
ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR

EZEQUIAS LOSSO



COORDENADORES

José Mario Tafuri
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr

ORGANIZADORES

Eloete Camilli Oliveira
Demetrius Nichele Macei

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR **EZEQUIAS LOSSO**

PREFÁCIO

Arnaldo Rebello

HOMENAGEM

Mauro Seraphim

APRESENTAÇÃO

Demetrius Nichele Macei

AUTORES PARTICIPANTES

Bortolo Valle
Cláudio Ricardo Doro
Daniel Ferreira
Demetrius Nichele Macei
Eloete Camilli Oliveira
Felipe Hasson
Graziela C. da Silva B. Machado
Guilherme Oliveira de Andrade
Janaína Elias Chiaradia
Luciano Elias Reis
Luiz Gustavo de Andrade
Maria da Glória Colucci
Mariana Mendes Cardoso Oikawa
Regina Maria Bueno Bacellar
Tatiana Denczuk
Thiago Dalsenter
Waldyr Grisard Filho

1ª Edição - Curitiba - 2016

Instituto Memória Editora

CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE

© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais
Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 117, Juvevê
CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.

Central de atendimento: (41) 3016-9042

www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

ISBN: 978-85-5523-067-7

MACEI, D. N.
OLIVEIRA, E. C.
SÉLLOS-KNOERR, V. C. de
TAFURI, J. M.

Estudos em Homenagem ao Professor Ezequias Losso. Coordenadores: José Mario Tafuri, Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr. Organizadores: Demetrius Nichele Macei, Eloete Camilli Oliveira. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

376 p.

1. Direito Empresarial 2. Direito Econômico
3. Direito Tributário 4. Direito Constitucional I. Título.

CDD: 340

Apresentação

A presente coletânea jurídica intitulada ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR EZEQUIAS LOSSO reúne trabalhos de professores e estudiosos, do Direito e da Filosofia do Direito.

O mais interessante é que todos o fizeram inspirados no exemplo e na dedicação acadêmica do querido Prof. Ezequias, professor de todos nós, posto que convidados com este único fim: o de homenageá-lo.

Maria da Gloria Colucci destaca a importância do vitrinismo, dentre as diversas técnicas de comunicação, para garantir sucesso ao ponto de venda de qualquer instituição que se utilize de vitrinas físicas ou virtuais. Entende que a técnica exige muita criatividade e constante aprimoramento do profissional, que deve estar sempre atento, a fim de causar forte atrativo aos prováveis consumidores e assim evitar prejuízos ao estabelecimento ou comércio varejista.

O artigo do recém doutorado Dr. Guilherme Oliveira Andrade realiza uma análise da atribuição de propriedade privada à propriedade industrial sobre invenções e modelos de utilidade, decorrente da atribuição ao criador, mediante concessão de patente, de um direito de exclusividade na exploração econômica de sua criação, com o objetivo de verificar se tal atribuição justifica-se com base em sua análise econômica.

O autor, Luiz Gustavo de Andrade, ao analisar alguns institutos afetos ao Direito Financeiro, faz um estudo sobre a limitação de despesas com pessoal e as medidas constitucionais de redução de tais despesas, que abrangem a exoneração do servidor público estável, no contexto da Súmula 390 do TST.

Entende o autor que a questão não é simples, e para tanto fez um estudo do conceito de servidor público estável e de tal estabilidade, analisando o regime jurídico único de contratação

trazido pela Constituição de 1988, alterado pela EC 19 e ainda, as mudanças de concepção decorrentes do exercício do controle abstrato de constitucionalidade promovido pelo STF em relação à tal parte da reforma administrativa.

Luciano Elias Reis trata em seu artigo sobre o fomento público, conduzido com liberdade de opção, como atividade administrativa de grande relevância e que tem aparecido como um dos aspectos mais comentados da reforma estatal das últimas décadas.

Esclarecendo o conceito de atividade administrativa de fomento, entende que a sua finalidade sempre será o interesse geral, o legítimo interesse público primário, ou seja, atividades que visem a satisfação das necessidades coletivas. E por esta razão, tal atividade poderá e deverá ser incrementada pela formalização de convênios administrativos, serviços estes complementares à atuação estatal, devido a proeminência dos interesses e das necessidades perseguidos em cada atividade fomentadora.

Thiago Dalsenter, em seu artigo, realiza uma análise da norma jurídica sob o ponto de vista de sua estrutura lógica, sem ingressar no campo dos tributos, e demonstra que aquela serve de técnica de motivação social, pelo fato de induzir e orientar comportamentos sociais na direção dos valores que o Estado e a sociedade almejam, entendidos como comportamentos desejáveis (norma premiativa).

Entende o autor que o Direito não se restringe a adotar apenas normas jurídicas com sanções negativas, mas faz uso também de normas jurídicas que comportam sanções positivas, como forma de direcionamento social, o que evidencia a função social do Direito.

Waldyr Grisard Filho analisa historicamente a propriedade, que era inicialmente um direito (quase) absoluto exclusivo, e podia seu titular exercitá-lo levando em conta apenas seus interesses pessoais. Na sequência, passa a discorrer sobre a função social da propriedade nas constituições brasileiras, demonstrando que o direito de propriedade evoluiu para um sistema de limitações decorrentes de confrontações com interesses públicos, tudo para impedir prejuízos ao bem-estar social.

Felipe Hasson trata em seu artigo do direito e do dever de cooperação, a fim de elucidar, através da comparação da cooperação prevista no código brasileiro com outros diplomas processuais e também com o instituto da arbitragem, a) o que se entende por cooperação das partes no processo; b) qual a extensão do direito/dever de cooperação e c) quais os possíveis desdobramentos da aplicação deste princípio, especialmente no que diz respeito à produção de provas e ao instituto do *'iura novit curia'*.

Mariana Mendes Cardoso Oikawa discorre sobre o Direito Econômico e a Proteção do Consumidor Superendividado e a necessidade da tutela estatal do superendividamento para a efetivação dos princípios constitucionais da ordem econômica. Diz a autora que o tema se justifica pelo constante agigantamento do número de indivíduos superendividados e pelos indesejados efeitos que decorrem da configuração de tais situações, especialmente no que se refere à dignidade destes consumidores. Demonstra assim que a proteção deste consumidor é acima de tudo uma obrigação constitucional.

Regina Maria Bueno Bacellar escreve sobre a sadia qualidade de vida como fator preponderante para a proteção da dignidade da vida humana. Analisando o caráter subjetivo dos termos “sadia qualidade de vida” e “dignidade humana”, que possuem variadas definições, conclui que não há como dissociá-los, e, segunda a autora, a qualidade de vida do homem reflete diretamente em seu pleno desenvolvimento na sociedade e no papel que exerce nela, e a dignidade da vida humana, garantia fundamental inserida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Constituição Federal do Brasil, busca a proteção e muitas vezes o resgate da essência do “homo sapiens”, dos valores intrínsecos e imprescindíveis para a garantia da sua individualidade como ser único e diferenciado.

O filósofo Bortolo Valle fala sobre sociedade e comunidade e suas contribuições a partir de Ludwig Wittgenstein, onde pretende focar nas noções de linguagem ordinária, jogos de linguagem, seguimento de uma regra e sobre aquela de formas de vida conforme foram dispostas pelo filósofo nas “Investigações Filosóficas” a fim de indicar uma maneira pela qual é possível refletir os aspectos da vida cultural em nossa sociedade.

Tatiana Denczuk e Daniel Ferreira fazem uma análise da legitimidade do poder Judiciário no enfrentamento de questões políticas. Isto porque o acesso ao Poder Judiciário tem sido cada vez maior e são levados ao conhecimento deste órgão não apenas questões privadas, mas muitas envolvendo o Estado e para tratar de questões que comumente não eram submetidas ao crivo judicial. Apesar de muitos entenderem que o Poder Judiciário muitas vezes está invadindo a esfera de atuação dos demais órgãos de poder, e pior, com evidente déficit democrático, pela falta de legitimação por meio do voto, demonstram os autores que o judiciário não pode se ver afastado de tais discussões porque possui conhecimento técnico especializado, que dá conteúdo a valores constitucionais, por meio de decisões que decorrem de um diálogo prévio entre os envolvidos. E é exatamente esse diálogo e a fundamentação que permite que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário não sejam arbitrárias, o que o legitima a se imiscuir e resolver assuntos dantes reservados aos poderes legislativo e executivo.

