie 4627, rozpoznane we wszystkich wydziałach karnych wrocławskich sądów rejonowych.

⁸³ Uwzględnione rodzaje rozstrzygnięć sądowych w sprawach karnych skarbowych: 1) odstąpienie od wymierzenia kary, 2) ukaranie na podstawie aktu oskarżenia, 3) zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, 4) zwrot wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w celu kontynuowania postępowania, 5) uniewinnienie, 6) umorzenie postępowania, 7) warunkowe umorzenie postępowania, 8) zwrot w celu uzupełnienia postępowania, 9) przekazanie według właściwości.

podstawie aktu oskarżenia dotyczy już tylko 22,6% spraw. Nie ulega więc wątpliwości, że dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w sprawach karnych skarbowych zdominowało sądowe postępowanie w tych sprawach. Zapewnia to znaczne odciążenie sądów i przyspieszenie postępowania sądowego. Podkreślenia wymaga jednocześnie symboliczna liczba odmów sądu w kwestii dobrowolnego poddania się odpowiedzialności, gdyż odnotowano zaledwie 8 postanowień tej treści przy 3093 wyrokach zezwalających na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, co stanowi niecałe 0,2% rozstrzygnięć sądu.

4.

Przeprowadzona analiza instytucji zaniechania ukarania sprawcy skłania do wyrażenia stanowiska, że model zaniechania ukarania sprawcy przyjęty w prawie karnym skarbowym odpowiada tendencjom współczesnej polityki karnej i stanowi element racjonalnej polityki karnej. Do najważniejszych czynników przemawiających za modelem zaniechania ukarania sprawcy w prawie karnym skarbowym należy w szczególności zaliczyć – z jednej strony – poważny kryzys tradycyjnego wymiaru sprawiedliwości karnej i związany z nim coraz dalej idący sceptycyzm wobec tradycyjnych kar kryminalnych, a w szczególności wobec możliwości osiągnięcia przypisywanych karom kryminalnym celów, a z drugiej – pojawienie się nowych form reakcji na przestępczość związanych z ideą sprawiedliwości naprawczej, zintegrowanych z systemem wymiaru sprawiedliwości, pozwalające na wypracowanie sposobu naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym w ramach tego systemu na różnych etapach postępowania karnego skarbowego i przy większym użyciu środków z zakresu degresji karania.

Zaniechanie ukarania sprawcy przez swoje instytucje realizuje zasadę priorytetu celu egzekucyjnego przed represją, co wyraża uzależnienie ich zastosowania od odpowiednio wczesnego uiszczenia uszczuplonej należności publicznoprawnej⁸⁴. Jest to przy tym rozwiązanie zgodne z nowymi trendami współczesnej polityki karnej w zakresie karania średnich i drobnych czynów zabronionych. Rozwiązanie konfliktu społecznego na drodze dobrowolnego wyrównania przez sprawcę uszczerbku finansowego uprawnionego podmiotu służy bowiem realizacji zasady ekonomii procesowej, gdyż po skutecznym zastosowaniu instytucji z rozdziału 2 k.k.s. wyeliminowane zostaje całkowicie prowadzenie jakiegokolwiek postępowania wykonawczego⁸⁵. Zasadna wydaje się więc ocena, że oparcie odpowiedzialności karnej skarbowej na modelu zaniechania ukarania

⁸⁴ Por. L. Wilk, [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks...*, s. 75 i 77.

⁸⁵ F. Prusak, *Kodeks...*, tom I, s. 270–271.

sprawcy za cenę odzyskania uszczuplonych należności podatkowych, znajduje racjonalne uzasadnienie i wydatnie wzmacnia ochronę prawa podatkowego.

Defesa do direito tributário nas instituições de desistência da punição na Polônia

Resumo

O principal tema deste trabalho é a avaliação do modelo de desistência de punição de um infrator do direito penal tributário, do ponto de vista da eficiência da proteção deste ramo do sistema jurídico polonês.

A obrigação de pagar os tributos e outros impostos baseia-se na Constituição da República da Polónia. Conforme o seu artigo 84 cada um tem o dever de suportar os encargos e as prestações públicas, inclusive os impostos definidos na lei. O não cumprimento culposo das suas obrigações tributárias constitui um delito fiscal ou uma contravenção fiscal. Isso leva à responsabilidade tributária criminal. Da perspectiva penal tributária, pode-se facilmente perceber que neste ramo jurídico prevalece a prioridade das penas de índole econômica. Em outras palavras, uma multa é a primeira punição, enquanto a privação da liberdade é a última.

O sistema de penas e meios regulamentados no código criminal tributário não é o único nem o mais importante. No direito criminal fiscal trata-se mais de uma recuperação dos créditos do Estado e de uma compensação do prejuízo financeiro ao Tesouro ou a outro sujeito autorizado, do que de uma repressão. A prioridade da execução sobre a repressão deve ser a especificidade da política criminal no direito penal fiscal. Em outras palavras, quando a regulação do prejuízo financeiro e das demais possíveis obrigações do Erário Público é mais rápida, o delinqüente pode aguardar mais comutação da pena, além das outras reduções e indulgências. Por isso, neste último caso, papel importante desempenham tais instituições como o arrependimento ativo, a sujeição voluntária à punição e a desistência à pena ou outro meio penal.

O exame das duas primeiras instituições de desistência de punição do infrator fiscal - amplamente empregadas na prática judicial polonesa - induz a exprimir a opinião que o modelo usado é um valioso instrumento da política criminal racional. Que mais, esta ênfase à recuperação das importâncias tributárias devidas em prejuízo da punição, reforça a salvaguarda do direito tributário na Polónia.

Palavras-chaves: contribuições e tributos, desistência ao pena, infração fiscal, recuperação das importâncias tributárias

Rozdział IV.
Integracje regionalne

Capítulo IV.
Integrações regionais

Altay Bozhkarauly

Euroazjatycka unia gospodarcza: o perspektywach integracji gospodarczej Europy Wschodniej z Azją Środkową*

Streszczenie

Artykuł przedstawia stan i perspektywy rozwoju tzw. euroazjatyckiej integracji gospodarczej. Autor bada proces realizacji jej czterech swobód: obrotu towarowego i kapitałowego oraz przemieszczania się pracowników i usług. Praca pokazuje dialektykę kierunków ewolucji przylegających do siebie dwóch ważkich części kontynentów: Europy Wschodniej i Azji Środkowej.

Integracja państw, szczególnie w sferze stosunków gospodarczych, jest sama w sobie wartością. Osiąga się ją przez celowościowy wpływ na krajowe porządki prawne. Dla naszego historycznego etapu cechą charakterystyczną jest intensywny rozwój międzynarodowej integracji regionalnej. To ograniczone przestrzennie zespolenie Europy Wschodniej z Azją Środkową przebiega równoległe z procesami globalizacji. W związku z tendencją do wielkich przeobrażeń – od międzynarodowej współpracy gospodarczej do integracji gospodarczej – znacząco rozwija się prawo regionalnej integracji gospodarczej.

Celem artykułu jest ukazanie charakteru prawnego utworzonej 29 maja 2014 r. – na podstawie umowy – Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej, a także nowego etapu integracji gospodarczej badanej części świata. Praca podkreśla, że umowa ta ma charakter kompromisowy. Zbudowana jest na uzgodnieniu pozycji państw uczestników z jednoczesnym poszanowaniem – za pomocą różnego rodzaju mechanizmów – suwerenności narodowej. Opracowanie pokazuje proces kształtowania tzw. euroazjatyckiego porządku prawnego.

Słowa kluczowe: Euroazjatycka Unia Gospodarcza (EAUG), Republika Kazachstanu, euroazjatycka integracja gospodarcza, Wspólnota Państw Niezależnych, Euroazjatycka Wspólnota Gospodarcza (EAWG), Unia Celna, Jednolita Przestrzeń Gospodarcza, Euroazjatycka Komisja Gospodarcza (UAKG)

* Przekład z języka rosyjskiego Krystian Complak.

1. Wprowadzenie

Współpraca w sferze międzypaństwowej integracji gospodarczej na obszarach prora dzieckich rozwija się – jak wiadomo – od końca lat 90. ubiegłego stulecia. Jest ona złożo na i długotrwała. Celowe jest przypomnienie niektórych faktów historycznych świadczą cych o kształtowaniu się Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej. 26 lutego 1999 r. Białoruś, Kazachstan, Rosja i Tadżykistan podpisały umowę o Unii Celnej i Jednolitej Przestrzeni Gospodarczej. Dokument ten, bez uściślenia dat realizacji, założył zniesienie kontroli cel nej między krajami, prowadzenie wspólnej polityki gospodarczej, a także stworzenie wspólnego rynku towarów, usług, pracy i kapitału, unifikację ustawodawstwa narodowe go, urzeczywistnienie uzgodnionej polityki socjalnej i techniczno-naukowej.

2. Ważniejsze daty

10 października 2000 r. powstała Euroazjatycka Wspólnota Gospodarcza (EAWG). Umowa o niej weszła w życie 30 maja 2001 r. W jej skład weszły Białoruś, Kazachstan, Kirgizja, Rosja i Tadżykistan. W 2006 r. podpisano protokoły o przyłączeniu się Uzbe kistanu do Umowy o utworzeniu EAWG. W 2008 r. członkostwo tego kraju zostało za wieszane. W 2002 r. status obserwatora przy EAWG uzyskała Ukraina oraz Mołdawia, a w 2003 r. Armenia. W grudniu 2003 r. EAWG uzyskał status obserwatora przy Zgro madzeniu Ogólnym ONZ.

16 sierpnia 2006 r., podczas spotkania głów państw członkowskich EAWG podjęto decyzję o utworzeniu w ramach EAWG Unii Celnej trzech państw: Białorusi, Kazach stanu i Rosji. 27 listopada 2009 r. podpisano umowę o kodeksie celnym. Zatwierdzono Jednolitą Taryfę Celną Unii Celnej (weszła w życie 1 stycznia 2010 r.), Jednolitą No menklaturę Towarową (w sferze działalności handlu zagranicznego) oraz inne dokumen ty międzynarodowe mające na celu wdrożenie jednolitej regulacji celno-taryfowej. Pod jęto decyzję o uruchomieniu 1 lipca 2010 r. jednolitego terytorium celnego Unii Celnej. 6 lipca 2010 r. wszedł w życie Kodeks Celny Unii Celnej.

W wyniku celowościowej i zakrojonej na wielką skalę pracy rządów krajów-człon kowskich, Unia Celna rozpoczęła funkcjonowanie w pełnym wymiarze: całkowicie znie siono kontrolę celną między granicami Rosji, Białorusi i Kazachstanu. Wszelkie rodzaje celnej kontroli i procedury przeniesiono na zewnętrzną granicę tych trzech państw.

19 grudnia 2009 r. w Ałmacie, podczas nieformalnego spotkania głów państw człon ków Unii Celnej, podjęto decyzję o przygotowaniu planu działań w zakresie utworzenia Jednolitej Przestrzeni Gospodarczej (JPG) Białorusi, Kazachstanu i Rosji. 1 stycznia 2012 r. wszedł w życie pakiet 17 podstawowych porozumień tworzących JPG. 2 lutego 2012 r. zaczęła funkcjonować Euroazjatycka Komisja Gospodarcza (UAKG). Jest ona sta-

łym organem regulacyjnym Unii Celnej oraz Jednolitej Przestrzeni Gospodarczej. 18 listopada 2011 r. podczas spotkania prezydentów Rosji, Białorusi i Kazachstanu w Moskwie podpisano deklarację o Euroazjatyckiej Integracji Gospodarczej. Deklaracja ta przewidywała powołanie Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej (EAUG). 29 maja 2012 r. podczas spotkania w Astanie głów państw członkowskich Unii Celnej uchwalono plan pracy przygotowania projektu umowy o Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej. 1 stycznia 2015 r. Euroazjatycka Unia Gospodarcza (EAUG) powinna rozpocząć swoje funkcjonowanie. Zastąpi ona Euroazjatycką Wspólnotę Gospodarczą (EAWG).

3. Ocena traktatu i jego perspektywy

Ogólna powierzchnia państw wchodzących w skład EAUG przekracza 20 mln kilometrów kwadratowych. Liczba ludności żyjącej na tym obszarze wynosi około 170 mln. Trójstronny układ o utworzeniu EAUG podpisano 29 maja 2014 r. podczas szczytu w Astanie. Jako język roboczy określono w umowie rosyjski. Obecnie jest niejasne, gdzie znajdą się instytucje Unii: sztab w Moskwie, trybunał w Mińsku? Tak zwany Jednolity Regulator Finansowy Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej będzie miał siedzibę w Ałmacie. Rozpocznie on pracę w 2015 r.

Umowa składa się z czterech części. Przygotowana ona została na bazie kodyfikacji umów międzynarodowych. Tworzą one prawno-traktatowej podstawę Unii Celnej oraz Jednolitej Przestrzeni Gospodarczej. W jej skład wchodzi także inne odrębne postanowienia prawno-traktatowej podstawy Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej (EAUG).

Umowa zapewnia swobodny przepływ towarów i usług, kapitału oraz pracowników. Podstawowym celem EAUG jest wdrożenie skoordynowanego jednolitego uzgodnionego systemu politycznego w różnych sferach gospodarczych. Umowa zawiera artykuły poświęcone realizacji uzgodnionej polityki w dziedzinie funduszy makroekonomicznych i walutowych oraz normowania rynku finansowego. Przewiduje ona także współdziałanie w dziedzinie energetyki, transportu, kształtowanie wspólnego rynku, w szczególności ropy naftowej i jej produktów, lekarstw i innych wyrobów.

Senatorzy parlamentu Republiki Kazachstanu podczas posiedzenia plenarnego 9 października 2014 r. uchwalili projekt ustawy o ratyfikacji umowy Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej. 1 października 2014 r. ratyfikowała umowę rosyjska Rada Federacji, podczas gdy białoruski parlament uczynił to 9 października 2014 r. W ten sposób zakończono procedurę ratyfikacji traktatu o utworzeniu Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej (EAUG).

Euroazjatycka Unia Gospodarcza (EAUG) jest nową jakością w porównaniu z Jednolitą Przestrzenią Gospodarczą oraz Unią Celną. Oznacza ona nowy poziom pogłębionej integracji ekonomicznej. W jej ramach zapewnić się będzie maksymalną swobodę

obrotu towarów, usług, kapitału oraz osób. Gospodarka uzyska dodatkowe korzyści z równego dostępu do usług naturalnych monopolii, realizacji zakupów państwowych, jednolitych reguł konkurencji, pogłębienia współpracy w dziedzinie przemysłu, energetyki, transportu oraz rolnictwa.

Opracowując modele integracji, niezwykle doniosłą sprawą jest zarysowanie perspektyw rozwoju dla każdego z jego uczestników. We współczesnych warunkach, mimo trudności właściwych tak wielkim projektom, euroazjatycki wektor integracji jest wyraźnie widoczny. Rozwija się stale nie tylko w krajach Wspólnoty Państw Niezależnych, ale również w całym świecie. Budzi on powszechne zainteresowanie. Jak pokazuje praktyka, integracja rozwija się na różne sposoby oraz w różnych formatach: od stref wolnego handlu do unii celnej oraz jednolitej przestrzeni gospodarczej. Każde z państw wybiera odpowiadający mu sposób zespolenia. Przed naszymi narodami stoi zadanie historyczne – stworzenia i rozwinięcia Euroazjatyckiej Unii Gospodarczej. Szczególnie doniosłe jest to, że integracja euroazjatycka podnosi poziom życia obywateli oraz wzmacnia wzajemne przenikanie kultur. Jest to niezmiernie ważne dla współczesnego i przyszłych pokoleń.

Charakteryzując proces urzeczywistnienia swobód w czterech wspomnianych sferach integracji ekonomicznej należy zauważyć kilka rzeczy. Po pierwsze, w ramach „Trojki” wolność obrotu towarowego była całkowicie zapewniona handlem bezcłowym, zdjęciem kontroli celnej w ramach tych trzech krajów, ustanowieniem jednego oznaczenia obrotu produkcją na tym rynku. Stopniowo będą eliminowane także techniczne bariery we wzajemnym handlu.

Po drugie, już teraz zapewniona jest całkowita swoboda przepływu usług w takich gałęziach, jak budownictwo, architektura, reklama, ochrona zdrowia, pomoc socjalna. Po trzecie, w okresie istnienia jednolitej przestrzeni gospodarczej w sferze wolności obrotu kapitałowego usunięto ograniczenia w konkurencji między rynkami krajowymi. Jednak w celu stworzenia prawdziwego wspólnego rynku kapitałowego musimy zharmonizować ustawodawstwo bankowe i ubezpieczeniowe, prawo walutowe oraz papierów wartościowych. Po czwarte, jeśli chodzi o swobodny przepływ pracowników w ramach Unii Celnej oraz Jednolitej Przestrzeni Gospodarczej zdołano doprowadzić do zniesienia systemu kwot migracyjnych i obowiązkowych pozwoleń na pracę. Pracujący migranci mogą znajdować się na obszarze innego państwa Unii Celnej bez nakazu rejestracji do 30 dni.

Na porządku dziennym integracji jest harmonizacja polityki paszportowo-wizowej oraz migracyjnej, przyznanie obywatelom prawa do pobytu na terytorium państw współpracujących bez obowiązkowej rejestracji do 90 dób. Również przewiduje się zniesienie karty migracyjnej, a nawet całkowitą rezygnację z jakichkolwiek kontroli granicznych.

Jeśli spojrzeć na opisywane procesy, można by powiedzieć, że już wywierają one zbawienne skutki na istniejące stosunki gospodarcze w ramach Wspólnoty Państw Niepodległych w całości.

Nie możemy przy tym zapominać, że argumenty przeciwników zewnętrznych rozszerzenia Unii Celnej oraz Jednolitej Przestrzeni Gospodarczej opierają się głównie na przeciwstawieniu europejskiej i euroazjatyckiej integracji. Europa jest jednak częścią Eurazji. Oznacza to, że w przyszłości europejski kierunek rozwoju stanie się częścią składową procesów integracji euroazjatyckiej.

Niezmiernie ważną kwestią jest to, że kurs na stworzenie Euroazjatyckiej Unii rozwija się w warunkach bezwarunkowego przestrzegania „zasad równości, wzajemnego niemieszania się w sprawy wewnętrzne, poszanowania dla suwerenności, nienaruszalności granic państwowych”. Są to słowa jednego z inicjatorów integracji euroazjatyckiej, prezydenta Republiki Kazachstanu Nursultana Abiszewicza Nazarbajewa. Potwierdza to wyłącznie ekonomiczne przesłanie nowego etapu integracji. Należy podkreślić, że z inicjatywy Kazachstanu z projektu umowy o EAUG wyjęto takie punkty, jak obywatelstwo wspólne, wspólne strzeżenie granic oraz polityka wizowa. Wszystko to jest przedmiotem dyskusji na różnych forach i podczas okrągłych stołów.