Janaina Elias Chiaradia discorre sobre os preceitos tributários nas relações de emprego diante dos princípios constitucionais de ordem econômica e financeira relevantes para consolidação dos contratos no setor empresarial. Ressalta a autora que os contratos assumidos nas relações empresariais importam em responsabilidade das mais diversas, em especial as tributárias oriundas de contratações trabalhistas, sendo que a inobservância de qualquer obrigação assumida poderá resultar em considerável prejuízo, e conseqüente comprometimento da sustentabilidade do setor empresarial. Ou seja, os preceitos constitucionais pertinentes ao setor empresarial, em especial os de ordem tributária, as conseqüências na esfera trabalhista, e a consolidação de contratos nas relações de emprego, são de suma importância para a garantia da continuidade da atividade empresarial.

Claudio Ricardo Doro e Eloete Camilli Oliveira escrevem sobre os fundos de investimento em participações como uma das soluções de mercado para a recuperação da empresa, que veem nas empresas em crise uma modalidade de investimento, aportando recursos e reorganizando sua estrutura de gestão, a fim de fazer com que ela se torne rentável outra vez. Os autores enxergam tal investimento como uma das soluções de mercado, haja vista que tal atividade pode ser utilizada antes de iniciado os processos de recuperação ou como um instrumento de investimento que possa

auxiliar o processo em curso, afinal, a atividade empresarial é o que move o conjunto estrutural ao qual se funda a sociedade moderna.

Finalmente, minha colega Graziela Machado e eu procuramos demonstrar que não se pode empreender uma análise tributária, sem levar em conta o impacto que esta causa nas atividades econômicas e assim na economia. Os tributos, porque compulsórios, se tornam presentes desde as menores até as mais complexas atividades empresarias, sendo inegável a sua interferência na atividade econômica, na medida em que, ao terem que recolher os valores de tributos aos cofres públicos os repassam aos seus consumidores.

Com esta apresentação, desejamos que todos se sintam desde já instigados a uma excelente leitura!

Demetrius Nichele Macei

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e especialista em Direito Empresarial pela PUC/PR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba e Advogado.

Prefácio

A quem honra, honra!

Ao prefaciá-lo este livro, que o faço com muita satisfação, quero registrar minha admiração e meus respeitos ao Professor Ezequias Losso, de quem sempre ouço as melhores referências entre alunos, colaboradores e amigos. Dele também posso testemunhar que é homem de inquestionável integridade moral e marcante exemplo nas lides profissionais, quer como advogado, quer como político ou professor.

Nossa convivência no Centro Universitário Curitiba me permite testemunhar publicamente que, além dessas fortes características de sua personalidade, é homem culto, humilde e sempre ativo, cumpridor de suas tarefas enquanto professor desta Instituição, desde que aqui ingressou em 1970, sendo, portanto um de seus mais antigos docentes. Sua postura o torna grande granjeador de amigos.

Seus ex-alunos – que são milhares, muitos deles também nossos professores – sempre testemunham que, além do conhecimento da disciplina que lecionava, com domínio de conteúdo, a força de seu caráter permaneceu como marca maior na lembrança deles. É por isso que o Professor Ezequias é sempre reverenciado por onde passa.

Por sua grande experiência, comedido em suas manifestações, prudente no agir, tenho nele um apoiador e conselheiro sempre disposto a somar nos altos empreendimentos do UNICURITIBA.

Muito do que somos como Instituição de Ensino Superior, em 66 anos de existência, com as marcas sobejamente conhecidas de

sua seriedade e qualidade de ensino, forjadas por seu fundador e herdeiros, tem, também, a contribuição de nosso Professor Ezequias.

Muito obrigado, caro amigo, por sua caminhada paciente e sempre pródiga. Por sua fiel e leal colaboração. Pelas marcas de seu exemplo de vida deixadas em muitos alunos, hoje prósperos profissionais, e principalmente por seu trabalho enquanto professor, que alicerçou nossa missão de *formar pessoas capacitadas e comprometidas com o desenvolvimento social*.

Por tudo isso, *a quem honra, honra!*

Arnaldo Rebello

Reitor do UniCuritiba

Homenagem

EZEQUIAS LOSSO, MEU PROFESSOR. MEU AMIGO.

Mais do que meu professor, ele é amigo.

Desde quando o conheci, pelos idos de 1964, engajado na campanha política de seu irmão, viajamos juntos, conversamos muito, enfrentamos perigos, vencemos as adversidades, sorrimos e cantamos muitas vezes as vitórias das eleições. Tornamo-nos amigos e não nos separamos mais.

Depois foi sua vez de realizar a campanha para sua candidatura política. Primeiro para vereador de Curitiba. Depois, para Deputado Estadual, eleito e reeleito várias vezes. Lá estávamos juntos nas viagens, nos palanques, nos contatos pessoais, cansados, mas recompensados pelo sucesso. Losso era respeitado por todas as autoridades constituídas em nossa cidade e Estado. Era conhecido entre seus pares políticos por atender indistintamente todos os que batiam à porta do seu gabinete na Câmara Municipal, ou na Assembleia Legislativa, ou em seu escritório.

Esse contato inicial com o Professor Ezequias permitiu-me conhecer os seus pais: Dr. Luiz Losso e Dona Maria. Ele, incansável trabalhador, um dos destacados e competentes advogados em nossa cidade, destemido, justo, honesto e humano. Ela, outra corajosa, também denodada ao trabalho para ajudar o marido a ganhar o sustento da família e na educação dos filhos, que na época já eram seis. Pude então compreender por que seus filhos eram dotados de exemplar educação intelectual e conduta no trato com as pessoas.

Nas visitas que realizava às cidades no interior de nosso Estado era bem recebido, aclamado, querido e respeitado pela população.

Tive o privilégio de ser seu aluno em 1970. Na sala de aula ele era o professor, e eu apenas aluno. Nossa amizade era “curtida” em outros ambientes de família.

Além de ser formado em Direito em 1969, na então Faculdade de Direito de Curitiba, hoje integrante do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), também concluiu o curso de Farmácia na Universidade Federal do Paraná. Preferiu, todavia, exercer a advocacia.

O Dr. Milton Vianna, fundador deste complexo educacional, possuía uma visão, um “feeling” muito apurado de algumas pessoas. E quando se dirigia a elas era de resultado certo e absoluto. Assim foi com o recém formado Ezequias Losso, em quem sentiu capacidade e aptidão para o ensino superior. Após a conclusão do Curso de Direito, ano seguinte convidou-o para integrar o corpo docente e lecionar a disciplina de Economia. Losso aceitou o convite e permanece nesta Casa exercendo com lealdade a nobre profissão de ensinar.

Casado com a Dra. Arlene, médica, realizou-se como pai de três lindos e inteligentes filhos: Elene, formada em Administração de Empresas; Fábio, brilhante advogado e ex-aluno do UNICURITIBA; e Ricardo, médico com destacada atuação na área da psiquiatria.

É avô de quatro netos. E neste ano chegará o quinto neto.

Brilhante advogado, de conduta ilibada quando exerceu as atividades de político, amoroso e dedicado à sua família, professor por vocação, homem de fé e de virtudes que fazem dele merecedor do respeito de todos nós.

Dizia Aristóteles que *“Um amigo se faz rapidamente; já amizade é um fruto que amadurece lentamente”*.

É verdade. Há mais de 50 anos tornamo-nos amigos, e ao longo desse tempo a amizade tem-se consolidado, mormente porque estamos trabalhando juntos há mais de trinta anos na mesma Instituição, na qual ele e eu nos formamos, e a ela nos dedicamos.

Feliz é o homem que tem no seu amigo um conselheiro, companheiro e ajudador.

Eu sou esse homem. E eu sou também amigo do Ezequias Losso.

Mauro Seraphim

Assessor da Reitoria do UniCuritiba

Sumário

1. MOLDURA SOCIOECONÔMICA DA PRÁTICA DO VITRINISMO NO DIREITO BRASILEIRO.....	17
Maria da Glória Colucci	
2. ANÁLISE ECONÔMICA DA ATRIBUIÇÃO DE PROPRIEDADE PRIVADA À PROPRIEDADE INDUSTRIAL SOBRE INVENÇÕES E MODELOS DE UTILIDADE.....	35
Guilherme Oliveira de Andrade	
3. LIMITE DE DESPESAS COM PESSOAL: MEDIDAS CONSTITUCIONAIS DE REDUÇÃO NO CONTEXTO DA SÚMULA 390 DO TST.....	61
Luiz Gustavo de Andrade	
4. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO POR INTERMÉDIO DOS CONVÊNIOS.....	99
Luciano Elias Reis	
5. DA ESTRUTURA DA NORMA PREMIATIVA À FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO.....	117
Thiago Dalsenter	
6. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE (DO DIREITO DE PROPRIEDADE AO DIREITO À PROPRIEDADE).....	153
Waldyr Grisard Filho	
7. O DIREITO E O DEVER DE COOPERAÇÃO NO NOVO CPC...173	
Felipe Hasson	

8. O DIREITO ECONÔMICO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO: A NECESSÁRIA TUTELA ESTATAL DO SUPERENDIVIDAMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA.....203

Mariana Mendes Cardoso Oikawa

9. A SADIA QUALIDADE DE VIDA COMO FATOR PREPONDERANTE PARA A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA VIDA HUMANA.....225

Regina Maria Bueno Bacellar

10. SOCIEDADE E COMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DE LUDWIG WITTGENSTEIN.....237

Bortolo Valle

11. PROTAGONISMO JUDICIÁRIO: ANALISANDO A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES POLÍTICAS.....249

Tatiana Denczuk

Daniel Ferreira

12. PRECITOS TRIBUTÁRIOS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO DIANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA RELEVANTES PARA CONSOLIDAÇÃO DOS CONTRATOS NO SETOR EMPRESARIAL.....279

Janaína Elias Chiaradia

13. OS FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES COMO SOLUÇÃO DE MERCADO PARA A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA.....319

Cláudio Ricardo Doro

Eloete Camilli Oliveira

14. O FOMENTO ÀS ATIVIDADES PRIVADAS VIA INCENTIVO TRIBUTÁRIO.....339

Graziela C. da Silva B. Machado

Demetrius Nichele Macei

MOLDURA SOCIOECONÔMICA DA PRÁTICA DO VITRINISMO NO DIREITO BRASILEIRO

MARIA DA GLÓRIA COLUCCI¹

1. INTRODUÇÃO

A diversidade de opções possíveis à aquisição de produtos e à seleção de serviços no mercado pelo público-alvo têm sido objeto de variadas técnicas de comunicação, nem sempre detectadas pelo consumidor.

Dentre as técnicas de comunicação procurar-se á dar destaque ao vitrinismo, que exige muita criatividade do profissional, não havendo espaço para o amadorismo, apesar da falta de percepção de alguns lojistas ou pontos de vendas (PDVs) para a importância da atividade do vitrinista.

A correta exposição dos produtos, a harmonia das cores, a qualidade da iluminação, a beleza das peças exibidas etc., somadas à atualidade das temáticas escolhidas, podem causar forte atrativo nos prováveis consumidores. Ao contrário, a descoordenação dos produtos expostos, a desarmonia das peças, dentre outros erros na

¹ Advogada. Mestre em Direito Público pela UFPR. Especialista em Filosofia do Direito pela PUCPR. Professora titular de Teoria do Direito do UNICURITIBA. Professora Emérita do Centro Universitário Curitiba, conforme título conferido pela Instituição em 21/04/2010. Orientadora do Grupo de Pesquisas em Biodireito e Bioética – Jus Vitae, do UNICURITIBA, desde 2001. Professora adjunta IV, aposentada, da UFPR. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética – Brasília. Membro do Colegiado do Movimento Nós Podemos Paraná (ONU, ODM). Membro do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná.

decoreção do interior de uma vitrina, podem contribuir para o desinteresse dos possíveis compradores, desvalorizando não só os produtos, mas acarretando prejuízos ao estabelecimento ou comércio varejista.

A finalidade primeira da vitrina é despertar a curiosidade, seguida do encantamento, que levará à aquisição do produto. As primeiras impressões são as mais fortes, uma vez que o impacto causado no inconsciente do espectador (comprador em potencial), em razão de imagens já vistas em lojas virtuais, ou em publicidade por outros meios, são estabelecidas pela atração de uma vitrina bem ornamentada.

O aprimoramento constante do profissional, somado à criatividade e ao empenho em inovar, sem se acomodar ao marasmo ou à mesmice, fazem toda a diferença na exibição dos produtos e na contratação do vitrinista.

A análise desenvolvida no texto, elaborado com base em variadas fontes de informações, é um estudo desprezioso, porém sério, de um tema que tem gerado interesse crescente, como se evidencia do grande número de cursos profissionalizantes em vitrinismo.

A veracidade da informação ofertada ao consumidor, quanto ao preço e condições de pagamento, aliada ao bom gosto e qualidade da marca, são requisitos essenciais ao sucesso do PDV, e à formação de uma clientela fiel que corresponde a um dos pilares de uma loja de varejo ou de qualquer instituição que se utilize de vitrinas físicas ou virtuais.

2. A VITRINA E O VITRINISTA

2.1 Atrativos da Vitrine

A vitrina, em moderna concepção, é um poderoso instrumento de comunicação entre o expositor (loja, instituição) e o consumidor / usuário, uma vez que dialoga com os espectadores (passantes), interessados na mostra, valendo-se de uma linguagem simbólica, representada pelos objetos que a guarnecem.

Trata-se de meio expositivo de longa data (século XVI), inicialmente com finalidades restritas, quando o vocábulo passou a existir (*Vitrine*, 1501)². Permite-se concluir que seu uso é do início daquela centúria, posto que as palavras costumam aparecer para nomear os objetos quando estes são criados ou surgem em uma cultura.

Sabe-se que a *vitrine*, à época, se referia a pequeno móvel destinado a mostrar (exibir) objetos valiosos, em salas de luxuosas residências (a exemplo de cristais e peças de metais preciosos, como taças e delicadas obras de arte) ou mesmo em espaços públicos (como palácios). De etimologia francesa, a *vitrine*, derivada de *vitro*, no latim, passou com o tempo a designar não só móveis, mas, também, caixas de dimensões reduzidas, onde se colocavam objetos para serem apenas guardados, vistos, ou mesmo comprados³.

Conforme Sylvia Demetresco, ainda hoje, é corrente a expressão *faire du carreaux*⁴, ou seja, “lamber com os olhos os quatro lados da vitrina”, que reflete, com clareza, a magia, o verdadeiro poder atrativo que exerce sobre seu observador, gerando um sentimento de “fascinação” que o impele a adquirir os objetos ou mercadorias expostas. Tal fato se revela verdadeiro, na atualidade, mais e mais, quando a exposição de uma vitrina pode ser multiplicada em tempo real com imagens/mensagens enviadas pelos interessados, atingindo outros prováveis compradores, sem falar nas vitrinas virtuais.

A vitrina, na arrumação do seu interior, vale-se da curiosidade, que é própria de todo ser humano, para capturar (“fisgar”) sua atenção, despertar seus sentimentos e desejos, refletindo-se no aumento das vendas no varejo:

A vitrina é um veículo de comunicação que o varejista utiliza para prestar serviços àqueles que passam diante dela e, conseqüentemente, convidá-los a entrar na loja e comprar [...]. Valendo-se da razão ou da emoção, o que não se pode perder de vista

²Larousse Cultural: Dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Ed. Nova Cultura Ltda, 1.999, p. 917.

³Ibid

⁴DEMETRESCO, Sylvia; *apud* Daud, Miguel. **Marketing de Varejo: como incrementar resultados com a prestação de serviços**. Miguel Daud / Walter Rabello. Porto Alegre: Bookman, 2007, p. 82.

é a regra básica do vitrinismo: a vitrina só atinge seu objetivo se fisgar a atenção e provocar ação de compra⁵.

As finalidades das vitrinas se diversificaram com o tempo, como ocorre com a sua utilização em museus para resguardar documentos, objetos arqueológicos ou mesmo frágeis insetos etc, oferecendo em rápida visitação séculos de conhecimentos e culturas diferentes. Deste modo, a vitrina pode ter função didática, ensinando pela visualização mediante técnicas atuais (como vídeos e imagens de lugares, fotografias e outros meios) temáticas de difícil exposição em sala de aula.

As informações técnicas que a vitrina pode oferecer dependem do modo como s o arrumadas, o público a que se dirigem e as intenções que pretendem despertar. As vitrinas populares ou de grifes de luxo, as destinadas ao público feminino ou masculino, a compradores jovens ou idosos etc., devem capturar em sua apresentação traços predominantes dos seus prováveis consumidores:

Grifes de luxo tendem a transformar a vitrina em pontos de exposição de uma única peç a, como se fosse uma jóia rara. Já as lojas populares optam por mostrar um grande número de produtos, porém de uma maneira lógica, evitando confundir o consumidor. Vitrinas dirigidas ao público masculino devem usar linhas verticais, que psicologicamente manifestam sentimentos de virilidade. As formas arredondadas estão mais associadas ao público feminino⁶.