4. Podsumowanie

Do sprawy integracji ekonomicznej należy przyciągać szeroko działaczy nauki i oświaty. Znajdują się oni codziennie w takim środowisku, w którym rodzą się innowacje, nie mówiąc o tym, że to oni pracują z młodzieżą, którą czeka życie i współpraca w tworzonych instytucjach integracyjnych. W tej sferze teoria i praktyka integracji euroazjatyckiej będzie się rozwijała i umacniała.

Altay Bozhkaruly

União econômica Euro-Asiática: sobre as perspectivas da integração econômica da Europa do Leste e da Ásia Central*

Resumo

O artigo expõe o estado e as perspectivas do desenvolvimento da chamada integração econômica euro-asiática. O autor explora o processo de realização das quatro liberdades: movimento de mercadorias, capitais, serviços e pessoas. O trabalho mostra a dialética das orientações da evolução de duas partes importantes contíguas dos continentes: Europa Oriental e Ásia Central.

A integração dos Estados, nomeadamente na esfera das relações econômicas, é um valor em si mesmo. Esta coesão se obtém através da influência orientada para as ordens jurídicas nacionais. Para o nosso estágio histórico, o traço característico é o desenvolvimento intenso da integração econômica regional. Esta fusão espacialmente limitada – Europa do Leste e Ásia Central – ocorre ao mesmo tempo com os processos de globalização. Em razão da tendência para as grandes transformações desde a cooperação econômica internacional até uma integração nesta seara, cresce significativamente o direito da integração econômica regional.

O artigo tem por alvo apresentar a natureza jurídica da União Econômica Euro-asiática, fundada no dia 29 de maio de 2014 – sobre a base do acordo – e da nova etapa da integração econômica que engloba uma parte considerável da Europa leste e da Ásia Central. O relatório frisa que este convênio é um compromisso. O tratado em tela é construído sobre o ajuste das posições dos Estados membros com o simultâneo respeito – por meio de diversos mecanismos – à soberania nacional. A dissertação deixa ver o processo de formação da ordem jurídico-euro-asiático.

Palavras-chaves: União Econômica Euro-asiática (UEEA), República do Cazaquistão, integração econômica euro-asiática, Comunidade dos Estados Independentes, Comunidade Econômica Euro-Asiática (CEEAA), União Aduaneira, Espaço Econômico Único.

* Da língua russa traduzido por Krystian Complak.

1. Introdução

A cooperação na seara da integração econômica interestatal nos territórios pós-soviéticos desenvolve-se do final da década de noventa do século passado. Essa incubação e fusão são complexas e de longo prazo. Para descrever este processo e útil lembrar alguns fatos históricos que dizem respeito à formação gradual da União Econômica Euro-Asiática. No dia 26 de fevereiro de 1999, Bielorrússia, Cazaquistão, Rússia e Tadjiquistão assinaram o acordo sobre a União Aduaneira e do Espaço Econômico Único.

Este diploma, sem uma precisão acerca das datas de realização, previu o afastamento do controle aduaneiro entre os países, a direção da política econômica comum e também a criação de um mercado comum de mercadorias, serviços, capitais e mão de obra. Ele estabeleceu também como meta a unificação das legislações nacionais e a implementação de uma política social e técnico-científica. Depois de detalhar os passos dirigidos à fundação da integração nesta parte do mundo, vou apresentar algumas conquistas já registradas neste campo.

2. Quadro cronológico

No dia 10 de outubro 2000 surgiu a Comunidade Econômica Euro-Asiática (CEEA). O convênio sobre ela entrou em vigência no dia 30 de maio de 2001. A comunidade em pauta é constituída por Bielorrússia, Cazaquistão, Quirguistão, Rússia e a Tadjiquistão. Em 2006, foi firmado o protocolo sobre a adesão do Uzbequistão a essa Comunidade. Ainda assim, a qualidade de sócio deste país foi suspensa. Em 2002, a Ucrânia e a Moldávia obtiveram o status de observador junto a CEEA e em 2003 a República da Armênia. No mês de dezembro 2003 a Comunidade Econômica Euro-Asiática (CEEA) adquiriu a qualidade de observador, anexo à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas.

Durante o encontro dos Chefes dos Estados membros da CEEA – no dia 16 de agosto de 2006 – tomou-se a decisão sobre a criação no seio desta Comunidade da União Aduaneira dos três países: Bielorrússia, Cazaquistão e Rússia. Mais tarde, no dia 27 de novembro de 2009, foi assinalado o convênio sobre o Código Aduaneiro. Foram aprovados documentos internacionais orientados a por em uso a regulação aduaneira e de tarifas, mormente a Tarifa Alfandegária Única da União Aduaneira (inaugurada a partir de 1º de janeiro de 2010) e a Nomenclatura Única de Mercadorias na esfera do comércio exterior. Tomou-se a decisão de inaugurar no dia 1º de julho de 2010 o território alfandegário único da União Aduaneira. No dia 6 de julho de 2010 entrou em vigor o Código Alfandegário da União Aduaneira.

Em consequência das atividades em grande escala e do trabalho intenso orientado no sentido aludido dos governos dos nossos países, a União Aduaneira entrou em pleno

funcionamento: o controlo alfandegário entre Rússia, Bielorrússia e Cazaquistão foi totalmente abolido. Todos os procedimentos de controle foram transferidos para a fronteira externa destes três países.

No dia 19 de dezembro de 2009, em Almaty, durante o encontro informal dos chefes dos Estados membros da União Aduaneira tomou-se a decisão sobre a preparação do plano de ações encaminhadas à criação do Espaço Econômico Único (EEU) das Repúblicas bielorrussa, russa e do Cazaquistão. Em 1º de janeiro de 2012 entrou em vigor o pacote de 17 acordos de base dirigidos à consolidação do Espaço Econômico Único (EEU). No dia 2 de fevereiro de 2012 começou a atuar a Comissão Econômica Euro-Asiática (CEEU), um órgão permanente de regulação da União Aduaneira, bem como do Espaço Econômico Único. No dia 18 de novembro de 2011, durante um encontro em Moscou dos Presidentes da Federação Russa, das Repúblicas da Bielorrússia e do Cazaquistão foi assinalada a declaração sobre a Integração Econômica Euro-Asiática. Este documento decretou o estabelecimento da União Econômica Euro-Asiática (UEEA). No dia 29 de maio de 2012 durante o encontro em Astana dos Presidentes dos Estados membros da União Aduaneira aprovou-se um plano de trabalho para preparar um projeto de tratado sobre a União Econômica Euro-Asiática. No dia 1º de janeiro de 2015 a União Econômica Euro-Asiática (UEEA) deve inaugurar o seu funcionamento. Ela vai substituir a Comunidade Econômica Euro-Asiática (CEEA).

Na primeira metade do mês de outubro de 2014 foram dados os últimos passos dirigidos à materialização da organização em pauta. Em 1º de outubro de 2014 o tratado constitutivo da União Econômica Euro-Asiática (UEEA) foi ratificado pelo Conselho da Federação russa, enquanto os deputados bielorrussos fizeram o mesmo no dia 9 de outubro de 2014. Também, nesta mesma data derradeira, os senadores do parlamento da República do Cazaquistão aprovaram oficialmente os termos do tratado em tela.

3. Apreciação do conteúdo do tratado e de suas perspectivas

A superfície total dos Estados, os quais fazem parte da União Econômica Euro-Asiática (UEEA) ultrapassa 20 milhões quilômetros quadrados. O número das populações que vivem neste território avulta a 170 milhões. O tratado tripartite constitutivo da União Econômica Euro-Asiática (UEEA) foi assinado no dia 29 de maio de 2014 durante a Conferência de Cúpula em Astana. Como língua oficial de trabalho foi definida a língua russa. Até o momento não está claro onde ficarão as instituições da União: o estado-maior em Moscou, o tribunal de justiça em Minsk? O chamado Regulador Financeiro Único da UEEA inaugurará a sua atividade em 2015 e terá a sua sede em Almaty.

O tratado compõe-se de quatro partes. Este foi redigido com base nas codificações dos acordos internacionais. Estas fornecem o fundamento jurídico-convencional da União Aduaneira bem como do Espaço Econômico Único. Fazem parte do tratado uma série de disposições individuais da base do direito internacional convencional da União Econômica Euro-Asiática (UEEA).

O tratado assegura o livre fluxo de mercadorias, capitais, serviços e pessoas. O escopo principal da UEEA é o arraigamento do sistema político único, ajustado e coordenado em diferentes esferas econômicas. O tratado contém os artigos dirigidos à realização da política concordada em tais matérias, como os fundos macroeconômicos e monetários e também a regulação do mercado financeiro. Este tratado prevê igualmente a colaboração nos domínios da energia, transporte, formação do mercado comum, mormente de petróleo e seus derivados, dos medicamentos e outros produtos.

A União Econômica Euro-Asiática (UEEA) é uma nova qualidade em comparação ao Espaço Econômico Comum e à União Aduaneira. Ela marca o novo nível da integração econômica aprofundada. No seu seio será assegurada a máxima liberdade de circulação de mercadorias, capitais, serviços e dos indivíduos. A economia receberá as vantagens adicionais provenientes do acesso igual aos monopólios naturais¹, à realização das compras estatais, das regras unificadas da concorrência, do reforço da cooperação na seara da indústria, energia, transporte e agricultura.

Ao elaborar os modelos da integração, assunto muito importante é o esboço de perspectivas do desenvolvimento para cada um dos sócios. Nas condições contemporâneas, apesar de dificuldades próprias a tais grandes projetos, o vetor euro-asiático da integração é muito visível. Ele cresce sem parar não só nos países da Comunidade dos Estados Independentes, mas também no mundo inteiro. Este fenômeno desperta o interesse universal. Como demonstra a prática, a integração desenvolve-se de modo variado e de formas diversas: das zonas de livre comércio à união alfandegária e ao espaço econômico único. Cada um dos Estados escolhe a maneira de coesão mais conveniente a ele. Diante dos nossos povos erige-se uma tarefa histórica: edificar e fazer crescer a União Econômica Euro-Asiática. Neste assunto o mais importante é que a integração euro-asiática faz elevar o nível de vida dos cidadãos, bem como fomenta

¹ Segundo o dicionário de terminologia jurídica dos países de língua russa, o monopólio natural e o Estado do mercado, no qual a satisfação da demanda é mais efetiva na ausência da competição devido às peculiaridades tecnológicas da produção (a redução radical dos inputs para uma unidade produzida como uma consequência do incremento dos artigos vendidos). As mercadorias criadas por entes do monopólio natural – água, calefação, eletricidade etc. – não podem ser substituídas por outros produtos. Como resultado, a demanda para as mercadorias em tela depende em menos graus das modificações dos preços, em comparação com os demais gêneros de mercadoria. I. S. Maslikov, *Yuridichesquiy slovar*, Moscou 2012, p. 99-100.

a penetração mútua das culturas. Isso é extremamente importante para a geração contemporânea e para as futuras.

Ao caracterizar o processo de concretização das liberdades nas quatro esferas da integração econômica é preciso anotar várias coisas. Em primeiro lugar, dentro da Troica (Bielorrússia, Rússia, Cazaquistão), a liberdade de circulação de mercadorias está inteiramente garantida através do comércio isento de direitos alfandegários, da supressão do controle nos limites do interior dos três países mencionados, da designação de um sinal de transações das produções neste mercado. Gradualmente, se acabará também com os obstáculos técnicos ao comércio mútuo. Em segundo lugar, é já assegurada a liberdade irrestrita do giro dos serviços em tais âmbitos, como a construção, a arquitetura, a publicidade, a proteção da saúde, a assistência social. Em terceiro lugar, no período da existência do espaço econômico único na esfera da liberdade de giro de capitais, foram extintas as restrições na concorrência entre os mercados interiores. Sem embargo, para criar o verdadeiro mercado de capital devemos harmonizar a legislação bancária e de seguros, o direito cambial e de valores. Em quarto lugar, no que tange ao fluxo livre dos trabalhadores dentro de União Aduaneira e do Espaço Econômico Único, conseguiu-se a revogação das quotas migratórias, das licenças obrigatórias de emprego. Os trabalhadores migrantes podem estar no território de outro país da União Aduaneira sem a obrigação de registrar-se até 30 dias.

Na ordem do dia da integração está a harmonização das políticas de passaporte e visto, de migração, da concessão aos indivíduos do direito de permanência no território dos Estados cooperantes sem o dever de fazer o registro de domicílio em até 90 dias. Também se prevê a abolição da carteira de migrações, e mesmo a renúncia completa a qualquer controle fronteiriço. Desde já, pode dizer-se que os processos descritos influem favoravelmente sobre os efetuados intercâmbios econômicos no seio da Comunidade dos Estados Independentes em geral.

Não podemos esquecer que os argumentos dos adversários externos da extensão da União Aduaneira e do Espaço Econômico Único baseiam-se essencialmente sobre a oposição da integração europeia a nossa euro-asiática. Não obstante, a Europa faz parte da Eurásia. Isto quer dizer que no futuro, a orientação europeia de desenvolvimento irá se constituir em um componente dos processos integrativos nesta parte do mundo.

Uma coisa importante é que a linha política da União Euro-Asiática desenvolve-se nas condições do respeito incondicional “aos princípios da igualdade, não ingerência nos assuntos internos, atenção para soberania e intangibilidade para as fronteiras dos Estados”. Estas palavras pertencem a um dos iniciadores da integração euro-asiática – ao Presidente *Nursultan Abishevich Nazarbaiev*. Essas salientam a faceta econômica da nova fase da integração. É preciso frisar que a partir da iniciativa do Cazaquistão ao

projeto do tratado sobre UEEA, tais quesitos como a cidadania comum, a guarda comum das fronteiras e a política de vistos, foram retirados. Tudo isso é objeto de discussão em diferentes foros e durante as mesas redondas, organizadas a tal fim.

4. Conclusão

A causa da integração econômica exige o comprometimento maior dos promotores da ciência e da cultura. Eles acham-se todos os dias nos quadrantes, aonde vem à luz as inovações, sem dizer que eles trabalham com a juventude. A estes jovens aguarda a vida e o trabalho de colaboração nas instituições integrativas já existentes ou para fundar. Nesta seara, a teoria e a prática da integração euro-asiática vêm a desenvolver-se e a consolidar-se.

Eduardo Biacchi Gomes

Construção jurídica na integração da América do Sul¹

Resumo

O processo de formação da integração da América do Sul, dentro de um recorte histórico considerando-se o final da Guerra Fria (década de 90 do Século passado), ganha maior relevância com a criação do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), em 26 de março do ano de 1991. O processo de integração nasceu como uma estratégia dos seus Estados partes (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e – recentemente a Venezuela -), assim como dos Estados associados (Bolívia, Colômbia, Chile, Equador e Peru), de se buscar uma melhor inserção no mundo globalizado. Há que se levar em consideração, que as economias e as democracias os Estados sul-americanos são divergentes entre si, pois dentro do subcontinente convivem culturas e economias com diferentes graus de desenvolvimento. Inquestionavelmente a República Federativa do Brasil desempenha papel preponderante na integração da América do Sul. Mediante uma análise da construção jurídica da integração da América do Sul, o que se aborda é a contribuição da política exterior brasileira para os próximos anos dentro do subcontinente da América do Sul.

Palavras-chaves: Mercosul. Democracia. Integração. América do Sul.

1. Introdução

O processo de formação da integração da América do Sul, dentro de um recorte histórico considerando-se o final da Guerra Fria (década de 90 do Século passado), ganha maior relevância com a criação do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), em 26 de março do ano de 1991.

O processo de integração nasceu como uma estratégia dos seus Estados partes (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e – recentemente a Venezuela -), assim como dos Estados associados (Bolívia, Colômbia, Chile, Equador e Peru), de se buscar uma melhor inserção no mundo globalizado.

¹ Palestra apresentada no IV Congresso Brasil-Polônia de Direito Constitucional, realizada no mês de outubro do ano de 2014, na Universidade de Wroclaw, Polônia. O presente texto foi elaborado antes da realização do segundo turno das eleições presidenciais, que ocorreu no dia 26 de outubro do ano de 2014.

Há que se levar em consideração, que as economias e as democracias os Estados sul-americanos são divergentes entre si, pois dentro do subcontinente convivem culturas e economias com diferentes graus de desenvolvimento.

Inquestionavelmente a República Federativa do Brasil desempenha papel preponderante na integração da América do Sul. Mediante uma análise da construção jurídica da integração da América do Sul, o que se aborda é a contribuição da política exterior brasileira para os próximos anos dentro do subcontinente da América do Sul.

2. O Pós-guerra e a formação dos blocos econômicos (União Europeia)

Não pretendemos aqui, naturalmente discorrer sobre as características da União Europeia, mas apontarmos algumas diferenças existentes entre os blocos econômicos.

De um lado, a União Europeia iniciou o seu processo de construção na década de 50 do Século passado, e consolidou-se em um bloco econômico em que existem as quatro liberdades do mercado (bens, pessoas, serviços e capitais - bem como livre circulação de trabalhadores, além de uma moeda única). Para isso, torna-se necessário a adoção de um modelo supranacional, através do qual as decisões levam em conta os interesses do bloco econômico.

3. A integração jurídica na América do Sul

Dentro da América do Sul, especialmente para o Brasil, interessa abordar o processo de integração do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul), bloco econômico criado na década de 90 do século passado, através do Tratado de Assunção 1991 e que surgiu mediante uma política de aproximação entre o Brasil e a Argentina e que, naquele período, eram rivais na América do Sul e disputavam a liderança no subcontinente.

Aliás um plano histórico maior de análise, o contexto de formação do MERCOSUL levou em consideração fatores históricos importantes, como a Queda do Muro de Berlim e a desintegração da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e o final da Guerra Fria. Mencione-se, ademais, a consolidação da União Europeia, com o Tratado de Maastricht, 1992 e a criação da Organização Mundial do Comércio no ano de 1994.

Com a finalidade de acompanhar a evolução do processo histórico, constatou-se a necessidade de se promover uma abertura comercial na América do Sul. Em 26 de março de 1991, a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai assinaram o Tratado de Assunção e que tinha por objetivo a consolidação em um prazo de cinco anos, um mercado comum.