Os critérios utilizados na exposição dos produtos destinados à venda devem priorizar, além do público a que se destinam, a qualidade, condições de pagamento (  vista ou a prazo), as novidades, procurando atualizar, renovar e manter a atenção dos passantes. As vitrinas de épocas festivas, como páscoa, natal, carnaval, férias, viagens, reinício das aulas etc., a par de informar podem provocar no público a antecipação e/ou planejamento futuro de suas aquisições.

⁵DAUD, Miguel. **Marketing de varejo: como incrementar resultados com a prestação de serviç os** / Miguel Daud, Walter Rabello. Porto Alegre: Bookman, p. 82.

⁶Id., p. 83.

As vitrinas possuem, também, uma dimensão histórica e mesmo lúdica, uma vez que retratam os costumes de um povo. Por exemplo, no tocante às práticas, gostos, sabores e preferências alimentares pode-se correlacionar os objetos, utensílios e outros procedimentos de uma época, expostos em uma vitrina, e a partir deles reconstituir as vivências de uma comunidade.

Em um passado não muito distante as vitrinas, no caso de vestes, ostentavam não apenas os tecidos (fazendas), mas, acrescentavam os aviamentos e alguns esboços de vestidos e “fatiotas”, desenhados com exclusividade por costureiras e alfaiates. Também, a exemplo de chapéus, de uso cotidiano ou de festas, acompanhados de coletes e bengalas, eram expostos em lojas de alta classe, dirigidos às classes mais ricas da sociedade de então.

Os exemplos precitados podem demonstrar como as vitrinas, em linguagem simbólica, podem contribuir para o resgate da história, não só da moda, mas de todo um período de vida de uma comunidade.

2.2 O Vitrinista e Suas “Ferramentas”

Com a celeridade das mudanças e a abertura de novos campos de trabalho, as vitrinas deixaram de ser “arranjadas” por leigos (algun empregado / funcionário do local ou mesmo o empregador – “patrão”), para serem organizadas, decoradas e planejadas por um expert da área, o vitrinista.

O vitrinista é uma “pessoa especializada em adorno e arrumação de vitrinas”⁷, possuindo uma qualificação específica na área, em cursos, como os realizados pelo SENAC (Serviço Nacional do Comércio), onde a atualização e o acesso às inovações são periodicamente propiciadas⁸.

O vitrinista é o interlocutor, que constrói o diálogo entre o expositor (comerciante, instituição cultural, de lazer, de fármacos etc.) e o público destinatário do serviço ou lazer. A importância da exibição adequada, atrativa do produto ou a captação da clientela se dá em razão da maior ou menor habilidade do vitrinista.

⁷ HOUAISS, Antônio e Villar, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2874.

⁸ Brasil, Serviço Nacional do Comércio. Disponível em <http://www.senac.br/>

João de Simoni criou importante neologismo – exhibitécnica, para significar a “técnica de expor, dispor e exhibir produtos”, considerando-a “a mais simples operação de *merchandising* e, talvez, a sua mais importante função⁹.”

Assinala João de Simoni que a arrumação da vitrina conduz à seguinte conclusão:

Muito engenho e arte se requer na elaboração de uma vitrina, seja ela para convencer o cliente através da oferta especial de oportunidades, seja para criar a personalidade da loja na mente do cliente, através de recursos de ambientação, cenário e técnicas de lojismo que configurem um estilo de comercialização e de clientes com quem a loja deseja se relacionar¹⁰.

Os *displays*, *dispensers*, gôndolas, prateleiras, cestas etc. são utilizadas pelo vitrinista para a apresentação e demonstração dos produtos, no entanto, o atrativo maior não está nas peças espalhadas no interior do ambiente, mas na vitrina.

Destaca o autor precitado que a loja ou o ambiente da exposição “fala” aos seus frequentadores, conforme o tipo de objetivos que tenham em mente:

Conquanto seja somente vista pelos consumidores que passam à sua frente, a vitrina é um dos mais importantes fatores de vendas de uma loja, por mostrar, ao vivo, os produtos, acompanhados ou não de mensagens e ações promocionais. É uma das primeiras coisas que o consumidor vê. Pela vitrina, o consumidor sente como é toda a loja¹¹.

O papel do vitrinista é de servir de ponte entre as expectativas dos consumidores, no caso do comércio e serviços (como em agências de viagem, restaurantes, salão de beleza etc.) e os atrativos e respostas aos desejos dos clientes, fregueses ou usuários. No caso de vitrinas de instituições focadas na cultura, como teatros e museus, as vitrinas devem retratar de forma mais sutil

⁹FERRACCIÙ, João de Simoni Soderini. **Promoção de Vendas**. São Paulo: Pearson Makron Books, 2002, p. 53.

¹⁰Id., p. 55.

¹¹Id., p. 54.

possível os produtos que oferecem, uma vez que se trata de público mais escolarizado, seletivo e informado.

Cabe ao vitrinista, se esta opção lhe for permitida pelo administrador local ou proprietário, a escolha dos “influxos sugestivos” que atraem frequentadores a um local.

Segundo João de Simoni, os “influxos sugestivos”, persuadem e, ao mesmo tempo, seduzem os clientes, mediante a combinação de estímulos auditivos, olfativos, visuais, degustativos ou táteis¹².

Dentre os “influxos sugestivos” está o fundo musical apropriado, que requer habilidade na seleção, provocando nos consumidores ou frequentadores do local reações que aceleram decisões ou intensificam o deleite e motivam o retorno ao local:

É da natureza humana deixar-se interagir com o ambiente e deixar-se influenciar pela atmosfera que o circunda. Quem entra em uma biblioteca ou livraria pode não ler ou comprar um único livro, mas fica com a sensação de aumento de sua sabedoria. Quem assiste a uma corrida de carros lá chega como motorista e volta como piloto. Em um museu, viramos historiadores. Em um salão de carnaval, entramos como turistas e saímos como sambistas. Nos campos esportivos, deixamos de ser simplesmente espectadores e nos sentimos atletas [...] ¹³.

Também, as cores despertam, ao mesmo tempo que traduzem sentimentos e sensações, o emocional do ser humano, causando-lhe desejo de permanecer no local ou dele sair. Por exemplo, o branco sugere paz, limpeza, ordem; o rosa, doçura, delicadeza; o verde, calma, bem estar etc. Deste modo, ao vitrinista caberá escolher a cor mais adequada ao ambiente, além de usá-la nos tons e intensidade exigidos.

Do exposto, poder-se-á notar que do vitrinista são requeridos alguns predicados: habilidade, sensibilidade e racionalidade, além de profissionalismo e outros atributos exigíveis de qualquer trabalhador:

a) A habilidade específica do vitrinista decorre de uma natural inclinação ou disposição de espírito para a superação de obstáculos

¹² Id., p. 55.

¹³ Ibidem

ou solução de desafios de ordem técnica, ou mesmo prática, que se apresentem ao “saber fazer” diário, na ornamentação de um espaço. A habilidade do vitrinista lhe confere percepção para resolver e oportunizar de forma adequada as demandas do público e as expectativas do espaço (comercial, social, cultural). A destreza na adequação dos recursos disponíveis, quer financeiros, quer do espaço físico, depende da experiência do vitrinista, impedindo que desperdice tempo e dinheiro, sem o retorno esperados.

Em síntese, as habilidades decorrem, em todo ser humano, da somatória do genótipo (características herdadas geneticamente) com o fenótipo (adquiridos pela convivência na família e na comunidade, enfim, no ambiente em que vive). Afloram as aptidões naturais e se aperfeiçoam uma vez cultivadas e lapidadas mediante o acesso às técnicas de uma área do conhecimento.

b) Sensibilidade: qualidade que deve desenvolver o vitrinista de se aperceber do que o público exportador da vitrina quer comprar (no caso dos lojistas), assistir (como ocorre com os entretenimentos) ou mesmo visitar (agências de viagens, parques etc). A sensibilidade é exercitada pela observação, pela intuição e pelo desejo sincero de acertar. Sentir é uma faculdade do ser humano de reagir a estímulos exteriores, que uma vez canalizados para as atividades profissionais podem redundar em resultados altamente positivos.

c) Racionalidade: trata-se de faculdade específica do ser humano, que o distingue dos demais seres vivos. Como ser pensante pode compreender, captar o sentido do mundo ao redor por intermédio da razão. Neste aspecto, os ensinamentos das técnicas do vitrinismo, por meio de cursos, leituras e práticas em estágio em lojas de pequeno porte ou em grandes magazines, serão úteis à ampliação dos conhecimentos do vitrinista em formação. A capacidade de aprender não cessa com a idade, mas evolui com o tempo, dependendo mais da vontade (querer), do que da razão (pensar).

Desta forma, habilidade, sensibilidade e racionalidade do vitrinista conferem-lhe condições de sucesso, sobretudo, se aliadas ao comprometimento, ou seja, ao respeito que deve ter ao contrato firmado, quer tenha sido realizado com um pequeno estabelecimento ou com uma loja de departamentos; com uma instituição cultural (teatro, museu) etc.; observados os horários, dias e prazos da ornamentação da(s) vitrina(s).

2.3 Novas Perspectivas ao Vitrinismo: A Vitrina Virtual

Os avanços da tecnologia estão presentes em todos os aspectos da vida humana na sociedade pós-moderna; refletindo sobre a comunicação e as relações do consumidor com o mercado. Ao influir diretamente sobre as expectativas, desejos e “sonhos de consumo” dos possíveis compradores, a vitrina virtual vale-se da imagem postada, observando regras técnicas e éticas, como se analisará.

Como destaca Joel Reedy, a pesquisa mercadológica anterior à elaboração da vitrina virtual é um dos segredos do sucesso em sua realização, uma vez que os potenciais compradores esperam, sobretudo, além da qualidade dos produtos “[...] a velocidade da entrega e a precisão em cumprir o pedido¹⁴”.

O *marketing online* é uma das ferramentas mais eficazes no comércio eletrônico, nele possuindo especial importância a vitrina virtual, uma vez que, em segundos, oferece aos possíveis consumidores os produtos existentes. Além de procurar fornecer ao comprador o(s) produto(s) que o interessam, a vitrina virtual é um valioso *link* para dar ao mercado de consumidores (e aos concorrentes, também) uma imagem da loja física e das possibilidades futuras de sua expansão, clientela e diversificação dos produtos. No entanto, a vitrina virtual, nas diferentes telas que possui, precisa ter no desenvolvedor do projeto alguém sensível à clientela, sua linguagem, nível de compreensão, desejos (sonhos de mudanças) etc. O mercado-alvo é a razão de ser da vitrina virtual, o visitante, ocasional ou não, do *website* da empresa, poderá se constituir em um divulgador eficiente dos produtos expostos ou, ao contrário, um crítico implacável.

O “desenvolvedor da vitrina” atua lado a lado com o profissional de *marketing*, uma vez que, como assinala Joel Reedy, “[...] o desenvolvedor trabalhará a partir das instruções do profissional de *marketing* e dependerá dele para ideias e *feedback*, além da aprovação em decisões de fases de *design*, à medida que o projeto continuar¹⁵”.

¹⁴REEDY, Joel. **Marketing Eletrônico: Integrando recursos eletrônicos no processo de marketing** / Joel Reedy, Shauna Schullo. Trad. Vertice Translate. São Paulo: Thomson Learning, 2007, p. 6.

¹⁵Id., p.339.

A visualização das telas projetadas deve observar certos requisitos para o sucesso da vitrina virtual, sob pena de perder o seu papel de atrativo para os compradores, uma vez que há um número crescente de varejistas *online* que estão criando suas próprias redes de compra alcançando um número cada vez maior de prováveis consumidores¹⁶.

As qualificações do “vitrinista” nestes casos são, evidentemente, maiores que as exigidas dos modelos tradicionais de organização de vitrinas em PDV físicos. Cursos e estudos contínuos exigem destes novos profissionais um acompanhamento contínuo das mudanças de tecnologia.

Merece destaque dentre estas breves considerações sobre a vitrina virtual a conduta ética dos profissionais envolvidos, mas, em particular do “vitrinista” ou “desenvolvedor da vitrina”.

Além da veracidade das informações, dados e características dos produtos expostos virtualmente, deve a vitrina virtual ofertar disponibilidade de contato *online* direto com a loja virtual, esclarecendo dúvidas aos possíveis visitantes e consumidores; conciliabilidade, ou seja, a construção de uma página com quadros e telas deve prever a conciliação de conflitos, quando ocorrerem, evitando pendências judiciais intermináveis; também, com os inovadores equipamentos e aplicativos que surgem a identificação física do espaço virtual, mediante postagem de endereços, telefones etc., dará ao empreendedor virtual a credibilidade necessária ao sucesso do negócio.

Para o acompanhamento e superação de eventuais, porém, inevitáveis conflitos originários do desenvolvimento virtual de uma vitrina, a existência de um *ouvidor* é essencial – à semelhança do que ocorre em instituições e lojas físicas. Ao contornar conflitos já existentes ou superar e evitar a possibilidade de sua existência, o *ouvidor* projetará uma imagem de comprometimento da empresa com o público-alvo.

¹⁶Id., p.341.

3. MOLDURA SOCIOECONÔMICA DA PRÁTICA DO VITRINISMO

3.1 Relações Contratuais do Vitrinista Com o Mercado de Trabalho

Em virtude da falta de padronização da atividade laboral do vitrinista, ainda se constata obstáculos ao reconhecimento de suas habilidades como “profissão”. As profissões são assim identificadas, no Brasil, pelo reconhecimento oficial de uma atividade e sua vinculação a um Órgão que o regule, defenda, represente etc., perante o Estado e a Sociedade, mediante Lei.

Várias causas podem ser apontadas para a ausência de regulação, uma delas é o fato de não ter sido, ainda, notada sua importância como atividade laboral que contribui para o crescimento do PIB – Produto Interno Bruto do País. No entanto, como analisado no texto, o vitrinista expõe a “loja” e promove a venda dos produtos, mercadorias etc., promovendo o PDV, seja físico ou virtual.

Na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, instituída pelo Ministério do Trabalho, em virtude da Portaria n. 397, de 9 de outubro de 2002, os vitrinistas são enquadrados como “designers de vitrinas¹⁷”.

Encontram-se suas habilidades vinculadas ao *marketing*, cujas técnicas e procedimentos precisa observar, conforme descrito na supracitada Portaria:

Projetam e executam soluções para espaços internos residenciais, comerciais, industriais visando a estética, o bem – estar e o conforto. Criam e projetam vitrines, ambientes comerciais, industriais e de eventos que destaquem e valorizem o produto; projetam programações visuais com os objetivos de estimular o consumo de produtos e de informar o consumidor¹⁸.

Quanto ao dever de informar ao provável consumidor as condições do produto exposto, algumas regras são previstas no

¹⁷Brasil, Ministério do Trabalho e do Emprego. CBO Portaria n.397, 9 de outubro de 2002: disponível em <http://www.mteco.gov.br/cbsite/pages/legislacao.jsf>

¹⁸Id.

Código de Proteção e Defesa do Consumidor, visando a preservação de seus direitos (art. 31, Lei 8.078/90)¹⁹.

Ao estabelecer com o público um diálogo simbólico, a vitrina oferece uma imagem que promove ou denigre a empresa. Certamente, o vitrinista responderá pelos danos causados ao contratante, sob a forma indenizatória, ou em casos extremos, pelo ato ilícito praticado (como a prática de racismo ou mesmo ofensa ao pudor, por exemplo), em razão de objetos, paisagens, imagens, etc, expostas.

Deste modo, o contratante, dono do PDV ou por outro fundamento jurídico, com base no disposto no art. 927 do Código Civil, exigirá do vitrinista a reparação dos prejuízos causados à loja, física ou virtual, conforme dispõe a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, quanto ao ressarcimento dos danos.²⁰

Pode, também, o vínculo, além de ser de prestação de serviços, tornar-se contrato de trabalho pelo registro em CTPS (Carteira de Trabalho), cabendo-lhe os direitos e deveres correspondentes ao trabalhador, na indústria ou no comércio, conforme as normas da CLT (Decreto Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943)²¹.

Como se trata de atividade ainda não formalizada como “profissão”, as probabilidades de enquadramento jurídico, como empregado autônomo ou não, dependem do pronunciamento do Poder Judiciário, caso a caso.

Sabe-se que se o contrato for caracterizado como “de trabalho”, deve se apresentar com a necessária subordinação hierárquica do vitrinista ao empregador, além das condições de horário e local de trabalho terem sido prefixadas. No caso de “prestação de serviço”, há autonomia do vitrinista, que deverá, apenas, disponibilizar seus serviços nos prazos e datas estabelecidos pelo contratante, conforme a natureza do serviço.