Desde a sua origem o MERCOSUL é um processo de integração totalmente desigual. Se contarmos os quatro países originais do bloco, o Brasil representa (em termos

de PIB, território, economia, comércio e indústria, 70% do bloco). Argentina 20% e Paraguai e Uruguai 10%.

Sem entrarmos em números, imaginemos - aqui na Europa - um bloco desigual composto pela Alemanha, Espanha, Portugal e Grécia (qual seria o resultado)? A integração não se consolidaria.

Outrossim, no MERCOSUL não temos a supranacionalidade, mas a intergovernabilidade. Neste sentido, as decisões levam em conta a vontade dos Estados. Aliás a supranacionalidade é uma construção típica da União Europeia, vide a própria atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia, que criou os princípios do Direito Comunitário (ou Direito da União Europeia), quais sejam: aplicabilidade direta da norma supranacional, primazia da referida norma sobre a interna e a uniformidade na interpretação e na aplicação do direito supranacional.

Por outro lado, o MERCOSUL, sequer atingiu o estágio de Mercado Comum - ***estamos no estágio de união aduaneira imperfeita.***

Isso ocorre em virtude da nossa Tarifa Externa Comum (TEC), que não é harmônica (tendo em vista a existência da lista de exceção – produtos para os quais a TEC não vigora – e o regime de adequação – produtos para os quais a TEC vigora, mas ela não é harmônica.).

Ainda, dentro da evolução e desenvolvimento do MERCOSUL, temos como associados, Bolívia, Chile, Peru, Equador e Colômbia e que integram o bloco em regime de zona de livre comércio.

Por outro lado, vale a pena destacar o ***impeachment*** ocorrido no Paraguai no ano de 2012 e que foi condenado pelos países da Comunidade Internacional na América do Sul (UNASUL e MERCOSUL, por exemplo) – e visto como golpe de Estado.

No MERCOSUL, através do Protocolo de Ushuaia, 1998 (que insere uma Cláusula Democrática no bloco), Argentina, Brasil e Uruguai determinaram a suspensão do Paraguai e, no mesmo ato deliberaram pelo ingresso da Venezuela como membro pleno.

Sobre a Venezuela, o país negociava o seu ingresso no bloco desde o ano de 2006 e o Paraguai era um dos principais opositores, por entender que aquele país não observava as condições mínimas de um Estado democrático de direito, tendo em vista as políticas adotadas pelo seu ex-presidente Hugo Chávez.

Atualmente, em termos pragmáticos, o MERCOSUL é uma realidade e se traduz em um mecanismo estratégico para seus sócios e associados.

Dentro de uma leitura que podemos realizar sobre o MERCOSUL, podemos verificar que o processo foi elaborado de maneira não planejada e não estratégica (característica muito comum dos latinos pois comumente são guiados mais pelos sentimentos do

que pela razão, ou seja: o MERCOSUL teve por finalidade criar um mercado comum ser estabelecer os procedimentos e etapas que deveria vencer).

De outro lado e, em pouquíssimas palavras, podemos verificar que determinados governos sul-americanos optaram por governar para o povo e com o intuito de resgatar uma identidade nacional e buscar reduzir as desigualdades sociais.

Podemos citar como exemplos os governos progressistas (esquerda) da Venezuela e seu ex-presidente e carismático Hugo Chávez, Evo Morales na Bolívia (Presidente indígena) ou o próprio Equador em que a natureza é considerada como sujeito de direitos (Pachamama).

O que temos na Bolívia e Equador é um resgate, por parte do Estado, dos valores da cultura indígena e que passam a ser protegidos constitucionalmente.

Neste ponto cite-se o exemplo do sistema judiciário boliviano (eles possuem um sistema judiciário com juízes indígenas e reconhecido na Constituição). É o que alguns estudam lá como constitucionalismo latino-americano, baseado no reconhecimento da pluralidade cultural.

A morte de Hugo Chávez na Venezuela (2013), por exemplo, criou uma série de protestos naquele País contra o seu sucessor (Nicolás Maduro) que foi eleito democraticamente e pelo voto direto, ainda que por uma margem pequena. As razões dos protestos tiveram como fundamento a insatisfação da classe média contra as políticas sociais adotadas pelo governo chavista.

Cite-se a série crise financeira argentina e o governo de Cristina Kirchner que, com suas políticas de renegociação da dívida, traduz uma série de incertezas como: inflação alta e controle cambial e acarretam na existência de maior fiscalização na compra e na remessa de dólares ao exterior, de forma a promover a alta da moeda norte-americana e falta de investimentos.

Tais fatores demonstram a total diferença e o descompasso existente entre os governos dos Estados que integram o Mercosul.

Outrossim, aqui, diferentemente dos Estados que integram a União Europeia, adotamos o presidencialismo em que as políticas passam a ser concebidas como de governo (pessoais do Presidente) e não de Estado (neste sentido em um regime parlamentarista – como é o caso dos Estados que integram a União Europeia, as políticas de integração passam a ser políticas de Estado, de forma a garantir maior segurança jurídica.).

4. Considerações Finais: o que esperar da política exterior brasileira para os próximos anos?

Como sabemos, no ano de 2014, na época das eleições presidenciais no Brasil, os eleitores estavam divididos: no Brasil vivemos um período eleitoral em que os eleitores estão divididos.

Duas opções: Dilma Rousseff (um governo com êxito e que representa a continuidade de conquistas sociais e desenvolvimento econômico), representado pelo Partido dos Trabalhadores (PT).

Aécio Neves, (partido da oposição – PSDB – e que representa uma alternância nos governos do PT mas, em meu ponto de vista, sem alterar os fundamentos e conquistas sociais e econômicas do desenvolvimento econômico).

Em termos de MERCOSUL, a vitória de Dilma representou a continuidade do processo de integração do Mercosul, pois a política exterior brasileira em seu governo é pautada por uma especial atenção à América do Sul.

Por outro lado, se houvesse a vitória do candidato Aécio Neves. (PSDB), poder-se-ia ter um risco de retrocesso do próprio MERCOSUL, por não ser prioridade de governo.

Assim, com a vitória de Dilma Rousseff, torna-se necessário que o MERCOSUL passe a ser concebido como um projeto de Estado visando ações pragmáticas para o bloco: como uma coordenação de políticas para negociar dentro da Organização Mundial do Comércio, ou ainda, a concretização de um acordo de livre comércio com a União Europeia, sempre de forma a preservar os interesses brasileiros.

Não há como se negar que o Brasil ocupa uma posição de destaque na economia mundial e, assim, o MERCOSUL interessa, não somente à União Europeia, mas ao mundo.

Konstrukcja prawna integracji Ameryki Łacińskiej

Streszczenie

Proces kształtowania się integracji Ameryki Południowej – od końca drugiej wojny światowej do ostatniej dekady ubiegłego wieku – nabrał większego tempa z chwilą utworzenia 26 marca 1991 r. Wspólnego Rynku Południa (Mercosul). Proces jednoczenia narodził się jako strategia państw członkowskich: Argentyny, Brazylii, Paragwaju, Urugwaju, a ostatnio Wenezueli, a także państw stowarzyszonych: Boliwii, Chile, Ekwadoru, Kolumbii i Peru. Jego celem było dążenie do lepszego wprzeżenia się w ramy świata zglobalizowanego.

Należy pamiętać, że gospodarki i ustroje demokratyczne państw południowoamerykańskich są bardzo zróżnicowane. W ich ramach współistnieją cywilizacje i systemy gospodarcze o różnym stopniu rozwoju. Nie ulega wątpliwości, że Federacyjna Republika Brazylii odgrywa przewodzącą rolę w jednoczeniu Ameryki Południowej. Na podstawie analizy konstrukcji prawnej integracji tego kontynentu – przeprowadzonej w przedłożonym opracowaniu – Autor

stara się wnieść swój wkład do lepszego zrozumienia brazylijskiej polityki zagranicznej w najbliższych latach w ramach Stożka Południowego Ameryki Łacińskiej.

Słowa kluczowe: integracja południowoamerykańska, Mercosul, Federacyjna Republika Brazylii, Stożek Południowy, Ameryka Łacińska

Larissa Liz Odreski Ramina

O Mercosul como projeto de integração regional: resultados, perspectivas e desafios

Resumo

Desde sua independência, a América Latina viveu sob a tutela anglo-saxônica: primeiro, da Grã Bretanha, até o fim do século XIX, e depois, dos Estados Unidos, até o início do século XXI. Como resultado, os Estados latino-americanos nunca ocuparam posição importante nas grandes disputas geopolíticas do sistema mundial. No início do século XXI, entretanto, a situação política da região mudou, com a vitória - em quase todos os países da América do Sul - de partidos e coalizões políticas progressistas, que mudaram seu rumo político-ideológico, durante a primeira década do século. Por conseguinte, esta mudança impactou no rumo da política externa, resultando na crítica ao intervencionismo norte-americano no continente e no apoio à integração político-econômica do Cone Sul, pela via do Mercosul, e também da América do Sul. O Mercosul, bem como a maioria dos projetos integracionistas, inspira-se na experiência européia, considerada como modelo a ser seguido. Atualmente, todavia, a Europa deixou de ser protagonista da integração bem sucedida, para amargar os efeitos de suas escolhas equivocadas, que certamente não devem ser horizontes a serem almejados pelo Mercosul. O objetivo deve estar no fortalecimento da verdadeira integração da região pela via do bloco, somado à edificação de uma integração sul-americana bem estruturada, como meta para preparar a região aos desafios que o século XXI reserva ao subcontinente. O Mercosul está marcado pelo modelo neoliberal dos anos noventa, baseado na idéia da necessidade de integrar para competir no mercado global. A integração atual ainda se dá em base econômica e comercial. Não se trata, portanto, de projeto de região, mas ao contrário, de projeto de mercado. A mudança dessa percepção deverá iniciar-se pela construção de um projeto de região que se sustente também em pilares políticos e culturais, para além dos mercantis, e ancorado na idéia de uma identidade regional. Logo, faz-se imprescindível refletir sobre um projeto verdadeiramente regional, sobre estratégias e políticas regionais, e não mais estritamente nacionais. Exemplos de temas importantes estão nos direitos humanos, na migração, na integração energética, entre outros. Não obstante essa preocupação em ampliar os rumos do Mercosul, tem-se hoje que o projeto alcançou resultados ambiciosos no plano econômico, estratégico e estrutural. Entretanto, apesar de todos os êxitos da integração do Cone Sul, a integração no nível sul-americano está diante de enormes desafios, que se baseiam principalmente na divisão geopolítica entre os Estados vinculados à evolução da economia e à estratégia econômica dos EUA e os que compõem com a Alba e o Mercosul.

Palavras-chaves: Mercosul, União Europeia, integração regional.

Desde sua independência, a América Latina viveu sob a tutela anglo-saxônica: primeiro, da Grã Bretanha, até o fim do século XIX, e depois, dos Estados Unidos, até o início do século XXI. Como resultado, os Estados latino-americanos nunca ocuparam posição importante nas grandes disputas geopolíticas do sistema mundial. No século XX, e em particular depois da Segunda Guerra Mundial, quase todos os Estados sul-americanos alinharam sua política externa com os Estados Unidos, durante a Guerra Fria, e também depois dela, durante a década de 1990, quando novamente a maioria dos países da região voltou a se alinhar ao lado da política externa e da política econômica norte-americana e neoliberal.

No início do século XXI, entretanto, a situação política do continente mudou, com a vitória - em quase todos os países da América do Sul - de partidos e coalizões políticas nacionalistas, desenvolvimentistas e socialistas, que mudaram o rumo político-ideológico do continente, durante a primeira década do século. Por conseguinte, está mudança impactou no rumo da política externa, resultando no apoio à integração político-econômica da América do Sul, e na crítica ao intervencionismo norte-americano no continente. Este giro político à esquerda ocorreu de forma simultânea, em quase todo o continente, e coincidiu com a mudança do governo e da política externa de George Bush, que engavetou o seu projeto da ALCA para as Américas¹.

A partir de então, os novos governos progressistas, ao invés de assinarem tratados de livre comércio com os EUA, privilegiaram os processos de integração regional, com o objetivo de inaugurar uma nova estratégia de “inserção soberana” internacional, a partir de uma forma autônoma em relação às potências dominantes, e condizentes com sua intenção de mudar a distribuição do poder e da hierarquia mundial².

Nesse período, surgiram as iniciativas da ALBA - Aliança Bolivariana para as Américas de 2004³, criada por Fidel Castro e Hugo Chávez, e que hoje conta com oito países - Cuba, Venezuela, Bolívia, Nicarágua, Dominica, Equador, Antigua e Barbuda, São Vicente e Granadinas; a UNASUL - União das Nações Sul-Americanas⁴ e a CELAC - Comunidade dos Estados da América Latina e Caribe. É importante ressaltar também que o próprio Mercosul, criado em 1991 dentro da concepção neoliberal que objetivava a integração meramente como meio de abertura dos países ao comércio internacional,

¹ A respeito ver RAMINA, Larissa. *Apontamentos sobre os esforços da política externa brasileira de 2002 a 2010 para a edificação de uma integração regional democrática*. In: GOMES, Eduardo, BOTH, Laura Garbini (Coord.). *Democracia e Desenvolvimento Sustentável na América do Sul*. Curitiba: Juruá, 2011, 285 p., pp. 241-264.

² AMORIM, Celso; FELDMAN, Luiz. *A Política externa do governo Lula em perspectiva histórica*. In: *Ministério das Relações Exteriores. Política Externa Independente*. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/PEI.pdf>. Acesso em 10 dez. 2014

³ Ver página oficial: www.portalalba.org

⁴ Ver página oficial: www.unasurg.org

passou por mudanças significativas, ao contemplar programas e ações que antes não eram objeto da integração comercial. A primeira década do Mercosul foi acompanhada dos projetos neoliberais de mercado, com suas conseqüências danosas para o desenvolvimento social. A segunda fase do Mercosul ampliou sua finalidade, reconhecendo a necessidade de minimizar as vulnerabilidades e assimetrias entre os Estados Membros e incluindo a participação democrática dentro do bloco, com a criação do Parlamento.

O Mercosul, assim como boa parte dos projetos de integração existentes nas mais variadas regiões do globo, comungam ou pelo menos comungavam de uma inspiração comum, qual seja, a experiência européia. Hoje, diante de uma Europa convulsionada e agonizante, é inevitável que os blocos de integração regional empreendam uma séria reflexão acerca do futuro a ser seguido. A crise econômica e social que assola os países europeus, resultante de uma complexidade de fatores, que incluem assimetrias e desequilíbrios econômicos mal resolvidos, bem como identidades artificialmente sustentadas, certamente não é horizonte a ser almejado pelo Mercosul⁵.

O processo de edificação da União Européia, ao lado da construção de uma trama institucional ambiciosa, provocou em várias áreas do conhecimento um interesse eufórico pelos processos de integração. Pesquisadores mais otimistas viram naquele cenário a possibilidade de desenvolvimento de ferramentas teóricas desvinculadas da lógica do Estado nacional.

Desde sua concepção até há menos de uma década, ou seja, até o início do século XXI, a integração européia era considerada como modelo a ser seguido por outros processos integracionistas, não apenas por representar uma trama exitosa de instituições construídas por meio do respeito às diversidades econômicas e estruturais dos Estados membros, mas também pela lição de experiência democrática e de exercício e respeito aos direitos humanos. Atualmente, todavia, a Europa deixou de ser protagonista da integração bem sucedida, para amargar os efeitos de suas escolhas equivocadas.

A Europa, desde o término da Segunda Grande Guerra, de fato soube conciliar Estados rivais e suas diferenças no âmbito da cooperação regional institucionalizada e interdependente. Tal processo histórico, não restam dúvidas, serviu de diretriz para o projeto de integração mercosulino. Brasil e Argentina, principalmente, pautaram-se na experiência européia para superar um passado de rivalidades e conflitos rumo a um percurso pautado na cooperação econômica e, espera-se, também social⁶.

⁵ A respeito ver: RAMINA, Larissa. *União Europeia e Mercosul. Reflexões em tempos de crise*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana. *Direito Internacional Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014.

⁶ BUENO, Clodoaldo. *Relações Brasil-Argentina*. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/passado-e-presente-das-relacoes-brasil-argentina> Acesso em 02 dez. 2014.

Nesse trajeto que já dura mais de vinte anos, as peculiaridades e especificidades dos países do Cone Sul evidenciaram os limites com que o processo integracionista europeu poderia pautar os avanços do Mercosul. As crises econômicas nas principais economias no final da década de noventa, bem como os desafios impostos pelas investidas hegemônicas dos Estados Unidos, desafiaram a vitalidade do bloco e sua capacidade de sobrevivência. Basta mencionar as dificuldades que seriam impostas ao Mercosul se acaso o projeto neoliberal da ALCA – Área de Livre Comércio das Américas - houvesse logrado êxito⁷. É certo que dificilmente o processo integracionista mercosulino sobreviveria.

Constata-se que a determinação em viabilizar uma inserção favorável no comércio internacional mundializado, em crescente desequilíbrio a favor dos países desenvolvidos, impulsionou a América do Sul a ingressar no século XXI com um claro projeto de integração subcontinental, ou seja, sulamericano. Contribuiu para esse quadro o crescimento econômico mundial, aliado à resistência dos países em desenvolvimento em submeter-se a mais um ciclo de exploração comercial pelos países desenvolvidos, que levou a Rodada de Doha ao colapso⁸. Os grandes obstáculos no caminho da integração vieram com a crise de 2008, com epicentro nos Estados Unidos e na hegemonia do capital financeiro, e com o acordo militar celebrado entre a Colômbia e os Estados Unidos em meados de 2009 para uso de sete bases colombianas. O referido acordo resultou de estratégia dos Estados Unidos para aumentar sua presença militar na região, e também para enfrentar a União Européia, China e Rússia por meio do controle da América Latina, além do objetivo de proteger os oleodutos, a fim de assegurar os suprimentos futuros de petróleo, bem como a confiança dos investidores estrangeiros.

De mais a mais, é de notória constatação que o último decênio do século XX e o primeiro do século XXI assistiram à generalização dos governos neoliberais que sucederam as ditaduras militares no continente americano. Paralelamente, ocorreram graves crises nas principais economias da América Latina – México, Brasil e Argentina -, que por sua vez propiciaram a ascensão de governos progressistas cuja principal bandeira consistiu em fazer oposição à cartilha neoliberal. É o caso de Hugo Chávez na Venezuela, em 1998, Luís Inácio Lula da Silva no Brasil, em 2002, Tabaré Vázquez no Uruguai, em 2005, Nestor Kirchner na Argentina, em 2003, Evo Morales na Bolívia, em 2005, Rafael Correa no Equador, em 2006 e Maurício Funes em El Salvador, em 2009. A reeleição de Dilma Rousseff em 2014 dá o tom de continuidade a essa tendência.