¹⁹ Brasil, Código de Proteção e Defesa do Consumidor: Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990, art. 31: disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm

²⁰Brasil, Código Civil: Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: disponível em <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02>

²¹Brasil, Consolidação das Leis do Trabalho: Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943: disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10766433/decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>

3.2 Posicionamento dos Tribunais

Acresce considerar que o Poder Judiciário – em pronunciamentos distintos - entendeu que a atividade desenvolvida pelo vitrinista, em decorrência de suas peculiaridades, comporta interpretações diversas. Ora os julgadores lhe atribuem permanência e continuidade, ora acolhem a tese da eventualidade, não lhe reconhecendo natureza de vínculo empregatício, conforme se pode detectar nos acórdãos que serão na sequência analisados:

A necessidade do labor de vitrinista nas lojas do grupo réu era, sem dúvida, permanente, embora a prestação de trabalho pelo autor em cada uma das lojas fosse *descontinuada* considerando cada um per si, era *continuada* considerando todas as lojas do grupo, eis que por serem mais de seis, implicava em que o reclamante trabalhasse como vitrinista para os réus todos os dias da semana.²²

Assinala, ainda, em sua análise do mérito, o mesmo acórdão, em sede de recurso ordinário (TRT, RO 00868-2003-501-01-00-2), em julgamento ocorrido em 2005, que: “no caso em foco, por certo o vitrinista não trabalhava na mesma loja todos os dias, uma vez que não se troca vitrine diariamente, mas sim trabalhava em várias lojas da rede de lojas do grupo econômico [...]”²³

Concluindo a Corte, pelas razões aduzidas, não ser a prestação laboral do vitrinista de natureza eventual, mas existir vínculo empregatício entre o mesmo e a rede de lojas, respeitadas as peculiaridades da atividade desenvolvida.

Por outro lado, o Acórdão do TRT da 4ª Região, de nº. 00507.017/98-6 RO, levando em conta que o vitrinista, apesar de prestar serviços para diversas lojas da mesma rede, atuava sem exclusividade e subordinação, o julgado conduziu-se por outra diretriz decisória:

Ementa: Vitrinista. Trabalho Eventual.

Demonstrada nos autos a irregularidade na prestação de serviços de vitrinista, a ausência de pessoalidade e de subordinação, configura-se

²² Disponível em <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130206787/recurso-ordinario-ro-868002920035010501-rj/inteiro-teor-130206886>

²³ Id.

a hipótese de trabalho eventual e autônomo, não regulado pela legislação obreira. Vínculo de emprego que não se reconhece.²⁴

Esclareça-se que, no caso em tela, ficou evidenciado que o vitrinista realizava serviços para diversas lojas e, não apenas para uma loja, ou uma rede de lojas de uma mesma empresa; que levava pessoas para ajudá-lo ou que o substituíam em suas ausências e que o vitrinista não possuía dia certo para realizar as atividades.

Na verdade, não restaram provados nos autos os atributos exigidos no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943),²⁵ que configuraram a relação e o vínculo empregatício, mesmo se invocado o princípio da primazia da realidade, um dos pilares do Direito do Trabalho.

Como se pode verificar, no primeiro caso, confirmou-se a relação de emprego (TRT/RO-00868-2003-501-01-00-2), porque presentes a subordinação e pessoalidade e, no segundo julgado, ao contrário, os requisitos exigidos pelo art. 3º da CLT não se fizeram presentes, o que motivou a decisão do TRT em Recurso Ordinário (00507.017/98-6), já citado, pelo improvimento do pleito recursal.

Comparando as decisões precitadas, verifica-se uma tendência à configuração da atividade de vitrinista como mais próxima da prestação de serviços, regulada pela legislação civil e, não necessariamente, uma relação de emprego, contemplada pela legislação obreira.

Aspectos que sobressaem nos julgados examinados, ricos em detalhes fáticos, é o viés socioeconômico da atividade e a liberdade (autonomia) do vitrinista, no sentido de harmonizar cores e escolher peças, como elementos atrativos da vitrina (física ou virtual), que devem ser, sempre respeitados, independente da relação ser de emprego ou de prestação de serviços.

Os já referidos predicados, a saber, habilidade específica, sensibilidade e racionalidade, sobretudo o primeiro, são construídos

²⁴ Disponível em <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3957401/recurso-ordinario-ro-507017-rs-00507017>

²⁵ Brasil, Consolidação das Leis do Trabalho: Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943: disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10766433/decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>

com base no aprimoramento técnico do profissional, angariados pela experiência, somado à prática cotidiana da atividade.

Como se trata de atividade cuja matriz predominante é estético, exige-se do contratante, quer seja o empregador ou o destinatário do serviço, que respeite os limites artísticos da atividade desenvolvida pelo vitrinista, sempre, por óbvio, dialogando com o profissional, muito mais sensível às variações socioeconômicas do público da vitrina física ou virtual.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder de comunicação de uma imagem é incalculável, posto que uma vez gravada na mente do observador torna-se parte integrante de sua memória, podendo ser revisitada quantas vezes desejar. Deste modo, a atividade desenvolvida pelo vitrinista além de cativante tem o compromisso de passar uma mensagem que ao mesmo tempo seduza e informe verdadeiramente sobre o produto, bem, serviço, evento etc., que divulga.

A informação deve ser verdadeira, consoante o art. 31 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, compreendendo aspectos essenciais ao conhecimento do consumidor, de forma que sua decisão seja baseada em qualidades, características, quantidade, preço etc., que correspondam à realidade do bem ou serviço oferecido.

A par dos aspectos socioeconômicos da prática do vitrinismo no Brasil, ressaltados no texto, há outras abordagens que poderiam ser feitas, de ordem, por exemplo, pedagógicas, jurídicas, culturais etc., que não foram, em particular, analisadas.

As dimensões estéticas das vitrinas requerem do vitrinista pendores artísticos, inatos, que devem ser aprimorados mediante a frequência a cursos profissionalizantes. Habilidade e sensibilidade são, desta sorte, essenciais ao bom desempenho do vitrinista, sobretudo no caso das exposições de eventos culturais. A racionalidade induz à necessidade de conhecimento intelectual e prática das ferramentas mais eficazes no comércio físico e virtual de bens e serviços.

No caso das vitrinas virtuais merecem destaque, pela especificidade das informações fornecidas e o distanciamento do

produto, os princípios da veracidade, disponibilidade, conciliabilidade, identificação física e credibilidade, conforme examinou-se no texto.

As relações contratuais do vitrinista com o mercado de trabalho ainda carecem de transparência, uma vez que sua regulamentação jurídica está em fase de construção, haja vista a CBO – Classificação Brasileira de Ocupação, de 9 de outubro de 2002; portanto, de data recente, que não lhe reconhece o designativo de “profissão”.

No entanto, ao lhe atribuir a qualificação de “designers de vitrinas”, a mesma fonte supracitada, lhe confere amplo espectro de atuação, como citado no texto, tanto em “espaços internos residenciais, comerciais e industriais”, com finalidades de promoção da estética, bem-estar e conforto de seus destinatários. Destacar e valorizar os produtos, estimular e informar os prováveis consumidores são, também, objetivos da atividade dos vitrinistas.

Novas perspectivas se apresentam à prática do vitrinismo no Brasil, seguindo os passos dos novos padrões estéticos internacionais do mercado de produtos de “alto luxo”, como de jóias e acessórios de moda, a exemplo de bolsas e pastas. A exposição de uma “única peça” aos prováveis consumidores – exigentes e de elevado poder aquisitivo – que adquirem determinados bens pelo *status* alcançado e, nem tanto, pela sua utilidade ou durabilidade, mas pelo seu padrão internacional de qualidade (“design”, “marca” etc.), tornou-se prática recorrente no Brasil.

Os “influxos sugestivos”, como analisados no texto, em palavras de João de Simoni, são atrativos largamente utilizáveis, tais como, auditivos, olfativos, visuais, degustativos ou táteis, objetivando vincular o consumidor ao PDV, à marca, ao evento etc. A “fidelização” dos clientes envolve múltiplos aspectos que exigem, não só do vitrinista, mas de todos os envolvidos na relação de consumo, um trato agradável e cativante aos frequentadores, que irá prendê-los, seduzi-los, encantá-los, de molde a se tornarem compradores e consumidores habituais do espaço físico ou virtual onde se encontram produtos ou são oferecidos serviços.

Observou-se, durante as pesquisas feitas, a escassez de bibliografia jurídica referente aos aspectos do vitrinismo, o que tornou o tema instigante, diante dos controversos questionamentos quanto à sua natureza jurídica.

O posicionamento dos tribunais reflete a diversidade de situações que a prática do vitrinismo pode comportar, embora a sua profissionalização, com os atributos dela decorrentes, ainda não seja contemplada pelo Direito no Brasil, como ocorre com outras atividades.