⁷ Ver página oficial: <http://www.ftaa-alca.org/>

⁸ INOCALLA, Ganesh. *Participação do Brasil nas negociações agrícolas da Rodada Doha da OMC na era Lula (2003-2010): uma análise da coerência entre os princípios gerais da política externa e a atuação do Brasil*. Brasília, 2013. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13505/1/2013_GaneshInocalla.pdf Acesso em 22 nov. 2014.

Na contramão dos governos neoliberais, os governos progressistas realocam a tônica nas políticas sociais e diferem na decisão sobre o modo de inserção no mercado internacional. Rejeitam as políticas de livre comércio com países hegemônicos e priorizam as iniciativas destinadas à integração regional e sub-regional. No caso específico do Brasil, após a rejeição do projeto ALCA com a eleição do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, o acento foi deslocado para a diversificação da pauta comercial brasileira com a inclusão do comércio intra-regional – e o exemplo marcante é a Venezuela – e para o fortalecimento do Mercosul, sobretudo no que diz respeito às relações com a Argentina. Por outro lado, a criação da União das Nações Sul-Americanas – a Unasul, em 2008, por dez países, com o impulso brasileiro, é reflexo dessa tentativa de fortalecimento dos laços na América do Sul⁹.

Hoje, em virtude de fatos objetivos, o Cone Sul desponta necessariamente no centro da política externa brasileira. Encontram-se na região a Amazônia, a maior floresta tropical do mundo, que figura como tema central no debate político sobre o efeito estufa e suas conseqüências para o clima; o maior estoque de biodiversidade do planeta, de grande importância para a renovação da agricultura e para a indústria farmacêutica; parcela importante das reservas de água doce do planeta, recurso cada vez mais estratégico e que já causa conflitos em algumas regiões do globo e o maior lençol de águas subterrâneas, o Aquífero Guarani, que está sob os territórios do Brasil, do Paraguai, da Argentina e do Uruguai, justamente os países do Mercosul¹⁰.

O Mercosul, portanto, inserido que está na realidade continental política e geográfica sul-americana, foi levado a trilhar um direcionamento próprio. A crise européia, não obstante, impõe a todos os processos de integração avanços deveras cautelosos, procurando evitar um impacto mais profundo da crise na região. Via de regra, as crises econômicas desembocam no protecionismo comercial. O Brasil tem adotado neste sentido medidas pontuais em setores mais afetados. O Mercosul, não diferentemente, também tem adotado medidas cautelares para dificultar a invasão de produtos industriais, especialmente chineses, que em virtude da crise na Europa e nos Estados Unidos, têm direcionado seu comércio para a América Latina. Entre as lições aprendidas com a crise, está a necessidade de se criar mecanismos de controle nos blocos de integração regional que supervisionem mais efetivamente a indisciplina nos gastos públicos e, também, diretrizes acerca do modo de se gerenciar as assimetrias regionais e acerca do papel desempenhado pelas principais economias do bloco¹¹.

⁹ RAMINA, Larissa; OLIVEIRA, Andrea Benetti C. de. *União das Nações Sul-Americanas (Unasul): origens, formação e estrutura institucional*. In: GOMES; Eduardo Biazchi, CUNHA FILHO, Valter Fernandes. *Democracia e Segurança na América do Sul*. Visões Múltiplas. Ijuí: Unijuí, 2015, pp. 279-294.

¹⁰ Guimarães, Samuel Pinheiro. *O mundo multipolar e a integração sul-americana*. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=14847. Acesso em: 15 fev. 2012.

¹¹ Guimarães, Samuel Pinheiro. *O mundo multipolar e a integração sul-americana*. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=14847. Acesso em: 15 fev. 2012.

Todavia, para além de todas as repercussões negativas, a crise europeia também expõe algumas oportunidades e favorece reflexões interessantes. Com relação às oportunidades, de um lado estima-se que, devido à maior estabilidade econômica da região quando comparada aos mercados norte-americano e europeu, haja um redirecionamento de investimentos externos para a América Latina. Por outro lado, espera-se um crescimento do comércio intra-bloco em razão das turbulências dos mercados externos, direcionando, desse modo, esforços empresariais no desenvolvimento de negócios e na ampliação de oportunidades na própria região¹².

No que toca especialmente o Brasil, intui-se que o fortalecimento do Mercosul favorece o incremento do papel estratégico brasileiro na arena internacional, em suas mais variadas vertentes, como a Organização das Nações Unidas, o Fundo Monetário Internacional, o G20¹³ e o grupo dos BRICS – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul¹⁴.

Relativamente às reflexões induzidas pela crise na Europa, está o fato de que alguns governos europeus têm se queixado das tutelas e condicionalidades políticas e econômicas que eles próprios se impuseram, que vão desde o regime de distribuição de competências nacionais e comunitárias, passando por um sistema de fronteiras abertas delineado em 1985 e conhecido como espaço Schengen¹⁵, e chegando àquelas impostas pela adoção do sistema euro que os fazem impotentes diante da guerra cambial entre China e Estados Unidos.

Por outro lado, é importante refletir acerca da situação da proteção dos direitos humanos num cenário de desmantelamento social. Desde o início das turbulências, vê-se estampado nos jornais do mundo todo o descontentamento da população dos países europeus, uma vez que as medidas de austeridade fiscal adotadas para gerenciar a crise afetam diretamente os cidadãos e as condições de bem estar social, levando também a uma instabilidade política, decorrente da insatisfação coletiva. As minorias e os imigrantes, infelizmente, são as maiores vítimas.

Logo, a crise econômica e principalmente as saídas neoliberais para a crise econômica neoliberal, tem derrubado muitos mitos, como o da Europa dos direitos. O princípio da progressividade em matéria de direitos sociais deve ser entendido como a proibição de adoção de políticas capazes de fazer regredir o patamar daqueles direitos já

¹² GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *O mundo multipolar e a integração sul-americana*. Disponível em: http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=14847. Acesso em: 15 fev. 2012.

¹³ Ver página oficial: <https://g20.org/>

¹⁴ A respeito ver MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES: http://brics6.itamaraty.gov.br/pt_br/sobre-o-brics/informacao-sobre-o-brics; CASELLA, Paulo Borba. *Bric: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul - Uma Perspectiva de Cooperação Internacional* - Paulo Borba Casella. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁵ O Acordo de Schengen foi negociado entre países europeus, e versa sobre uma política de abertura das fronteiras e livre circulação de pessoas entre os países signatários. Um total de trinta países, incluindo todos os integrantes da União Europeia exceto Irlanda e Reino Unido, e três países que não são membros da UE, Islândia, Noruega e Suíça, assinaram o acordo de Shengen.

conquistados. A Europa em crise ignorou este princípio basilar e mostrou que é capaz de desconstruir o compromisso do pacto social a partir de um discurso também em nome dos direitos humanos, porém restritos aos cidadãos europeus, exacerbando a volta dos nacionalismos de extrema direita.

Os recentes movimentos de manifestação dos “indignados” na Espanha e na França, contaminados pela primavera árabe, mesmo dentro da complexidade que supõe a análise de movimentos sociais de grande extensão, foram capazes de anunciar o fracasso do modelo de democracia vigente. Por outro lado, a indignação diante do desmonte do Estado do Bem-estar social pela política econômica executada pelos partidos tradicionais – de esquerda ou direita – se reflete na busca por alternativas, levando apoio à extrema direita, que justifica a proteção dos direitos humanos exacerbando a xenofobia e a intolerância. Há candidatos que dispensam pudores ao defender a “preferência nacional”, ou seja, a prioridade de acesso ao emprego e às moradias sociais para os nacionais franceses.

No contexto da crise mundial, a Europa aparece como um projeto elitista. A própria União Européia nasce sob o signo da celebração da globalização e suas promessas de desenvolvimento e cidadania. Desde o início, o processo constitucional europeu não esteve apoiado em uma diretriz de integração política e social. Os déficits democráticos são alarmantes, a militarização da política externa evidenciada nas guerras imperialistas da Otan – Organização do Tratado do Atlântico Norte -, muitas vezes revestidas do manto das “intervensões humanitárias”, é flagrante. A crise econômica desnuda a ausência de perspectiva da política neoliberal de desregulamentação, da extensão do mercado e da privatização de importantes pilares do modelo social na Europa, afundado em uma grave crise de legitimidade.

O Estado do Bem-estar social europeu, ao que parece, está sucumbindo lado a lado com a incapacidade dos partidos de esquerda tradicionais europeus de resistir à supremacia da lógica dos mercados financeiros. É claro que aqueles partidos adotaram, quando chegaram ao poder, as receitas neoliberais. A crise do capitalismo global não se restringe, portanto, ao aspecto econômico e político. Ao contrário, evidencia também uma crise ideológica resultante da incapacidade de percepção dos cidadãos em relação ao desmonte de seus direitos em prol do capitalismo financeiro das últimas décadas, negando com veemência as promessas civilizatórias de bem-estar social e empregabilidade anteriormente construídas. A paisagem social européia, sem dúvida, já não é mais a mesma do século passado¹⁶.

¹⁶ VENTURA, Deisy; ROLIM, M.F. *Los derechos humanos y el Mercosur: una agenda (urgente) para más allá del mercado*. Revista de Direito Internacional e do Mercosul, Buenos Aires, v. 5, p. 31-50, 2005.

Como lidar com esses desafios e formas de evitá-los no futuro são questões essenciais para se pensar o avanço do projeto mercosulino. O continente americano é a região que conta com maior número de agrupamentos regionais, revelando um objetivo quase obsessivo pela integração regional. Desde a Associação Latino-Americana de Livre Comércio – Alalc, que se transformou em Associação Latino-Americana de Integração – Aladi, passando pelo Mercado Comum da América Central – MCCA e pelo Sistema de Integração Centro-Americano - Sica, pela Comunidade do Caribe – Caricom, pela Comunidade Andina de Nações – Can, pela Alternativa Bolivariana para as Américas – Alba, pela União das Nações Sulamericanas - Unasul até o Mercosul, nem sempre tais iniciativas foram bem-sucedidas. Os motivos que impedem os resultados almejados por essas tentativas de integração são variados e controversos, muito embora uma constatação mereça relevo, qual seja, a necessidade da convergência de fatores não apenas econômicos, mas também políticos, sociais e culturais para tornar bem-sucedido um projeto de integração regional. As crises emprestam um bom pano de fundo para se refletir sobre a própria lógica que inspira os processos de integração regional e, eventualmente, para redirecionar seus objetivos e estratégias.

A crise financeira na Europa é a mais grave desde os anos 1930, com altas taxas de desemprego e um crescimento quase inexistente, a falência de bancos e o endividamento dos governos de Grã-Bretanha, Irlanda, Itália, Portugal, Espanha e Grécia. A crise econômica é a mais profunda da história da União Européia. Seu projeto mais ambicioso, qual seja, a criação de uma moeda única, está ameaçado. O princípio da livre circulação de pessoas, outra pedra angular da integração européia, está sendo posto à prova pela reintrodução dos controles de fronteiras em diversos países.

O eleitorado, descontente, volta-se aos partidos populistas e anti-imigração. Parece ser a primeira vez em toda a história da União Européia, que sua desconstrução é considerada como um cenário possível. Muito embora o Tratado de Roma de 1957 mencione a integração européia como cada vez mais estreita, em tempos de crise torna-se evidente que as diferenças nacionais e regionais dos Estados não foram dissolvidas.

A outra crise que afeta a Europa, além das crises financeira e econômica, e talvez a mais profunda, é a crise de identidade, que parece estar na base de todos os problemas econômicos e políticos do continente. A sensação que transparece é a de que a Europa foi construída sem os europeus, já que estes parecem não comungar de uma identidade comum.

A idéia de identidade comum está ancorada nos supostos valores partilhados pelos europeus. A União Européia, contudo, não possui uma Constituição, e sua Carta de Direitos Fundamentais só adquiriu valor obrigatório após 2009. Resta que não há consenso sobre quais são de fato os valores que estariam na base da identidade europeia.

Nas décadas que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, os objetivos da Europa eram a prosperidade em um continente devastado pelo conflito armado, a democracia, a paz e sobretudo o respeito aos direitos humanos, que fomentou a criação do Conselho da Europa e da própria Corte Europeia de Direitos Humanos. Com o decorrer do processo de construção europeu, outros valores foram cogitados como comuns, entre eles o Estado de direito, a diversidade e a solidariedade. Em alguns países, no entanto, a corrupção é endêmica, em outros as leis simplesmente não são aplicadas, e a justiça não funciona em regiões como o sul da Itália, controlado pela máfia.

As questões relativas à diversidade e à solidariedade são as mais festejadas na Europa, que oficialmente proclama a unidade na diversidade. Poucas regiões no planeta acolhem uma complexidade tão grande de culturas em um território tão exíguo. A crise deixa claro, contudo, que diversidade não significa tolerância, e que as diferenças constituem sérios obstáculos para um entendimento entre os países europeus. Após décadas de integração, preconceitos persistem e os partidos políticos que pregam menos diversidade e mais intolerância ganham espaço.

Os europeus não se sentem europeus, mas cidadãos de seus Estados nacionais. Menos de 2% dos europeus vivem em outro Estado membro. As fronteiras físicas, ao invés de desaparecerem, reaparecem com força, muito embora sua abolição fosse o objetivo dos acordos assinados na cidade de Schengen, Luxemburgo, em 1985.

Recentemente, a França restabeleceu os controles na fronteira italiana a fim de evitar uma onda de imigração oriunda da Líbia, ao mesmo tempo em que colaborou com uma intervenção armada nesse país, sob a polêmica justificativa da “intervenção humanitária”.

Hoje, pesquisas mostram que os eleitores identificam-se muito mais com seus Estados nacionais do que com a Europa. Isso mostra que as identidades não podem ser forjadas artificialmente, por meio de legislações. Mais de meio século após o início do processo integracionista, ainda não existem verdadeiros partidos políticos europeus. Os jornais e canais de televisão paneuropeus são marginais. Os europeus não se sentem protagonistas de uma história comum. A União européia erigiu instituições comuns, leis comuns e uma moeda comum, ou seja, criou símbolos que identificam um Estado-nação, até mesmo um passaporte. O que falta, porém, é uma nação que verdadeiramente compartilhe dos mesmos valores.

A falta de identidade está no coração dos problemas da eurozona. No momento em que foi criada a moeda única, no início dos anos noventa, acreditou-se que sua existência faria com que os Estados que partilhassem do euro convergiram, de uma forma ou de outra, em suas decisões, o que a crise atual revela inverídico. Alemães e franceses não parecem estar dispostos a se sacrificar por gregos.

Provavelmente, a situação não seria tão grave se a União Europeia tivesse optado por se manter como uma zona de livre comércio, como aconteceu até o início da década de noventa. Entretanto, quando os Estados não podem mais recusar legislações e as decisões que lhes dizem respeito são adotadas por maioria, parte de sua soberania naturalmente se dissolve. Foi o que resultou da criação da moeda única, e com os Acordos de Schengen, quando os controles das fronteiras passam a ser compartilhados. Nesse caso, a confiança recíproca deveria ser absoluta. Como isso de fato não ocorre, instalou-se uma crise de legitimidade. A União Europeia acumulou poderes extraordinários à revelia do aval dos cidadãos, solapando a democracia. No sistema europeu, nem a Comissão Europeia, nem seu presidente, enquanto braço executivo, são eleitos diretamente, e nem tampouco o presidente do Conselho europeu.

Os dois órgãos legislativos da União Europeia, quais sejam, o Parlamento europeu e o Conselho da União Europeia, são em grande medida ocupados por políticos eleitos. Ocorre que um número pequeno de europeus participa ativamente das eleições para o Parlamento.

As dificuldades atuais do euro remontam há mais de vinte anos, em Maastricht, quando se decidiu pela edificação de uma união monetária sem união fiscal, econômica e política. Os Estados decidiram taxas de juros, inflação e níveis de dívida comuns, mas mantiveram poderes sobre as aposentadorias e suas políticas de emprego, por exemplo. Diante da crise, cogita-se criar uma sorte de Estados Unidos da Europa com políticas fiscais e econômicas comuns e um governo de fato federal em Bruxelas, mas todavia distante dos europeus que supostamente representaria. A crise econômica poderia acelerar o processo de integração, mas certamente o custo para a legitimidade da União Europeia seria alto no longo prazo. O cenário é visível na Grécia, mas também na Itália, na Espanha e em Portugal, devastados pela crise, onde equipes da União Europeia e funcionários do FMI desembarcaram para pressionar os políticos eleitos a executar cortes orçamentários dolorosos¹⁷.

O euro, símbolo de uma verdadeira integração européia, ao invés de aproximar a União Europeia de seus cidadãos, aumentou o abismo entre dirigentes e dirigidos e, ao invés de propiciar uma era de prosperidade, condena milhões de europeus a miséria, afastando os povos da Europa. Talvez seja o caso de questionar se, para avançar, o projeto europeu não deveria retroceder. As lições que devem ser aprendidas pelo Mercosul são muitas, muito embora a principal delas seja manter-se modestamente como uma zona de livre comércio imperfeita, cujos avanços deverão pautar-se em considerações que vão muito além daquelas meramente econômicas e comerciais.

¹⁷ Foreign Policy. *Le Mythe européen face à sa propre crise*. Disponível em: <http://www.slate.fr/source/foreign-policy>. Acesso em: 13 mar. 2012.

A título de exemplo, o Brasil concebeu recentemente o ambicioso projeto da Unila – Universidade da Integração Latino Americana, que pretende aprofundar os laços entre os povos latinos, mas ao mesmo tempo preservando sua diversidade cultural. Trata-se de um projeto gigantesco e que demonstra a vocação brasileira para impulsionar a integração da região mercosulina. O fato é que, do ponto de vista cultural, os brasileiros não conhecem e não são bem conhecidos de seus vizinhos. Há pouquíssimo contato com obras literárias de autores da região, com sua música e, salvo exceções, com a produção acadêmica da região. Os brasileiros e latino-americanos que optam por realizar pesquisas fora de seus países de origem buscam, via de regra, a Europa e os Estados Unidos. É necessário, portanto, estreitar os laços culturais e acadêmicos entre o Brasil e seus vizinhos latinos. De acordo com Gisele Ricobom, “A criação da Universidade Federal da Integração Latino-Americana (UNILA) consolida a política brasileira de abertura ao continente, de resgate das identidades comuns e da busca de soluções autênticas para os problemas sociais da América Latina, com o respeito à diversidade cultural¹⁸”.

De mais a mais, é importante considerar que a afirmação do Brasil como um dos protagonistas da nova ordem jurídica internacional, que cedo ou tarde deverá emergir da reconstrução da ordem resultante do pós-segunda guerra mundial, seguramente passará por um processo de integração regional bem sucedido. Primeiramente, o fortalecimento do Mercosul, somado à edificação de uma integração sul-americana bem estruturada, preparará o Brasil e o subcontinente para enfrentar os desafios que o século XXI reserva aos países latino-americanos¹⁹.

A integração regional é debatida na América do Sul hoje como alternativa ao livre comércio. Conforme já mencionado anteriormente, ela nasceu da luta contra a ALCA, estando associada à auto-preservação e autodefesa regional em tempos de globalização. Por isso, o Mercosul está marcado pelo modelo neoliberal dos anos noventa, baseado na idéia da necessidade de integrar para competir no mercado global. A integração atual ainda se dá em base econômica e comercial. Não se trata, portanto, de projeto de região, mas ao contrário, de projeto de mercado.

A mudança dessa percepção deverá iniciar-se pela construção de um projeto de região que se sustente em pilares mais políticos e culturais do que de fato mercantis, e ancorados na idéia de uma identidade regional. Para tanto, as concepções relativas à soberania devem ceder espaço a outras preocupações. A questão das fronteiras, por exemplo, deveria ser repensada a partir dos anseios das populações indígenas, muito embora trate-se de uma discussão que desafia os Estados-Nacionais, vez que estes não dão conta da

¹⁸ RICOBOM, Gisele. *Uma Universidade para a integração da América Latina*. Disponível em: <http://www.idhid.org.br/includes/print.php?id=46>. Acesso em: 20 fev. 2012.

¹⁹ UNICAMP. Entrevista com o Embaixador Samuel Pinheiro Guimarães. Punido por defender o país. Disponível em: <http://www.unicamp.br/fea/ortega/NEO/SamuelPinheiroGuimaraes.pdf> Acesso 23 nov. 2014

pluralidade de culturas. Percebe-se claramente que, enquanto o capital financeiro já rompeu todas as fronteiras, estas mesmas fronteiras continuam erguidas para os pobres, indígenas e trabalhadores.

Por conseguinte, faz-se absolutamente imprescindível refletir sobre um projeto verdadeiramente regional, sobre estratégias e políticas regionais, e não mais estritamente nacionais. Exemplos de temas importantes estão nos direitos humanos, na migração, na integração energética, entre outros.

Geopoliticamente, o continente americano está dividido entre países que compõem com a ALBA e o Mercosul, e outros que participam de tratados de livre comércio com os Estados Unidos, que já havia desenhado seu projeto hegemônico continental com a Doutrina Monroe. Hoje, esses tratados de livre comércio funcionam como projetos do capital para a região, preocupados em estabelecer os canais para o fluxo de bens, desrespeitando o direito das populações atingidas e o meio ambiente.

Não obstante essa preocupação em ampliar os rumos do Mercosul, tem-se hoje que o projeto alcançou resultados ambiciosos, observados por Samuel Pinheiro Guimarães nos seguintes termos: o comércio entre os países do Mercosul aumentou mais de onze vezes desde 1991 enquanto que o comércio mundial cresceu apenas cinco vezes; a expansão dos investimentos das empresas privadas nacionais dos países participantes em outras economias do Mercosul; o grande influxo de investimentos diretos de países altamente desenvolvidos, como a China, dirigido aos países do Mercosul; o financiamento de obras de infraestrutura nos países do bloco por entidades financeiras de países do Mercosul; criação de um fundo, o FOCEM, Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul, com contribuições diferenciadas (97% do Brasil e da Argentina) para, através de recursos não reembolsáveis, permitir a realização de obras de infraestrutura, em especial no Paraguai e no Uruguai, que recebem 80% dos recursos, com o objetivo de reduzir assimetrias entre os países membros do Mercosul e criar melhores condições para o desenvolvimento; o aumento da mobilidade da mão de obra através da assinatura de acordos de residência e de previdência social; coordenação e o intercâmbio de experiências em programas sociais, em especial no campo de combate à pobreza; a defesa e a consolidação da democracia. Ainda conforme o mesmo autor, para o Brasil, os principais resultados da sua participação no Mercosul foram os seguintes: o comércio do Brasil com o Mercosul aumentou dez vezes entre 1991 e 2012 enquanto o comércio do Brasil com o mundo aumentou oito vezes; 84% das exportações do Brasil para os países do Mercosul são produtos manufaturados enquanto apenas 53% de suas exportações para os EUA, 36% de suas exportações para a UE e 4% de suas exportações para a China são produtos manufaturados; os países do Mercosul, em especial a Argentina, absorveram 21% das exportações totais de manufaturados brasileiros; o Brasil teve su-

perávits comerciais com todos os países do Mercosul nos últimos dez anos enquanto tem tido déficit, nos últimos anos, com os países desenvolvidos; em 2013, o saldo comercial do Brasil com o Mercosul foi mais do que o dobro do saldo total brasileiro, compensando os déficits comerciais com os EUA de 11 bilhões de dólares e com a UE, de 3 bilhões de dólares; as empresas de capital brasileiro realizaram investimentos importantes nos países do Mercosul, que constituem sua área natural de expansão inicial para o exterior; os empréstimos feitos pelo BNDES para a realização de obras de infraestrutura em países do Mercosul resultam em contratos com empresas brasileiras de engenharia e na exportação de bens e serviços pelo Brasil; parte importante dos investimentos diretos estrangeiros que se realizam no Brasil tem como objetivo exportar para o conjunto de países que constituem o Mercosul; a participação do Brasil no Mercosul permitiu contribuir para a consolidação e defesa da democracia na região e, portanto, para a estabilidade em nossa vizinhança imediata²⁰.

Apesar de todos esses resultados, o Mercosul é alvo de críticas constantes da imprensa brasileira, que acabou por construir uma imagem negativa do Mercosul como sendo um projeto fracassado, prejudicial aos interesses brasileiros, e de uma associação inconveniente para o Brasil com países como a Argentina e a Venezuela. Trata-se não de uma análise baseada em resultados concretos, mas sim de uma posição ideológica que tem como fundamento o fato de o Brasil dever dar prioridade em suas relações internacionais aos países desenvolvidos em detrimento dos países em desenvolvimento, por razões variadas.

Entretanto, apesar de todos os êxitos, a integração sul-americana está diante de enormes desafios. Na América do Sul, há três Estados vinculados à evolução da economia e à estratégia econômica dos EUA pelos acordos de livre comércio que celebraram, e que limitam sua autonomia de política econômica, que são o Chile, o Peru, e a Colômbia, esta afetada pela guerra civil e vinculada pelo Plano Colômbia e pelos acordos militares aos EUA. As tentativas de união sul-americana e ainda mais latino-americana como a CELAC enfrentam este enorme desafio. São Estados assimétricos, frágeis, vinculados à esfera de influência econômica e política americana.

Em relação ao Mercosul, Brasil e Argentina têm juntos mais de 50% do território, da população, do comércio exterior da América do Sul e de sua indústria. Por outro lado, os países do Mercosul têm enfrentado suas desigualdades sociais e econômicas com políticas de redução da desigualdade social. A Venezuela foi o país na região que alcançou maior progresso na redução das desigualdades e do analfabetismo; o Brasil, com

²⁰ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. *A União Europeia e o fim do Mercosul*. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/A-Uniao-Europeia-e-o-fim-do-Mercosul/6/30799>. Acesso em 2 set 2014.

seus programas sociais inovadores, tem feito grandes progressos na redução da pobreza absoluta e a Argentina também alcançou resultados importantes.

Todavía, há quem preconize uma compreensão insuficiente, nos dois principais países da América do Sul, quanto à prioridade da construção de um processo político e de instituições de integração que permitam o desenvolvimento econômico e político regional a partir do Mercosul. A reeleição de Dilma Roussef no Brasil parece lançar luzes a essa questão. Seu projeto de política externa prioriza claramente a cooperação com os países em desenvolvimento - a chamada cooperação sul-sul e, em especial propugna pelo aprofundamento na construção de uma integração regional multinível e solidária, por meio da transformação e da politização do Mercosul, do fortalecimento da UNASUL (União das Nações Sul-Americanas) e da CELAC (Comunidade dos Países Latinoamericanos e Caribenhos), voltando-se para o desenvolvimento dos países envolvidos, pelo fomento do comércio, da integração produtiva e das infraestruturas físicas e energéticas. O Mercosul deverá deixar de ser um projeto estritamente mercadológico para se transformar, ou se reinventar, em complexo esquema de desenvolvimento.

MERCOSUL jako projekt integracji regionalnej: wyniki, perspektywy i wyzwania

Streszczenie

Od czasów uzyskania niepodległości Ameryka Łacińska znajdowała się w sferze dominacji anglosaskiej: najpierw Wielkiej Brytanii – do końca XIX w., a następnie USA – do początku XX stulecia. W rezultacie państwa latynoamerykańskie nigdy nie odgrywały wielkiej roli w grach geopolitycznych świata. W obecnym tysiącleciu – w wyniku zwycięstwa w niemal wszystkich krajach Ameryki Południowej postępowych stronnictw i koalicji – sytuacja polityczna regionu się zmieniła. Ich dojście do władzy oznaczało zmianę kursu polityczno-ideologicznego. Zmiana ta wpłynęła też na politykę zagraniczną, w szczególności na wzmoczenie krytyki interwencjonizmu potężnego sąsiada z północy oraz na wsparcie procesów integracji na całym kontynencie, zwłaszcza przez Mercosul.

Wspomniany projekt integracji oraz większość innych opiera się na doświadczeniach i wzorcach Europy w tym zakresie. Ostatnio Stary Kontynent przestał być modelem udanej integracji, poznając gorzkie skutki swych błędnych wyborów. Nie powinny one być przedmiotem naśladownictwa na Zielonym Kontynencie. Celem naszej latynoskiej integracji powinno być zbudowanie prawdziwego bloku polityczno-gospodarczego, zdolnego do podjęcia wyzwań stojących przed kontynentem. Mercosul opiera się na neoliberalizmie końca minionego stulecia. Jego podstawowym założeniem było współzawodniczenie na globalnym rynku międzynarodowym. Ta ekonomiczno-handlowa strona obecnie nadal jest. Nie mamy więc do czynienia z projektem regionalnym, lecz z rynkowym.

Zmiana tego modelu powinna rozpocząć się od stworzenia regionalnego projektu oparteego – oprócz merkantylizmu – na podstawach politycznych i kulturalnych, zakorzenionych w tożsamości naszego kontynentu. Jego następnym założeniem powinna być refleksja nad projektem o prawdziwie regionalnym wymiarze, a nie ograniczonym do ram narodowych. W tym zakresie należy podjąć takie ważne zagadnienia, jak prawa człowieka, migracje, energetyka.

Niezależnie od tych dążeń do poszerzenia pól działania Mercosul osiągnął już znaczące wyniki w sferze gospodarczej, strategicznej i kulturalnej. Bez względu na te sukcesy integracyjne w Stożku Południowym Ameryki Łacińskiej, jej dalszy rozwój stoi przed olbrzymimi wyzwaniami, opartymi głównie na podziałach geopolitycznych między państwami, związanymi z ewolucją gospodarki i strategii gospodarczej Organizacji Państw Amerykańskich oraz krajów należących do ALBA oraz Mercosul.

Słowa kluczowe: Mercosul, Unia Europejska, integracja regionalna

Marek Szydło

Judycjalizacja polityk publicznych w Unii Europejskiej na przykładzie prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej*

Streszczenie

Judycjalizacja unijnego prawa konkurencji oraz unijnego prawa regulacji sektorowej przejawia się w dwóch zachodzących równolegle procesach. Po pierwsze, krajowe organy konkurencji i krajowe organy regulacyjne, które na podstawie przepisów prawa unijnego są powoływane do życia przez państwa członkowskie w celu realizacji danej polityki publicznej mającej swoją podstawę w unijnym porządku prawnym, przybierają z mocy tego ostatniego porządku charakter organów (instytucji) sądowych, przede wszystkim w zakresie specyficznego sposobu swojej organizacji, a także w sposobie swojego działania. Po drugie, prawo unijne wymaga od państw członkowskich, by rozstrzygnięcia wspomnianych wyżej krajowych organów realizujących z upoważnienia prawa unijnego określone polityki publiczne były poddawane kontroli sądowej.

Należy wszakże zauważyć, że prawodawca unijny, będący autorem i zarazem motorem procesu judycjalizacji unijnego prawa konkurencji i unijnej regulacji sektorowej, jest w tych swoich działaniach wyraźnie niekonsekwentny i brakuje mu w tym zakresie elementarnej spójności. Stąd też niniejszy artykuł postuluje większe ujednoczenie i dalej idącą oraz bardziej odważną uniformizację rozwiązań prawnych będących przejawem judycjalizacji unijnego prawa konkurencji i unijnego prawa regulacji sektorowej (w obu omawianych w niniejszym opracowaniu przejawach tej judycjalizacji).

Słowa kluczowe: judycjalizacja, unijne prawo konkurencji, unijna regulacja sektorowa, sądowa kontrola

1. Dwojaki rozumienie procesu judycjalizacji unijnego prawa konkurencji i regulacji sektorowej

Niezwykle ciekawym prawnym fenomenem w Unii Europejskiej jest judycjalizacja wielu polityk publicznych, które na podstawie przepisów prawa unijnego są formu-

* Niniejszy artykuł powstał w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2013/08/A/HS5/00642.

łowanie i prowadzone przez instytucje unijne oraz – równoległe i z upoważnienia tych instytucji unijnych – przez państwa członkowskie. Jakkolwiek zjawisko judycjalizacji potencjalnie może być różnie rozumiane¹, to w Unii Europejskiej można je odnosić do poszczególnych przedmiotowo wyróżnianych polityk publicznych, w przypadku których zjawisko to oznacza dwa paralelnie zachodzące procesy. Po pierwsze, organy publiczne o charakterze administracyjnym, które na podstawie przepisów prawa unijnego są powoływane do życia przez państwa członkowskie w celu realizacji danej polityki publicznej mającej swoją podstawę w unijnym porządku prawnym, przybierają z mocy tego ostatniego porządku charakter organów (instytucji) sądowych, przede wszystkim w zakresie specyficznego sposobu swojej organizacji, a także w sposobie swojego działania. W szczególności, określone krajowe organy administracji uzyskują dzięki przepisom prawa unijnego bardzo daleko idący zakres niezależności w obrębie danego państwa, w tym niezależności wobec innych władz publicznych, stając się instytucjami w dużej mierze autonomicznymi, korzystającymi ze statusu niemal analogicznego do niezależnych (i niezawisłych) sądów w tych państwach. Tak przejawiająca się judycjalizacja określonych krajowych organów administracji zostaje dodatkowo pogłębiona przez okoliczność, iż organy te bywają upoważniane przez prawo unijne do działań polegających na rozstrzyganiu sporów prawnych pomiędzy stronami, a więc podejmują aktywność typową dla sądów *par excellence*, będących częścią krajowego wymiaru sprawiedliwości². Po drugie, przejawem omawianej tutaj judycjalizacji jest formułowany przez prawo unijne obowiązek państw członkowskich, by rozstrzygnięcia wspomnianych wyżej organów administracji realizujących z upoważnienia prawa unijnego określone polityki publiczne były poddawane kontroli sądowej, w zakresie, w jakim mogą naruszać lub wpływać na interesy różnych podmiotów, w tym przede wszystkim przedsiębiorstw. Na mocy prawa unijnego państwa członkowskie mają zatem obowiązek ustanowienia stosownych mechanizmów instytucjonalnych i proceduralnych, które będą w swoim całości kształcie równoznaczne z sądową kontrolą rozstrzygnięć wspomnianych organów administracji. Kontrola ta ma w swoim założeniu chronić interesy różnych kategorii interesariuszy, stanowiąc przejaw realizacji gwarantowanego w unijnym porządku prawnym prawa do sądu (prawa do sądowej ochrony), mającego status unijnego prawa podstawowego.

¹ Ogólnie na temat pojęcia „judycjalizacji” zob. np. R. Suwaj, *Judycjalizacja postępowania administracyjnego*, Warszawa 2009.

² Jednocześnie omawiane tutaj krajowe organy administracyjne uzyskują w określonym zakresie – właśnie dzięki swojej daleko idącej niezależności wobec innych władz publicznych oraz w zakresie, w jakim rozstrzygają spory prawne – status sądów lub trybunałów w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) – zob. np. M. Szydło, *Principles underlying independence of national data protection authorities: Commission v. Austria*, „Common Market Law Review” 2013, vol. 50, s. 1823–1824.

Rozumiana w powyższych dwóch znaczeniach judycjalizacja unijnych polityk publicznych zachodzi w szczególności w obszarze unijnego prawa konkurencji oraz unijnego prawa regulacji sektorowej. Oba te obszary unijnych polityk publicznych są ze sobą ściśle związane w sensie aksjologicznym, ponieważ podstawowym celem obu tych polityk, tak jak te cele są formułowane i przesądzone na szczeblu unijnym, jest ochrona konkurencji na rynku wewnętrznym w Unii Europejskiej oraz realizowanie proefektywnościowego paradygmatu tej konkurencji wraz z ochroną interesów (dobrobytu) konsumentów³. W sensie aksjologicznym unijne prawo konkurencji oraz unijne prawo regulacji sektorowej wzajemnie się dopełniają i wspierają.