A necessidade de profissionalização decorre do reconhecimento jurídico de determinada situação fática em que há o exercício constante de uma atividade, desenvolvida de acordo com normas técnicas que lhe conferem traços distintivos no mercado. Não apenas confere direitos e correlatos deveres a quem a exerce, mas, promove o desenvolvimento da sociedade ou grupo em que é exercida como prática assalariada ou não.

Constatou-se que a moldura socioeconômica do vitrinismo está à espera de regulação específica no sistema, o que irá conferir justo reconhecimento aos que o exercem, consoante o previsto no art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, com as qualificações que a sua longa existência já construiu.

Observa-se, da análise feita, que a dimensão socioeconômica do vitrinismo no Brasil ainda não recebeu a merecida atenção do legislador.

REFERÊNCIAS

DAUD, Miguel. **Marketing de varejo: como incrementar resultados com a prestação de serviços** / Miguel David, Walter Rabello. Porto Alegre: Bookman, 2007.

FERRACCIÙ, João de Simoni Soderini. **Promoção de Vendas**. São Paulo: Pearson Makron Books, 2002.

REEDY, Joel. **Marketing Eletrônico: integrando recursos eletrônicos no processo de marketing** / Joel Reedy, Shauna Schullo. Trad. Vertice Translate. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

CERVEIRA, Daniel Alcântara / Souza Marcelo Dornellas de. **Shopping Center: limites na liberdade de contratar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANÁLISE ECONÔMICA DA ATRIBUIÇÃO DE PROPRIEDADE PRIVADA À PROPRIEDADE INDUSTRIAL SOBRE INVENÇÕES E MODELOS DE UTILIDADE

GUILHERME OLIVEIRA DE ANDRADE²⁶

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise econômica da atribuição de propriedade privada à propriedade industrial sobre invenções e modelos de utilidade, decorrente da atribuição ao criador, mediante a concessão de patente, de um direito de exclusividade na exploração econômica de sua criação.

Para atingir tal objetivo, o presente trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro será abordada a propriedade industrial como figura derivada do instituto da propriedade, bem como suas principais características. No segundo capítulo serão explorados os elementos da análise econômica da propriedade que se voltam ao estudo da eficiência da atribuição de propriedade pública ou privada a distintos bens. Por fim, no terceiro capítulo, a forma de atribuição da propriedade industrial será analisada sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

²⁶ Advogado. Professor de Direito Penal no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Bacharel em Direito e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Doutorando em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR.

Pretende-se, com isso, verificar se a opção pela atribuição de propriedade privada à propriedade industrial sobre invenções e modelos de utilidade justifica-se com base em sua análise econômica.

2. PROPRIEDADE E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A fim de que se possa, no decorrer deste trabalho, realizar-se uma análise econômica da forma de atribuição da propriedade industrial sobre invenções e modelos de utilidade, essencial que faça algumas considerações iniciais acerca do instituto da propriedade em sua forma tradicional, seguido de uma abordagem sobre a propriedade industrial como espécie do gênero propriedade imaterial.

2.1 A Propriedade Como Direito Real

Inicialmente, cumpre destacar que a propriedade se trata de espécie de direito real. A natureza jurídica dos direitos reais é tema de acentuada complexidade, tendo sido objeto de estudo dos juscivilistas desde a muito tempo. Com precisão, Orlando Gomes, fazendo referência à teoria personalista de Windscheid, afasta a concepção clássica que via nos direitos reais uma relação jurídica entre o sujeito e uma coisa, para, reconhecendo a impossibilidade de existência de uma relação jurídica como esta, afirmar que os direitos reais nada mais são do que uma relação jurídica entre pessoas.

Assim, afirma o autor que o traço característico dos direitos reais, e que os difere dos direitos pessoais, está no seu sujeito passivo. Neste sentido, enquanto os direitos pessoais caracterizam-se como uma relação entre sujeito ativo (credor) e um sujeito ativo determinado (devedor), os direitos reais são relações jurídicas nas quais figura no polo passivo um sujeito passivo indeterminado, representado por toda a coletividade. Desta forma, contrapõe-se o direito real a uma "obrigação passiva universal" de respeitar o direito do titular, sujeito ativo da relação jurídica (GOMES, 2008, p. 11-12). Aí porque afirmam-se como direitos *erga omnes* (PEREIRA, 2009, p. 1).

Neste sentido, Arnoldo Wald ensina que este "caráter absoluto dos direitos reais" é mais facilmente visualizado no direito de propriedade, no qual enquanto o sujeito ativo tem o direito de usar,

gozar e dispor do bem, todos os demais têm o dever jurídico de não interferir nestes direitos (WALD, 2011, p. 15).

Os direitos reais, assim, só encontram um sujeito passivo concreto no momento em que são violados, já que, enquanto esta violação não existe, dirigem-se contra todos em geral e contra ninguém em particular (GOMES, 2008, p. 16).

Pode-se, com isso, afirmar que os direitos reais "regulam as relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação, estabelecendo um vínculo direto entre o sujeito ativo (titular do direito) e a coisa sobre a qual o direito recai e criando um dever jurídico para todos os membros da sociedade" (WALD, 2011, p. 29).

2.2 A Concepção Jurídica da Propriedade

A doutrina civilista é unânime em considerar a propriedade como o mais amplo dos direitos reais (GOMES, 2008, p. 119; WALD, 2011, p. 109; RODRIGUES, 2009, p. 76). Sua complexa definição pode ser feita, conforme Orlando Gomes, à luz de três critérios: a) pelo critério sintético, definir-se-á como a submissão de um bem, em todas as suas relações, a uma pessoa; b) pelo critério descritivo, como o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo pelo qual um bem fica submetido à vontade de um indivíduo; e c) pelo critério analítico, com o direito de usar, fruir, dispor e reaver de quem injustamente o possui, um bem (GOMES, 2008, p. 109).

Apegando-se ao critério descritivo, Orlando Gomes explicita as características do direito de propriedade. Afirmar, assim, que se trata de direito complexo por consistir em um feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar/reaver a coisa que lhe serve de objeto (GOMES, 2008, p. 109).

Da análise destas faculdades, tem-se que o direito de usar consiste no poder do titular de colocar o bem a seu serviço, servindo-se dele sem modificar a sua substância, reservando-se ao proprietário, da mesma forma, o poder de deixar de usá-lo. Tal faculdade, no entanto, longe de ser absoluta, está cada vez mais sujeita a restrições impostas pelo ordenamento jurídico, dentre às quais a vinculação da utilização da propriedade às suas finalidades econômicas e sociais (PEREIRA, 2009, p. 93-94).

A faculdade de gozar/fruir, por sua vez, realiza-se através da percepção dos frutos, naturais ou civis, que advém do bem (PEREIRA, 2009, p. 94). Trata-se do direito de explorar economicamente a coisa e, conseqüentemente, seus frutos.

A seu turno, a faculdade de dispor corresponde ao poder de alienar, a qualquer título, o bem, assim como de consumi-lo, transformá-lo, alterá-lo e destruí-lo, ou seja, de praticar ato que o atinge em sua substância (PEREIRA, 2009, p. 94-95).

Por fim, a faculdade de reivindicar/reaver a coisa corresponde ao poder atribuído ao titular da propriedade de buscar e retomar para si o bem quando este se encontrar, injustamente, sob posse ou detenção de outrem. Efetivamente, de nada valeriam as demais faculdades de usar, gozar/fruir e dispor se não fosse dado ao titular da propriedade a capacidade de reaver o bem das mãos alheias (PEREIRA, 2009, p. 96).

Para além de ser direito complexo, a propriedade é direito absoluto, pois oponível a todos em caráter *erga omnes*. É direito perpétuo por ter duração ilimitada, ressalvando-os os casos excepcionais nos quais a propriedade é revogável, diante da existência, em seu título de aquisição, de condição resolutiva decorrente de sua própria natureza, ou da vontade do agente ou das partes (GOMES, 2008, p. 114).

Em derradeiro, é direito exclusivo por conferir ao seu titular o poder de proibir que terceiros exerçam sobre o bem, de forma não autorizada, qualquer ato de domínio (GOMES, 2008, p. 109-110).

A partir desta noção de propriedade como direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo que abrange as faculdades de usar, gozar/fruir, dispor e reivindicar/reaver o bem, cumpre verificar que este direito real pode recair sobre distintos objetos.

Neste sentido, Arnoldo Wald afirma que são objetos de propriedade apenas os bens corpóreos, ou seja, as coisas móveis e imóveis. Argumenta, assim, pela atecnicidade da extensão do conceito de propriedade às noções de propriedade artística, científica, literária e industrial, ou ainda à noção de propriedade do fundo do comércio, em virtude da natureza diversa destes em comparação aos objetos típicos dos direitos de propriedade (WALD, 2011, p. 130).