Podstawowym zarzutem, jaki można sformułować pod adresem prawodawcy unijnego będącego autorem (i zarazem motorem) procesu judycjalizacji unijnego prawa konkurencji i unijnej regulacji sektorowej (w powyższym rozumieniu), jest dostrzegalna wyraźnie niekonsekwencja oraz brak spójności w tych jego działaniach. Niekonsekwencja ta przejawia się w szczególności w tym, że pewne pożądane rozwiązania ustrojowo-proceduralne, które są przez prawodawcę unijnego tworzone w pewnym wycinku unijnego prawa konkurencji i/lub regulacji sektorowej, nie są w sposób systematyczny przenoszone na inne wycinki omawianego tu przedmiotowego obszaru normatywnego, co tworzy niezrozumiałe luki ustrojowo-proceduralne, niekorzystne dla różnych kategorii interesariuszy poddanych władczemu oddziaływaniu unijnego prawa konkurencji i regulacji sektorowej. Prawodawca unijny tworzy takie rozwiązania prawne, stanowiące przejaw omawianego tutaj zjawiska judycjalizacji, które w poszczególnych obszarach referencyjnych unijnego prawa konkurencji i regulacji sektorowej przyjmują – zupełnie niepotrzebnie – zróżnicowany kształt, co prowadzi do licznych niekonsekwencji i braku spójności. Odnosi się wrażenie, że jakkolwiek prawodawcy unijnemu przyświeca jednolita myśl w postaci konieczności poddania unijnego prawa konkurencji oraz regulacji sektorowej procesowi judycjalizacji, to jednak prawodawcy temu brakuje w omawianych tutaj działaniach konsekwencji czy też elementarnej spójności. Tymczasem unijne prawo konkurencji oraz regulacji sektorowej jest na tyle homogenicznym aksjologicznie, celowościowo jednorodnym oraz technicznoprawnie konwergentnym obszarem regulacji prawnej, że w jego obrębie w pełni pożądana byłaby daleko idąca uniformizacja rozwiązań prawnych stanowiących przejaw omawianej tutaj judycjalizacji, tak aby nabrała ona spójnego i konsekwentnego charakteru, adekwatnego do prawnopodstawowej rangi tego zjawiska. Ta większa uniformizacja i konsekwencja prawodawcy unijnego w kształtowaniu zjawiska judycjalizacji w unijnym prawie konkurencji i regulacji sektorowej z pewnością pomogła-

³ Na temat wzajemnych związków pomiędzy aksjologią unijnego prawa konkurencji oraz unijnej regulacji sektorowej zob. np. M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010, s. 62 i n.

by w lepszym (sprawniejszym) funkcjonowaniu określonych instytucji publicznych, z korzyścią dla poszczególnych obywateli i przedsiębiorstw.

2. Niezależność krajowych organów konkurencji i regulacji sektorowej jako przejaw judycjalizacji

Prawodawca unijny wymaga, aby organy krajowe odpowiedzialne w poszczególnych państwach członkowskich za wykonywanie unijnego prawa regulacji sektorowej korzystały z daleko idącego zakresu niezależności w obrębie poszczególnych państw. Przewidziana w przepisach unijnych dyrektyw sektorowych niezależność krajowych organów regulacyjnych jest nie tylko niezależnością od regulowanych przedsiębiorstw, ale jest również niezależnością od innych władz publicznych w państwie. W teorii regulacji sektorowej przyjmuje się, że niezależność krajowych organów regulacyjnych czy też w ogóle organów regulacyjnych od innych władz publicznych może mieć bardzo różne wymiary (i różne przejawy). Owa niezależność organów regulacyjnych od innych podmiotów władzy może być bowiem (przynajmniej w ujęciu modelowym): 1) niezależnością organizacyjną, która polega na strukturalnej separacji organów regulacyjnych od innych podmiotów władzy, w tym od istniejących ministerstw, departamentów rządowych lub innych urzędów; 2) niezależnością finansową, która polega na posiadaniu przez organ regulacyjny specjalnie dedykowanego, bezpiecznego i adekwatnie wysokiego źródła finansowania, bez konieczności dodatkowego zasilania działalności tego organu przez inne podmioty władzy lub struktury administracyjne; 3) niezależnością w zakresie wewnętrznego zarządzania, która polega na posiadaniu przez organ regulacyjny autonomii w zakresie administrowania sprawami wewnętrznymi tego organu, a ponadto wyraża się w ochronie osoby lub osób sprawujących funkcję organu regulacyjnego przed odwołaniem ich bez uzasadnionej przyczyny, a w każdym bądź razie przed odwołaniem ich bez takiej uzasadnionej przyczyny w trakcie kadencji; 4) niezależnością decyzyjną, czyli samodzielnością w zakresie podejmowania decyzji (rozstrzygnięć) regulacyjnych⁴.

Wymóg niezależności krajowych organów regulacyjnych od innych władz publicznych zajmuje bardzo ważne miejsce w przepisach unijnych dyrektyw sektorowych. Trzeba wszakże zastrzec, że bynajmniej nie w przypadku każdego sektora prawodawca unijny wymaga istnienia tej niezależności we wszystkich czterech wymienionych wyżej jej przejawach. Ponadto zdarza się, że te same przejawy niezależności krajowych organów regulacyjnych (np. niezależność organizacyjna lub niezależność decyzyjna) są

⁴ A.C. Brown, J. Stern, B. Tenenbaum, *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*, Washington 2006, s. 50; B. Tenenbaum, *Regulation: What the Prime Minister Needs to Know*, "Electricity Journal" 1996, vol. 9, s. 28 i n.; M. Szydło, *Krajowy parlament jako regulator sektorów sieciowych*, Warszawa 2013, s. 91–92.

w przypadku poszczególnych sektorów normowane w nieco odmienny sposób i w związku z tym są przez prawo unijne gwarantowane w różnym zakresie. Nie można zatem powiedzieć, by unijne rozwiązania prawne dotyczące niezależności krajowych organów regulacyjnych od innych władz publicznych były całkowicie zuniformizowane, spójne i konsekwentne⁵.

Zwłaszcza w sektorze łączności elektronicznej oraz w sektorze energetycznym prawodawca unijny nakazuje państwom członkowskim zagwarantowanie krajowym organom regulacyjnym daleko idącej niezależności od innych władz, organów czy też podmiotów publicznych. Niezależność ta musi być niezależnością organizacyjną, finansową, w zakresie wewnętrznego zarządzania oraz niezależnością decyzyjną. Porównując przy tym zakres i stopień tej wymaganej niezależności w obu wymienionych sektorach można dojść do generalnego wniosku, że w sektorze energetycznym prawodawca unijny w sposób nieco bardziej szczegółowy zajmuje się poszczególnymi wymienionymi wyżej przejawami niezależności krajowych organów regulacyjnych niż ma to miejsce w przypadku sektora łączności elektronicznej, tak iż zakres tej niezależności jest największy właśnie w sektorze energetycznym. Natomiast w sposób zdecydowanie i nieporównanie słabszy gwarantuje się krajowym organom regulacyjnym niezależność od innych organów lub podmiotów publicznych w sektorze transportu kolejowego oraz w sektorze pocztowym⁶.

Znamienne jest przy tym, że niemal w ogóle prawodawca unijny nie gwarantuje choćby jedynie podobnego zakresu niezależności krajowym organom konkurencji, które państwa członkowskie muszą powoływać do życia w celu stosowania w krajowych porządkach prawnych unijnego prawa konkurencji⁷. Krajowe organy konkurencji mają w swoim założeniu odgrywać niezwykle ważną rolę w stosowaniu i urzeczywistnianiu unijnego prawa konkurencji, będąc ważnym instytucjonalnym filarem, na którym opiera się to prawo. Pomimo tej niezwykle prominentnej roli przypisanej omawianym organom, prawodawca unijny nie zdecydował się na to, by zapewnić tym organom stosowny zakres niezależności w obrębie krajowych władz publicznych, adekwatny do charakteru powierzonych im zadań. Prawodawca unijny wydaje się ufać państwom członkowskim, że korzystając z przysługującego im w prawie unijnym określonego zakresu autonomii instytucjonalnej będą one szanowały niezależność krajowych organów konkurencji, wy-

⁵ M. Szydło, *Krajowy parlament...*, s. 92–93.

⁶ Zob. obszerny przegląd tych rozwiązań prawnych w pracy M. Szydło, *Krajowy parlament...*, s. 93 i n. Tam też zawarte są stosowne konkluzje z tego wynikające.

⁷ Zob. przepisy rozporządzenia Rady nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. WE 2003, L 1/1) oraz przepisy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. UE 2004, L 24/1).

konujących tak niezwykle istotną część zadań unijnej polityki konkurencji. Praktyka pokazuje jednak, że to zaufanie nie zawsze się sprawdza i bywa nadużywane.

Wspomniano już o tym, że zarówno krajowe organy konkurencji, jak też krajowe organy regulacyjne rozstrzygają w określonym zakresie spory między zainteresowanymi stronami, w tym między przedsiębiorstwami, co upodabnia ich działalność do typowych sądów. Co ciekawe, w unijnym prawie konkurencji prawodawca unijny wyraźnie nawet stanowi, że krajowymi organami konkurencji mogą być wyznaczone sądy krajowe, co zresztą nadaje im wówczas pewne szczególne uprawnienia jako uczestnikom Europejskiej Sieci Konkurencji, nieco odmienne niż przysługujące uczestnikom tej sieci będącym typowymi organami administracji⁸.

De lege ferenda wskazana byłaby większa uniformizacja rozwiązań prawnych stanowiących przejaw omawianego tutaj aspektu judycjalizacji unijnego prawa konkurencji i regulacji sektorowej. Rozwiązania prawne dotyczące instytucjonalnej, finansowej czy też decyzyjnej niezależności w obrębie poszczególnych państw członkowskich krajowych organów publicznych wyznaczonych do stosowania w państwach członkowskich unijnego prawa konkurencji i prawa regulacji sektorowej powinny być bardziej ujednoczone i spójne. Tego rodzaju konwergentne i konsekwentne rozwiązania prawne mogłyby mieć ten pożądaný skutek, że władze publiczne w poszczególnych państwach członkowskich nauczyłyby się je wdrażać w taki sam lub przynajmniej w podobny sposób, wyrabiając w sobie odpowiedni nawyk nie tylko w płaszczyźnie tworzenia i stosowania prawa, ale także w zakresie określonej kultury administracyjnej, niezbędnej do stosowania prawa zgodnie z wymogami dobrej administracji.

3. Kontrola sądowa decyzji krajowych organów konkurencji i krajowych organów regulacji sektorowej jako przejaw judycjalizacji

Drugim ważnym przejawem judycjalizacji unijnej polityki konkurencji i regulacji sektorowej jest wymóg poddawania decyzji (rozstrzygnięć) krajowych organów konkurencji i krajowych organów regulacyjnych sądowej kontroli. Niestety, również i w obrębie tego przejawu judycjalizacji widoczne są w prawie unijnym rozmaite niekonsekwencje i luki, co w efekcie osłabia ochronę jednostek oraz prawnopodstawową rangę unijnego prawa do sądu.

Wymóg poddawania decyzji (rozstrzygnięć) krajowych organów regulacyjnych kontroli ze strony organu odwoławczego został ustanowiony w dyrektywach unijnych odnoszących się do poszczególnych sektorów sieciowych⁹. Tego rodzaju kontrolę odwo-

⁸ Zob. art. 35 rozporządzenia nr 1/2003.

⁹ W tym kontekście art. 4 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa

ławczą decyzji krajowych organów regulacyjnych muszą zagwarantować państwa członkowskie, przy czym owym organem odwoławczym powinien być w zasadzie sąd (niezależny od stron uczestniczących w sporze)¹⁰, zaś prawo do odwołania się powinno być

ramowa w sektorze łączności elektronicznej) (Dz. Urz. WE 2002, L 108/33) stanowi co następuje: „1. Państwa członkowskie zapewniają, aby na poziomie krajowym istniały skuteczne mechanizmy umożliwiające użytkownikom lub przedsiębiorstwom udostępniającym sieci lub usługi łączności elektronicznej, których dotyczy dana decyzja wydana przez krajowy organ regulacyjny, korzystanie z prawa odwołania się od takiej decyzji do organu odwoławczego niezależnego od stron uczestniczących w sporze. Organ taki, który może być sądem, dysponuje odpowiednią wiedzą specjalistyczną pozwalającą mu na skuteczne wypełnianie swoich funkcji. Państwa członkowskie zapewniają, aby aspekty merytoryczne każdej sprawy zostały właściwie rozpatrzone, oraz zapewniają istnienie skutecznych środków odwoławczych. Do czasu rozpatrzenia odwołania decyzja krajowego organu regulacyjnego pozostaje w mocy, chyba że zgodnie z prawem krajowym zostaną zastosowane środki przejściowe. 2. Jeżeli organ odwoławczy, o którym mowa w ust. 1 powyżej, nie jest organem sądowym, powinien on zawsze sporządzić na piśmie uzasadnienie swojej decyzji. Ponadto, w takim przypadku, decyzja takiego organu winna być zaskarżalna przed organem sądowym w rozumieniu art. 234 Traktatu [obecnie art. 267 TFUE – przyp. M. Sz.]”. W sektorze elektroenergetycznym problematykę kontroli decyzji krajowych organów regulacyjnych normuje dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz. Urz. UE 2009, L 211/55). Art. 37 ust. 16 zd. 1 dyrektywy 2009/72/WE stanowi, że „Decyzje podjęte przez organy regulacyjne są w pełni umotywowane i uzasadnione, tak, aby możliwa była **kontrola sądowa** [podkr. M. Sz.]”, zaś art. 37 ust. 17 tej dyrektywy stwierdza, że „Państwa członkowskie zapewniają ustanowienie na poziomie krajowym odpowiednich mechanizmów przewidujących, że strona, której dotyczy decyzja krajowego organu regulacyjnego, ma prawo do odwołania się do organu niezależnego od zaangażowanych stron oraz od jakiegokolwiek rządu”. Problematyki odwołań od decyzji krajowych organów regulacyjnych wydawanych w pewnych szczególnych kategoriach spraw dotyczy również art. 37 ust. 12 dyrektywy 2009/72/WE, stanowiący, że „Każda ze stron, której to dotyczy i która ma prawo do składania skargi dotyczącej decyzji w sprawie metod przyjętych zgodnie z niniejszym artykułem lub, w przypadku gdy organ regulacyjny ma obowiązek konsultować się w sprawie proponowanych taryf lub metod, może, najpóźniej w terminie dwóch miesięcy od opublikowania decyzji lub propozycji decyzji lub w krótszym terminie określonym przez państwa członkowskie, złożyć skargę do rozpatrzenia. Taka skarga nie ma skutku zawieszającego”. Postanowienia o dokładnie tej samej treści jak zacytowane wyżej przepisy dyrektywy 2009/72/WE zawarte są również w art. 41 ust. 12, 16 i 17 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 2003/55/WE (Dz. Urz. UE 2009, L 211/94). W sektorze kolejowym omawiana tutaj problematyka jest unormowana w dyrektywie 2001/14/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2001 r. w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej oraz przyznawanie świadectw bezpieczeństwa (Dz. Urz. WE 2001, L 75/29), będącej jedną z dyrektyw tworzących aktualny pakiet kolejowy. W art. 30 ust. 6 dyrektywy 2001/14/WE prawodawca unijny stwierdza, że „Państwa Członkowskie podejmą środki konieczne do zapewnienia, żeby decyzje podejmowane przez organ kontrolny podlegały kontroli sądowej”. Wreszcie art. 22 ust. 3 dyrektywy 97/67/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju rynku wewnętrznego usług pocztowych Wspólnoty oraz poprawy jakości usług (Dz. Urz. WE 1998, L 15/14) stanowi, że „Państwa członkowskie zapewniają istnienie na poziomie krajowym efektywnych mechanizmów dających każdemu użytkownikowi lub operatorowi świadczącemu usługi pocztowe, którego dotyczy decyzja krajowego organu regulacyjnego, prawo do odwołania się od takiej decyzji do jednostki odwoławczej niezależnej od zaangażowanych stron. Do czasu rozpatrzenia odwołania decyzja krajowego organu regulacyjnego pozostanie w mocy, chyba że jednostka odwoławcza postanowi inaczej”.

¹⁰ To, że ów organ odwoławczy powinien być sądem, wyraźnie wynika z następujących przepisów: 1) z art. 4 ust. 1 i 2 dyrektywy 2002/21/WE (nawet bowiem jeżeli w ust. 1 art. 4 tej dyrektywy stwierdza się, że organ odwoławczy jedynie „może być” sądem, to i tak z ust. 2 tego artykułu wyraźnie wynika, że w osta-

zagwarantowane każdej osobie, której dana decyzja dotyczy¹¹ (co jest interpretowane przez Trybunał Sprawiedliwości jako konieczność zagwarantowania prawa do odwołania się nie tylko bezpośrednim adresatom danej decyzji, ale również innym osobom, których prawa mogą być naruszone w wyniku danej decyzji)¹².

tecznej instancji organ odwoławczy musi być sądem), 2) z art. 37 ust. 16 zd. 1 w zw. z ust. 17 dyrektywy 2009/72/WE, 3) z art. 41 ust. 16 zd. 1 w zw. z ust. 17 dyrektywy 2009/73/WE oraz 4) z art. 30 ust. 6 dyrektywy 2001/WE. Jedynie w dyrektywie pocztowej prawodawca unijny nie wymaga od państw członkowskich zagwarantowania istnienia kontroli odwoławczej wykonywanej przez sąd, gdyż w tym względzie wystarczy, że organ odwoławczy będzie dostatecznie niezależny od stron i od rządu (art. 22 ust. 3 dyrektywy 97/67/WE). Można się wszakże zastanawiać, czy ów brak wyraźnego przesądzenia w dyrektywie pocztowej, że kontrola decyzji krajowych organów regulacyjnych musi być wykonywana przez sąd, jest zgodny z prawem do skutecznego środka prawnego przed sądem, które to prawo jest prawem podstawowym gwarantowanym przez art. 47 Karty Praw Podstawowych UE? Jak się wydaje, art. 22 ust. 3 dyrektywy 97/67/WE powinien być interpretowany w świetle normy wyższego rzędu, jaką jest norma zawarta w art. 47 Karty, co z kolei oznacza, że organ odwoławczy, o którym jest mowa w powołanym przepisie dyrektywy 97/67/WE, powinien być sądem w rozumieniu art. 47 Karty.

¹¹ Tak właśnie określony został krąg osób uprawnionych do korzystania z prawa do odwołania się od decyzji krajowego organu regulacyjnego w przepisach dyrektyw dotyczących sektora łączności elektronicznej (art. 4 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2002/21/WE), sektora energetycznego (art. 37 ust. 17 dyrektywy 2009/72/WE i art. 41 ust. 17 dyrektywy 2009/73/WE) oraz sektora pocztowego (art. 22 ust. 3 zd. 1 dyrektywy 97/67/WE).

¹² Orzeczenie TS w sprawie C-426/05 *Tele2 Telecommunication GmbH*, poprzednio *Tele2 UTA Telecommunication GmbH przeciwko Telekom-Control-Kommission*, Zbiór Orzeczeń 2008, s. I-685, pkt 38–39; powołane orzeczenie Trybunału odnosiło się wprawdzie jedynie do wykładni sformułowań występujących w art. 4 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2002/21/WE (w powiązaniu z innymi przepisami tej dyrektywy), niemniej jednak należy przyjąć, że tego rodzaju interpretacja jest również w pełni aktualna i prawidłowa na gruncie odnośnych przepisów dyrektyw dotyczących sektora energetycznego i pocztowego. W art. 37 ust. 17 dyrektywy 2009/72/WE, w art. 41 ust. 17 dyrektywy 2009/73/WE oraz w art. 22 ust. 3 zd. 1 dyrektywy 97/67/WE zamieszczone są bowiem takie same literalnie sformułowania jak to zamieszczone w art. 4 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2002/21/WE („strona [strony] której [których] dotyczy decyzja krajowego organu regulacyjnego”); jedynie w dyrektywie dotyczącej sektora transportu kolejowego brak jest analogicznej stypulacji), a przy tym argumentacja celowościowa, do której odwołał się Trybunał Sprawiedliwości w powołanym wyżej orzeczeniu na poparcie swojego twierdzenia (zwracając uwagę, że przyjęta przezeń interpretacja znajduje pełne wsparcie w ogólnych celach i zasadach wiążących z mocy dyrektywy 2002/21/WE krajowe organy regulacyjne, w tym zwłaszcza w celu w postaci wspierania konkurencji), jest również w pełni aktualna i może być zastosowana na gruncie dyrektyw dotyczących sektora energetycznego i pocztowego. Warto przy tym przypomnieć, że w okresie przed wydaniem przez Trybunał powołanego wyżej orzeczenia w doktrynie wypowiediany był pogląd, iż prawo do odwołania się, o którym jest mowa w art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE przysługuje w świetle tego przepisu jedynie bezpośrednim adresatom danej decyzji, którymi mogą być tylko przedsiębiorstwa telekomunikacyjne (do których dana decyzja jest skierowana). Innym natomiast osobom dotkniętym przez daną decyzję państwa członkowskie też mogą fakultatywnie przyznać prawo do odwołania się od decyzji, aczkolwiek w świetle art. 4 ust. 1 dyrektywy 2002/21/WE nie mają bynajmniej takiego prawnego obowiązku (S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 57–58). Po wydaniu przez Trybunał powołanego orzeczenia w sprawie *Tele2 Telecommunication GmbH* powyższy pogląd nie jest już aktualny. Trybunał bowiem jasno stwierdził, że „ściśła wykładnia art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej, zgodnie z którą przepis ten nie przyznaje prawa odwołania osobom innym niż adresaci decyzji krajowych organów regulacyjnych, byłaby trudna do pogodzenia z ogólnymi celami i zasadami prawnymi, które wynikają w odniesieniu do tych organów z art. 8 rzeczonej dyrektywy, w szczególności z celem wspierania konkurencji. [...] Wynika z tego, że art. 4 ust. 1 dyrektywy ramowej należy interpretować w ten sposób, że ma on na celu przyznanie prawa odwołania również osobom innym niż adresaci decyzji wydanej przez krajowy organ regulacyjny w ramach analizy rynku. Należy zatem uznać, że «[decyzja]

Prawo jednostek do odwołania się do sądu od decyzji krajowych organów regulacyjnych jest w istocie unijnym prawem podstawowym wynikającym z art. 47 Karty Praw Podstawowych UE i aktualizującym się wówczas, gdy krajowe organy regulacyjne stosują przepisy prawa krajowego implementujące przepisy unijnych dyrektyw (czyli stosują prawo Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 zd. 1 Karty) oraz naruszają uprawnienia jednostek wynikające z przepisów unijnych dyrektyw lub z prawa krajowego implementującego postanowienia unijnych dyrektyw¹³. W świetle faktu, że prawo jednostek do sądu zostało zakotwiczone w unijnym prawie pierwotnym, nie może zatem dziwić to, że prawo jednostek do odwołania się do sądu od decyzji krajowych organów regulacyjnych zostało zagwarantowane również w unijnych dyrektywach sektorowych¹⁴.

Można się natomiast dziwić, że prawodawca unijny nie chce w sposób spójny i konsekwentny unormować na szczeblu unijnym zakresu tej sądowej kontroli, w sensie jednoznacznego przesądzenia, pod względem jakich kryteriów ta sądowa kontrola ma być wykonywana i jakie skutki prawne ma ona powodować. Można oczywiście rozumieć obawę prawodawcy unijnego przed nadmiernym ingerowaniem w tym zakresie

dotyczy», w rozumieniu tego przepisu, użytkowników i przedsiębiorstw konkurencyjnych wobec przedsiębiorstwa posiadającego (uprzednio) znaczącą pozycję na odnośnym rynku, jeżeli ich prawa mogą być naruszone w wyniku tej decyzji” (pkt 38–39 powołanego orzeczenia).

¹³ W swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości już od bardzo dawna zwracał uwagę na fakt, że wymóg efektywnej ochrony praw (swobód) podstawowych wynikających z Traktatu implikuje to, by wszelkie decyzje organów krajowych dotyczące takich praw były poddawane kontroli sądowej (orzeczenia TS w sprawach: 222/86 *Union nationale des entraineurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) przeciwko Georges Heylens i inni*, Zbiór Orzeczeń 1987, s. 4097, pkt 14; C-340/89 *Irene Vlasopoulou przeciwko Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, Zbiór Orzeczeń 1991, s. I-2357, pkt 22; C-104/91 *Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria przeciwko José Luis Aguirre Borrell i inni*, Zbiór Orzeczeń 1992, s. I-3003, pkt 15). Tę myśl Trybunału można by również rozwinąć i rozumieć szerzej, w ten mianowicie sposób, że sądowa kontrola decyzji podejmowanych przez organy krajowe jest konieczna we wszystkich tych przypadkach, gdy decyzje wspomnianych organów krajowych dotyczą uprawnień jednostek wynikających po prostu z prawa unijnego, nawet jeżeli w danym przypadku nie chodzi o prawa podstawowe czy też o inne prawa wynikające z Traktatu, lecz gdy chodzi o uprawnienia wynikające z przepisów dyrektyw unijnych lub o uprawnienia wynikające z przepisów prawa krajowego implementujących postanowienia unijnych dyrektyw, które to uprawnienia są dotknięte przez decyzję organu krajowego. Takie rozumowanie znajduje swoje pełne wsparcie w treści art. 47 Karty Praw Podstawowych UE, stanowiącego, że „Każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule”. Owymi „prawami zagwarantowanymi przez prawo Unii” (których naruszenie przez państwa członkowskie przy stosowaniu prawa Unii w rozumieniu art. 51 ust. 1 zd. 1 Karty uprawnia do skutecznego środka prawnego przed sądem) są również prawa wynikające z unijnego prawa wtórnego, w tym z dyrektyw, oraz prawa wynikające z prawa krajowego implementującego postanowienia unijnych dyrektyw (H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, München 2005, s. 444). W świetle powyższego przewidziane w przepisach unijnych dyrektyw sektorowych prawo jednostek dotkniętych (aktualnie lub potencjalnie) decyzją krajowego organu regulacyjnego do odwołania się do sądu jest niczym innym jak przejawem zagwarantowania tym jednostkom realizacji przysługującego im unijnego prawa podstawowego unormowanego w art. 47 Karty Praw Podstawowych UE.

¹⁴ Powyższy opis stanu normatywnego w sektorach sieciowych oraz towarzyszący mu komentarz i konkluzje zaczerpnięte są wprost z pracy M. Szydło, *Krajowy parlament...*, s. 68–72.

w autonomię instytucjonalną państw członkowskich i we wrażliwe kwestie związane z niezależnością władzy sądowniczej. Jednak ta postawa prawodawcy unijnego powoduje, że rozwiązania unijnego prawa regulacji sektorowej, w dużej mierze ujednoczone przecież w sensie materialnoprawnym i mające w swoim założeniu wywoływać w różnych państwach podobne skutki substancjalne, nie dają przedsiębiorstwom działającym w poszczególnych państwach członkowskich porównywalnego zakresu sądowej ochrony ich – wynikających z prawa unijnego – uprawnień, naruszanych lub zagrożonych działalnością krajowych organów regulacyjnych. W poszczególnych państwach sądy są upoważniane w bardzo różnym zakresie do badania faktów danej sprawy oraz stosowanego w ramach danej sprawy prawa. W szczególności sądy w bardzo różnym zakresie bywają upoważniane do badania działań krajowych organów regulacyjnych podejmowanych w ramach władzy dyskrecyjnej tych organów. Odmiennie są też kształtowane uprawnienia judykacyjne sądów w omawianym zakresie: niekiedy sądy te orzekają czyisto kasatoryjnie, niekiedy zaś mogą również wydawać rozstrzygnięcia merytoryczne¹⁵.

Towarzyszące prawodawcy unijnemu obawy przed (przynajmniej względny) ujednoczeniem rozwiązań prawnych w omawianym tutaj zakresie powinny być mniejsze choćby z uwagi na fakt istnienia ustalonego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (w Strasburgu) oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na tle prawa jednostek do sądu, gwarantowanego przez art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz przez art. 47 Karty Praw Podstawowych UE¹⁶. Oba wymienione Trybunały wymagają mianowicie, by sądy krajowe rozpatrujące odwołania od decyzji organów krajowych niebędących sądami posiadały względem zaskarżanych i badanych przez owe sądy decyzji „pełną jurysdykcję” (*full jurisdiction*), czyli jurysdykcję umożliwiającą tym sądom badanie zaskarżonych decyzji pod względem prawnym i faktycznym¹⁷. Co prawda, to, jak silna (jak daleko idąca) powinna być ta kontrola sądowa nad prawnymi i faktycznymi aspektami zaskarżonych

¹⁵ Zob. np. obszerne opracowanie w tym zakresie P. Larouche, X. Taton, *Enforcement and judicial review of decisions of national regulatory authorities: Identification of best practices*, A CERRE (Centre on Regulation in Europe) study, Brussels, 2011, dostępne na stronie: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2063747, s. 149 i n. [dostęp 17 czerwca 2015 r.].

¹⁶ Prawa podstawowe zagwarantowane w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa (art. 6 ust. 3 TUE). Niezależnie od tego Unia przystępuje do wspomnianej Konwencji (art. 6 ust. 2 TUE).

¹⁷ Zob. wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach: *Albert i Le Compte przeciwko Belgii*, Series A no. 58, § 29, z dnia 10 lutego 1983 r.; *Öztürk przeciwko Niemcom*, Series A no. 73, § 56, z dnia 21 lutego 1984 r.; *Fischer przeciwko Austrii*, Series A no. 312, § 28, z dnia 26 kwietnia 1995 r.; *Umlauf przeciwko Austrii*, Series A no. 328-B, §§ 37–39, z dnia 23 października 1995 r.; *Steininger przeciwko Austrii*, no. 21539/07, § 46, z dnia 17 kwietnia 2012 r.; *Zumtobel przeciwko Austrii*, Series A no. 268-A, §§ 31–32, z dnia 21 września 1993 r.; *Bryan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, Series A no. 335-A, §§ 43–47, z dnia 22 listopada 1995 r.; *Müller i inni przeciwko Austrii* (dec.), no. 26507/95, z dnia 23 listopada 1999 r.; *Crompton przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, no. 42509/05, §§ 71 i 79, z dnia 27 października 2009 r.; *Sigma Radio Television Ltd przeciwko Cyprowi*, nos. 32181/04 i 35122/05,

decyzji¹⁸, uzależnione jest od wielu różnych specyficznych okoliczności i nie może być z góry sztywno przesądzone dla wszystkich kategorii spraw¹⁹. Niemniej jednak wydaje się, że akurat w obszarze unijnego prawa konkurencji i regulacji sektorowej istnieją solidne podstawy i powody ku temu, by pokusić się o wyraźne unormowanie i przesądzenie tych kwestii w określonym akcie lub aktach prawa unijnego. Ostatecznie celem prawodawcy unijnego powinno być bowiem to, by sądowa kontrola decyzji krajowych organów konkurencji i krajowych organów regulacyjnych była tak prawnie ukształtowana i tak faktycznie zorganizowana, by była ona w stanie rzeczywiście oraz sprawnie (właściwie) realizować wszystkie przypisane jej funkcje, a więc przede wszystkim funkcję gwarancyjną, polegającą na zapewnianiu poszczególnym jednostkom, mogącym zostać dotkniętymi decyzją danego krajowego organu, stanu respektowania ich uprawnień wynikających z unijnego porządku prawnego²⁰.

Szczególnie negatywnie odczuwalne jest to, że, o ile w przypadku unijnego prawa regulacji sektorowej prawodawca stara się – choć zazwyczaj w sposób jedynie szczątkowy i nie zawsze niestety konsekwentnie – regulować niektóre aspekty sądowej kontroli decyzji krajowych organów regulacyjnych, o tyle całkowicie zrezygnował on z regulowania tych zagadnień w odniesieniu do sądowej kontroli decyzji krajowych organów konkurencji. W tym zakresie państwa członkowskie korzystają z bardzo daleko idącej swobody, ograniczanej jedynie – niejednolicie zresztą rozumianym i różnie interpretowanym w tym względzie – orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Znamienne jest przy tym, że jakkolwiek w unijnym prawie konkurencji prawodawca unijny nie unormował instytucjonalnych i proceduralnych aspektów sądowej kontroli decyzji krajowych organów konkurencji, to jednak – co akurat należy ocenić pozytywnie – nie zaniedbał zatroszczyć się o to, by orzecznictwo sądów krajowych kontrolujących decyzje krajowych organów konkurencji było w ramach całej UE odpowiednio jednolite i spójne, w szczególności zaś spójne z praktyką decyzyjną Komisji Europejskiej w zakresie stosowania unijnego prawa konkurencji. W unijnym prawie konkurencji istnieją bowiem rozwiązania prawne, które są ukierunkowane na zapewnienie jednolitości

§ 152, z dnia 21 lipca 2011 r.; zob. też wyrok TS w sprawie C-506/04 *Graham J. Wilson przeciwko Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, Zbiór Orzeczeń 2006, s. I-8613, pkt 60–62.

¹⁸ W szczególności zaś kwestia tego, czy sąd krajowy powinien samodzielnie i niezależnie przeprowadzać określone dowody dotyczące faktów w danej w sprawie, czy też może poprzestać jedynie na uwzględnieniu dowodów przeprowadzonych wcześniej w tym zakresie przez organ pozasądowy.

¹⁹ Zob. orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach: *Sigma Radio Television Ltd przeciwko Cyprowi*, nos. 32181/04 i 35122/05, §§ 153–155, z dnia 21 lipca 2011 r., oraz wskazane tam dalsze orzeczenia; *Steininger przeciwko Austrii*, no. 21539/07, §§ 50–58, z dnia 17 kwietnia 2012 r., oraz inne powołane tam orzeczenia; zob. też wyrok TS w sprawie C-55/06 *Arcor AG & Co. KG przeciwko Niemcom*, Zbiór Orzeczeń 2008, s. I-2931, pkt 163–170.

²⁰ M. Szydło, *Krajowy parlament...*, s. 73–76 oraz wskazane tam orzecznictwo, literatura i dalsze argumenty.

orzecniczej nie tylko krajowych organów konkurencji, ale również krajowych sądów weryfikujących ich decyzje²¹. Tymczasem w unijnym prawie regulacji sektorowej w określony sposób ujednoczona i konsolidowana (koordynowana) jest tylko praktyka decyzyjna poszczególnych krajowych organów regulacyjnych, natomiast orzecznictwo krajowych sądów kontrolujących (weryfikujących) decyzje krajowych organów regulacyjnych nie jest bynajmniej poddane żadnej formie konsolidacyjnego oddziaływania, mającego prowadzić do zapewnienia względnej spójności tego orzecznictwa w skali całej UE. Ten brak może poważnie zagrażać realizacji integracyjnych celów unijnej regulacji sektorowej²².

Wszystkie powyższe uwagi pokazują, że judycjalizacja unijnego prawa regulacji sektorowej ma charakter bardzo fragmentaryczny, a ponadto jest procesem, który w swojej warstwie normatywnej zawiera wiele niespójności z analogicznym procesem judycjalizacji unijnego prawa konkurencji.

De lege ferenda należałoby postulować, by zarówno w unijnym prawie konkurencji, jak też w unijnym prawie regulacji sektorowej prawodawca unijny wyraźnie zagwarantował jednostkom (przedsiębiorstwom) dotkniętym w swych uprawnieniach (interesach) przez decyzje krajowych organów konkurencji i krajowych organów regulacyjnych prawo do merytorycznego (celowościowego) rozstrzygnięcia ich odwołania przez niezależny organ, którym zresztą w drugiej instancji nie musi być koniecznie sąd, rozumiany jako element wymiaru sprawiedliwości w danym państwie członkowskim. Zarówno powaga i autorytet unijnego prawa konkurencji i regulacji sektorowej, jak też zaufanie jednostek do tego porządku prawnego (będące przecież istotnym elementem legitymizacji władz publicznych, zwłaszcza tak niezależnych, jak organy konkurencji i regulacji sektorowej), znacznie by wzrosły, gdyby poszczególne jednostki (przedsiębiorstwa) miały instytucjonalną (prawną) gwarancję zawartą w prawie unijnym, że ich odwołanie od decyzji krajowego organu konkurencji lub krajowego organu regulacyjnego będzie merytorycznie rozpatrzone i rozstrzygnięte przez wyspecjalizowany i niezależny organ, dysponujący odpowiednią (także ekonomiczną i techniczną) wiedzą z tego zakresu oraz zdobytym w przeszłości zawodowym doświadczeniem. Prowadzi to do postulatu ustanowienia wyspecjalizowanych quasi-sądowych paneli, które byłyby w stanie skutecznie podjąć omawianemu tutaj zadaniu. Praktyka w poszczególnych państwach członkowskich pokazuje, że sądy – czy to powszechnie

²¹ Zob. art. 11–13 rozporządzenia nr 1/2003 (ujednoczenie i koordynacja praktyki decyzyjnej krajowych organów konkurencji) oraz art. 15–16 rozporządzenia nr 1/2003 (ujednoczenie i koordynacja orzecznictwa krajowych sądów kontrolujących decyzje krajowych organów konkurencji).

²² Zob. szeroko M. Szydło, *Towards More Coherent Application of the EU Regulatory Framework for Energy through the Judicial Review of Decisions of National Regulatory Authorities*, “International Energy Law Review” 2013, vol. 32, nr 5, s. 215.

czy też administracyjne – nie zawsze są w stanie i nie zawsze też chcą kontrolować decyzje krajowych organów konkurencji i krajowych organów regulacyjnych w sensie merytorycznym (celowościowym). Można by więc postulować, by tradycyjnie rozumianym sądom, stanowiącym część wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich, przypadło w udziale zadanie kontrolowania nie bezpośrednio decyzji krajowych organów konkurencji i krajowych organów regulacyjnych, ale raczej zadanie sądowej kontroli rozstrzygnięć podejmowanych przez postulowane tutaj wyspecjalizowane i niezależne panele. W takim układzie postulowana w niniejszym opracowaniu instancyjna struktura rozstrzygnięć konkretyzujących unijne prawo konkurencji i unijne prawo regulacji sektorowej powinna wyglądać następująco: decyzje krajowych organów konkurencji i krajowych organów regulacyjnych – orzeczenia wyspecjalizowanych i niezależnych paneli (składających się z niezależnych ekspertów), rozstrzygające odwołania merytorycznie i co do meritum sprawy – orzeczenia sądów krajowych, sprawujących taki zakres judykacyjnej kontroli nad orzecznictwem wyspecjalizowanych paneli, jaki odpowiada tradycji i kulturze prawnej danego państwa członkowskiego (np. kontrola celowości lub tylko legalności rozstrzygnięć; orzekanie reformatoryjne lub tylko kasatoryjne).

De lege ferenda należałoby też zadbać o większą koordynację i konsolidację w skali całej UE orzecznictwa tych organów (w tym sądów), które kontrolują decyzje krajowych organów regulacyjnych, analogicznie jak tego rodzaju koordynacja i konsolidacja jest obecnie unormowana w unijnym prawie konkurencji.

4. Konkluzje

Ogólnie można zatem powiedzieć, że zasadniczym postulatem wynikającym z niniejszego opracowania jest większe ujednoczenie i dalej idąca oraz bardziej odważna uniformizacja rozwiązań prawnych będących przejawem judycjalizacji unijnego prawa konkurencji i unijnego prawa regulacji sektorowej (w obu omawianych w niniejszym opracowaniu przejawach tej judycjalizacji). Unijne prawo konkurencji i unijne prawo regulacji sektorowej stanowią zbyt inwazyjne dla poszczególnych jednostek reżimy prawne, by omawiany tutaj proces judycjalizacji mógł być zatrzymany w pół kroku (tak jak to jest obecnie), bez jego konsekwentnego i spójnego doprowadzenia do końca. Wyraźnie widoczne w obszarze unijnego prawa konkurencji i regulacji sektorowej dyrygistyczne kierowanie życiem społecznym i gospodarczym musi być komplementarnie uzupełnione przez proces judycjalizacji oparty na spójnych założeniach aksjologicznych i instytucjonalnych, z korzyścią dla zainteresowanych przedsiębiorstw.

A judicialização da proteção da concorrência e da regulamentação setorial no direito da União Europeia: entre o controle de legalidade e a condução da política administrativa

Resumo

A judicialização do direito da União Europeia (EU) da concorrência, bem como do seu direito de regulamentação setorial ocorre em dois processos paralelos. De um lado, os órgãos nacionais da concorrência e os órgãos nacionais reguladores - os quais são criados sobre a base dos preceitos do direito comunitário para os Estados membros a fim de por em execução uma política pública com fundamento na ordem jurídica comum e os quais, em virtude da vigência desta última ordem, tomam o caráter das instituições (corpos) judiciais, precipuamente no âmbito de sua organização peculiar e do seu modo de agir próprio. Por outra parte, o direito comunitário requer dos Estados membros que as decisões dos órgãos nacionais, acima mencionados, realizadas por procuração do direito da União Europeia, que determinadas política públicas sejam submetidas ao controle judicial.

Ao discorrer sobre isso é preciso acrescentar que o legislador comunitário - o qual é o autor e ao mesmo tempo o motor do processo de judicialização do direito da União Europeia sobre a concorrência e a regulação comunitária setorial - é nas suas atuações, bastante incosequente e desprovido, nesta seara, de uma coerência elementar. Por isso, esta contribuição sugere mais uniformidade e unidade no que tange as regras jurídicas, as quais são as manifestações da judicialização do direito comunitário da concorrência e do direito da União Europeia da regulação setorial (ambos os aspetos examinados neste estudo).

Palavras-chaves: Judicialização, direito comunitário da União Europeia da concorrência, regulamentação comunitária setorial, controle judicial.

Załącznik

NOTKA BIBLIOGRAFICZNA O KSIĄŻCE

Andrzej Bator (red.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*, LexisNexis, 2012, 361 s.

Mimo że na okładce książki napisano, iż jest ona podręcznikiem akademickim adresowanym przede wszystkim do studentów kierunków prawnych i administracyjnych, „pomyślanym jako pomoc dydaktyczna uzupełniająca wykład ze wstępu do prawoznawstwa oraz teorii i filozofii prawa”, jej lektura przekonuje, że oceniana publikacja jest czymś więcej. Można bez przesady nazwać ją encyklopedią prawoznawstwa. Jej znaczenie wykracza znacznie, co zresztą podkreślają autorzy – piórem A. Batora – we wstępie, poza dydaktyczne ramy kursowych przedmiotów wykładanych na wydziale prawa.

299 haseł do książki napisali, oprócz wspomnianego redaktora, czterej pracownicy Katedry Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Zaledwie dwóch z nich – profesorowie W. Gromski i Z. Pulka – są czynnymi jej pracownikami. Prof. St. Kaźmierczyk jest emerytowanym, byłym kierownikiem tej Katedry, a A. Kozak przedwcześnie zmarłym, nietuzinkowym przedstawicielem teorii i filozofii prawa.

Autorzy rozdzielili hasła między jedenaście rozdziałów. Już ten podział można uznać za wyczyn, z uwagi na bliskość i możliwość ząbienia się definiowanych pojęć czy wyrażeń. Każdy z tych jedenastu rozdziałów kończy się wykazem literatury. Trzeba tutaj podkreślić staranność autorów leksykonu w doborze pozycji odpowiadających poszczególnym rozdziałom. Jeśli autor się powtarza, to zawsze ze względu na inne swoje prace. Aby dać niewielki obraz zawartości poszczególnych rozdziałów, pozwolę sobie przywołać ją, w poniższym akapicie, w następujący uproszczony sposób: tytuł rozdziału napisany dużymi literami oraz jego pierwsze i ostatnie hasło, oddzielone myślnikiem.

PRAWOZNAWSTWO: „analityczna teoria prawa” – „szczegółowe nauki prawne”; FILOZOFIA PRAWA: „aksjologia” – „wartości wewnętrzne prawa”; JEZYK A PRAWO: „czynność konwencjonalna” – „zdanie deontyczne”; NORMA POSTĘPOWANIA: „adresat normy prawnej” – „zasady prawa”; SYSTEM PRAWA: „chronologiczna reguła kolizyjna” – „zupełność systemu prawa”; PRZEPISY PRAWNE: „arena” – „wypowiedzi kreujące”; TWORZENIE PRAWA: „akt prawotwórczy, akt normatywny

lub normodawczy” – „źródło prawa”; WYKŁADNIA PRAWA: „*clara non sunt interpretanda*” – „wykładnia zawężająca”; ARGUMENTACJE PRAWNICZE: „*a contrario* wnioskowanie” – „założenie o konsekwencji ocen prawodawcy”; STOSOWANIE PRAWA: „akt stosowania prawa” – „technologiczny model uzasadnienia dowodu sądowego”; STOSUNKI PRAWNE: „czyn prawny” – „zdolność prawna”.

Autorzy haseł starali się nadać poszczególnym hasłom treść możliwą do zaakceptowania przez różne środowiska prawnicze. Jednakże, jak pisze A. Bator, na gruncie teorii i filozofii prawa zbyt daleko idąca standaryzacja poglądów okazałaby się wręcz szkodliwa. „W konsekwencji tego w wielu przypadkach, pisząc wyjaśnienia poszczególnych haseł, zmuszeni byliśmy do prezentacji konkurencyjnych znaczeń. Bywały i takie – wcale nierzadkie – sytuacje, gdy objaśnianie pojęcia stało się okazją do prezentacji sporu toczzonego wokół zagadnienia związanego z tym pojęciem. Choć w opracowaniu zasadniczo staraliśmy się unikać prezentacji koncepcji ściśle autorskich, to jednak przy niektórych hasłach koniecznością stało się zaopatrywanie określonych konstrukcji teoretycznych w nazwiska” (*ibidem*).

Książka zaopatrzona jest w niezmiernie pożyteczne dwa spisy haseł. Pozwalają one błyskawicznie odnaleźć poszukiwane hasło. Jeśli poszukujący łączy poszukiwane hasło z jednym z jedenastu rozdziałów Leksykonu, to odnajdzie je w spisie haseł w układzie tematycznym. Jeżeli nie jest w stanie przyporządkować go żadnemu z jedenastu rozdziałów, ustali termin czy wyrażenie w spisie alfabetycznym.

Trudno przecenić znaczenie tej pozycji. Na pewno jest ona pewnym podsumowaniem polskiego dorobku naukowego w tej dziedzinie. W związku z tym, autorom Encyklopedii, skromnie nazwanej Leksykonem, należą się gratulacje. Jeśli miałbym postulować jakieś ulepszenia, to przede wszystkim uzupełnienie tekstu skorowidzem nazwisk oraz większe uwypuklenie wkładu i specyfiki rodzimych autorów i prądów doktrynalnych.

Prof. dr hab. Krystian Complik

Apêndice

NOTA SOBRE O LIVRO

Andrzej Bator (org.), *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny [Introdução às ciencias jurídicas. Vocabulario tematico]*, LexisNexis 2012, p. 361.

Ainda quando na capa do livro encontra-se grafado que o mesmo é um manual acadêmico endereçado, sobretudo, aos estudantes de direito e de administração pública, “concebido como uma ajuda didática complementar ao curso de introdução à jurisprudência e à teoria e filosofia do direito”, a sua leitura convence que a publicação comentada é algo mais. Pode-se, sem exagero, chamá-lo de enciclopédia das ciencias jurídicas. A sua importância vai muito além – o que alias sublinham os autores mediante a pena de A. Bator – do modelo didático das matérias jurídicas ensinadas nas Faculdades de Direito da Polônia.

Os 299 verbetes do Vocabulário foram escritos pelo organizador já mencionado e pelos quatro colaboradores da Cátedra de Teoria e Filosofia da Faculdade de Direito, Administração e Economia da Universidade de Wrocław. Apenas dois deles – os professores W. Gromski e Z. Pulka – trabalham nesta entidade. S. Kazimierczyk, na atualidade aposentado, foi chefe desta Cátedra e A. Kozak, recentemente falecido, foi cultivador incomum da teoria e da filosofia do direito.

Os autores repartiram os verbetes em onze capítulos. Já esta repartição pode ser considerada uma proeza, no sentido da proximidade e da possibilidade de se endentar as noções ou expressões definidas. Após cada um destes capítulos segue uma lista bibliográfica. Devo salientar o empenho dos autores do Vocabulário na seleção da literatura adequada aos capítulos individuais. Se um autor é reprisado isso é sempre devido a sua (suas) outras publicações, mais ajustada(s) à problemática do capítulo. Para dar uma pequena ideia do teor dos capítulos particulares, permito-me citar, na alínea abaixo, de modo simplificado: o título do capítulo escrito com maiúscula, bem como o seu primeiro e o derradeiro verbe, separado por um travessão.

JURISPRUDÊNCIA: “teoria analítica do direito” – “ciencias jurídicas particulares”; FILOSOFIA DO DIREITO: “axiologia” – “valores internos do direito”; LÍNGUA E DIREITO: “ato convencional” – “frase deôntica”; NORMA DE CONDUTA: “destinatário da norma jurídica” – “princípios do direito”; SISTEMA DE DIREITO: “regra cro-

nológica da colisão” – “completude do sistema jurídico”; PRECEITOS JURÍDICOS: “arenga” – “enunciações criativas”; CRIAÇÃO DO DIREITO: “ato de criação de direito, ato normativo ou ato instituidor das normas” – “fonte de direito”; INTERPRETAÇÃO DO DIREITO: “*clara non sunt interpretanda*” – “interpretação restritiva”; ARGUMENTAÇÕES JURÍDICAS: “*a contrario* dedução” – “pressuposto sobre a consequência das avaliações do legislador”; APLICAÇÃO DO DIREITO: “ato da aplicação de direito” – “modelo tecnológico da motivação da prova judiciária”; RELAÇÕES JURÍDICAS: “feito jurídico” – “capacidade jurídica”.

Os autores dos verbetes esforçaram-se para dar a eles o significado aceitável por diversos setores (comunidades de pensamento) jurídicos. Porém, como escreve A. Bator, uma standardização demais avançada – no domínio da teoria e filosofia do direito – poderia ser perniciososa. “Em consequência disto, em muitos casos ao redigir explicações dos verbetes individuais, fomos obrigados a apresentar as acepções competitivas. Ocorreram também as situações - não raras em absoluto – quando o esclarecimento do conceito ensejou uma oportunidade de apresentar uma controvérsia travada ao redor de um quesito conectado com o entendimento da noção central. Apesar de tratar de evitar a exposição das concepções próprias aos autores determinados, no caso de certos verbetes foi necessário adicionar a algumas construções teóricas, os nomes” (*ibidem*).

O livro tem dois registros dos verbetes extremamente úteis, que possibilitam achá-los rapidamente. Se uma pessoa busca um verbete pertencente a um dos onze capítulos do Vocabulário, encontrará o mesmo no registro dos verbetes do arranjo temático. Se ela não está em posição de atribuí-lo a nenhum das onze divisões do livro, identificará o termo no registro alfabético.

É difícil estimar o valor desta publicação. Ela é, sem dúvida, certa síntese da bagagem científica polonesa nesta seara. Com relação a isso, os autores da Enciclopédia – nomeada modestamente Vocabulário – merecem os nossos cumprimentos. Se haveria de postular algum aperfeiçoamento, eu recomendaria, primeiro, o aditamento do índice onomástico, e, em segundo lugar, o destaque maior das contribuições e da especificidade dos autores e correntes doutrinárias pátrias.

Prof. Dr Krystian Complak

Informacja o autorach

Dados sobre autores

Barboza Estefânia Maria de Queiroz – Doutora e Mestre em Direito pela PUCPR. Professora de Direito Constitucional dos Programas de graduação e mestrado da UniBrasil. Professora do Departamento de Direito Público da UFPR. Visiting Researcher na Osgoode Hall Law School, York University, Toronto Canadá, 2008/2009.

Dr, profesor prawa konstytucyjnego, Zespólone Wydziały Brazylii – UniBrasil, Kurytyba, Brazylia.

Bozhkarauy Altay – Dr, docent prawa konstytucyjnego, Państwowy Karagandzki Uniwersytet im. Akademika J. A. Bukietowa, Karaganda, Kazachstan.

Professor de Direito Constitucional Universidade Estatal de Karaganda “Acadêmico E. A. Bukietov”, Karaganda, Cazaquistão.

Fischer Octavio Campos – Advogado em Curitiba, no Estado do Paraná/Brasil. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela UFPR. Professor de Direito Tributário das Faculdades Integradas do Brasil – “UniBrasil” (Mestrado, Graduação e Especialização). Vice-coordenador do Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil. e-mail: octavio@octaviofischer.com.br

Dr, profesor prawa podatkowego, Zespólone Wydziały Brazylii – UniBrasil, Kurytyba, Brazylia.

Gomes Eduardo Biacchi – Estágio de Pós doutorado na Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Faculdade de Direito, Vice coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil, Professor Titular de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Uninter. e-mail: ebgomes@me.com

Profesor zwyczajny prawa międzynarodowego, Papieski Uniwersytet Katolicki Parany, Kurytyba, Brazylia.

Jabłoński Mariusz – Prof. dr hab., Kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

Dr. Hab., Professor de Direito Constitucional, Universidade de Wrocław, Wrocław, Polónia.

Ławniczak Artur – Dr hab. nauk prawnych, Katedra Prawa Konstytucyjnego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

Dr. Hab., Professor de Direito Constitucional, Universidade de Wrocław, Wrocław, Polónia.

Maliska Marcos Augusto – Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil, em Curitiba, e Procurador Federal.

Dr, profesor prawa konstytucyjnego, Zespólone Wydziały Brazylii – UniBrasil, Kurytyba, Brazylia.

Miemiec Wiesława – Prodziekan do spraw finansowych, prof. dr hab. nauk prawnych w zakresie prawa finansowego, Katedra Prawa Finansowego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

Vice-decana da Faculdade, Dr. Hab., Professora de Direito Financeiro, Universidade de Wrocław, Wrocław, Polônia.

Odreski Ramina Larissa Liz – Doutora em Direito Internacional pela USP (2006). Professora de Direito Internacional Público da UFPR. Professora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil.

Dr, profesor międzynarodowego prawa publicznego, Zespólone Wydziały Brazylii – UniBrasil, Kurytyba, Brazylia.

Sawicki Janusz – Prof. nadzw. UW dr hab., Katedra Prawa o Wykroczeniach i Karnego Skarbowego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

Dr. Hab., Professor de Direito Penal Tributário, Universidade de Wrocław, Wrocław, Polônia.

Schier Paulo Ricardo – Doutor em Direito Constitucional pela UFPR. Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação, especialização e mestrado da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil. Pesquisador vinculado ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq) e à Linha de Pesquisa “Constituição e Condições Materiais da Democracia”. Trabalho vinculado ao Projeto de Pesquisa “Presidencialismo de Coalizão no Brasil e seus impactos na democracia”. Professor do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro Honorário da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/Pr. Advogado militante. e-mail: pauloschier@uol.com.br

Dr, profesor prawa konstytucyjnego, Zespólone Wydziały Brazylii – UniBrasil, Kurytyba, Brazylia.

Stefanicki Robert – Prof. dr hab., Instytut Prawa Cywilnego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

Dr. Hab., Professor de Direito Civil, Universidade de Wrocław, Wrocław, Polônia.

Szydło Marek – Prof. UW dr hab., Kierownik Zakładu Prawa Konkurencji i Regulacji Sektorowej, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

Dr. Hab., Professor de Direito Administrativo Econômico, Universidade de Wrocław, Wrocław, Polônia.



Podkreślić trzeba, że konfrontacja rozwiązań spotykanych na różnych kontynentach jest ze wszech miar uzasadniona, szczególnie, że obecnie w wielu obszarach demokratyzacji państwa to właśnie Ameryka Południowa stanowi miejsce, gdzie wykuwają się nowe pomysły.

Z recenzji dr. hab. Piotra Uziębły, prof. UG

E preciso frisar que a comparação de regulamentações acolhidas em diferentes continentes e de todos pontos de vista justificada, notadamente que agora em muitos âmbitos da democratização do Estado, a America do Sul e um lugar onde surgem as novas idéias.

*De um trecho da resenha pelo docente com pós-doutorado,
Professor da Universidade de Gdansk – Piotr Uziębły*

ISBN 978-83-61370-43-7