Orlando Gomes expõe que contra esta doutrina tradicional levanta-se a corrente doutrinária que estende a propriedade aos bens

incorpóreos, ampliando o objeto da propriedade para abarcar os chamados bens imateriais (como a propriedade literária, artística e científica), bem como para incluir os direitos e até mesmo determinados valores como objeto de propriedade, tais como o fundo de comércio, a clientela, o nome comercial, as patentes de invenções (concepção universalista). Segundo o autor, chega-se mesmo a admitir a propriedade sobre cargos e empregos. No entanto, sustenta que este fenômeno da propriedade incorpórea se explica tão somente como reflexo do valor psicológico da ideia de propriedade, mas que, apesar de compartilhar algumas de suas características, com ela não se confunde. Defende, assim, seu enquadramento em uma categoria autônoma, à qual atribui a denominação de "quase-propriedade" (GOMES, 2008, p. 112).

Não obstante, Caio Mário da Silva Pereira pondera que, dentro de nosso sistema, não há lugar para esta controvérsia, estando-se diante da ocorrência de mera questão de terminologia. Esclarece que, se a rigor, a propriedade compreende apenas os bens corpóreos, estende-se aos direitos e bens imateriais o conceito de domínio. E conclui ao afirmar que não causa nenhum sofrimento à linguagem ou à técnica jurídica levar-se a noção de propriedade aos bens incorpóreos, diante da elasticidade de seu conceito (PEREIRA, 2009, p. 97).

2.3 Da Propriedade à Propriedade Intelectual

Caio Mário Pereira da Silva inicia suas tratativas acerca do direito de propriedade colocando que inexistente um conceito ou definição inflexível do direito de propriedade, tendo em vista que seus lineamentos legais não se constituem em princípios ou termos permanentes de um estágio derradeiro ou definitivo de seu desenvolvimento. Contrariamente, trata-se de instituto em constante evolução modificando-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas de cada tempo. Assim, foi comunitária, familiar, individual, mística, política, aristocrática, democrática, estatal e coletiva, apesar de que a concepção ocidental de propriedade, com suas raízes no Direito Romano, foi individual desde o princípio (PEREIRA, 2009, p. 81-82).

É possível afirmar pela existência de uma correlação e coevolução entre as necessidades sociais de uma determinada comunidade e suas instituições, nestas incluída o direito e,

consequentemente, os direitos de propriedade. Eduardo da Motta e Albuquerque afirma, neste contexto, que esta coevolução pode também ser vista sob o binômio tecnologia e instituições, visto que diferentes estruturas tecnológicas demandam diferentes mecanismos de apropriação. Assim, a história da evolução dos paradigmas tecnológicos é também a história da evolução das formas de apropriação.

Afirma-se, assim, que cada fase do capitalismo, desde o motor a vapor até a microeletrônica e a biotecnologia, em razão de suas diferentes características tecnológicas, representou o surgimento e a prevalência de uma nova forma para permitir essa apropriação (ALBUQUERQUE, 2007, p. 156).

E, neste sentido, o desenvolvimento de uma economia baseada não mais na propriedade dos meios de produção, mas no conhecimento e em sua infraestrutura informacional é o que impulsionou os esforços para a criação de novos regimes jurídicos adequados à apropriação desta tecnologia (ALBUQUERQUE, 2007, p. 158), o que se dá por meio dos chamados direitos de propriedade intelectual ou direitos de propriedade imaterial.

2.4 A Propriedade Industrial Sobre Invenções e Modelos de Utilidade

A propriedade industrial é espécie do gênero propriedade intelectual, podendo esta ser conceituada como o direito que uma pessoa exerce sobre um bem imaterial. Estes bens imateriais podem se apresentar em distintas categorias, tais como artística, técnica e científica (DI BLASI JUNIOR *et al*, 2002, p. 16).

Diante desta multiplicidade de categorias de bens imateriais, a propriedade intelectual pode ser dividida em dois grandes nichos: de um lado os direitos autorais e, de outro, os direitos de propriedade industrial.

Os primeiros, direitos autorais, dizem respeito aos direitos que possui o autor de uma obra literária, artística ou científica de vincular esta obra ao seu nome, bem como de reproduzi-la, explorá-la ou transmiti-la. Trata-se, portanto, ao mesmo tempo, de um direito moral e de um direito patrimonial (BARROS, 2007, p. 482-483).

Já os segundos, direitos de propriedade industrial, dizem respeito aos direitos exercidos sobre bens imateriais de aplicação industrial, a manifestam-se, nos termos do artigo 2º da Lei 9.297/1996, mediante: a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, a concessão de registro de desenho industrial, a concessão de registro de marca, a repressão às falsas indicações geográficas, e a repressão à concorrência desleal.

Notadamente em relação às duas primeiras manifestações da propriedade industrial, tem-se a patenteabilidade das invenções e modelos de utilidade, formas de criações suscetíveis de serem convertidas em bens materiais industrializáveis (DI BLASI JUNIOR *et al*, 2002, p. 17). Neste sentido, nos termos dos artigos 8º e 9º da Lei 9.297/1996 são patenteáveis as invenções que atendam aos requisitos de "novidade", "atividade inventiva" e "aplicação industrial", e os modelos de utilidade que atendam aos requisitos de "nova forma ou disposição", "ato inventivo" e "aplicação industrial".

A invenção pode ser compreendida como o bem imaterial, resultado da atividade inventiva de seu inventor, consistente no conjunto de técnicas e regras de processamento as quais, utilizando-se dos meios ou elementos fornecidos pela ciência, possibilitam a obtenção de um bem material que venha a proporcionar um avanço em relação ao estado da técnica (DI BLASI JUNIOR *et al*, 2002, p. 19).

Efetivamente, deve-se perceber que a invenção não se confunde com o seu produto final, ou seja, com o bem material que é, por meio dela, produzido. Ainda, não se confunde com as descobertas científicas, compreendidas estas como aqueles conhecimentos que permitem ao homem conhecer e entender as coisas existentes na natureza (DI BLASI JUNIOR *et al*, 2002, p. 19-20).

Segundo Di Blasi Junior *et al*, as invenções podem ser classificadas como invenções de produtos (quando da atividade inventiva resulta a criação de um novo bem material), invenções de processos (quando a atividade inventiva resulta na criação de um novo processo para a obtenção de um produto) ou invenções de aparelhos (quando resulta na criação de um novo aparelho a ser utilizado durante o processo de obtenção de um produto) (DI BLASI JUNIOR *et al*, 2002, p. 23).

Por sua vez, o modelo de utilidade é entendido como toda forma nova conferida a um objeto de uso prático, ou parte deste, decorrente de esforço intelectual criativo, suscetível de aplicação industrial, que proporcione um aumento de sua capacidade de utilização (DI BLASI JUNIOR *et al*, 2002, p. 26). Trata-se, portanto, de concessão de nova forma a um objeto já existente, a qual melhora e aumenta o seu funcionamento e utilização.

Tanto a invenção quanto o modelo de utilidade poderão ser objeto de patente quando atendidos, respectivamente, os requisitos de "novidade", "atividade inventiva" e "aplicação industrial" e "nova forma ou disposição", "ato inventivo" e "aplicação industrial".

O primeiro requisito, referido como "novidade" da invenção ou "nova forma ou disposição" do modelo de utilidade exigem que a criação, para ser patenteável, não esteja compreendida pelo estado da técnica, ou seja, por aqueles conhecimentos e informações já tornados acessíveis ao público antes da data do depósito do pedido de patente, nos termos dos artigos 11, 12, 16 e 17 da Lei 9.297/1996. Efetivamente, não se exige a existência de inovação plena, bastando que haja avanço no estado da técnica (BARROS, 2007, p. 195).

O segundo requisito, "atividade inventiva" ou "ato inventivo", diz respeito à exigência de que a invenção ou modelo de utilidade sejam produtos da criatividade de seu criador, não bastando que este tenha se limitado a aplicar conhecimentos já consolidados. Neste sentido, a Lei 9.297/1996, em seus artigos 13 e 14, dispõe que existe atividade ou ato inventivo sempre que, para um técnico do assunto, a criação não decorra de maneira evidente ou óbvia, comum ou vulgar, do estado da técnica.

Segundo Carla Barros, em referência à lição de Jacques Labrunie, para o reconhecimento da atividade ou ato inventivo, exige-se algo a mais que a mera novidade, sendo necessário que a criação atinja e revele um certo nível de criatividade de seu criador (BARROS, 2007, p. 199).

Por fim, o terceiro requisito da patenteabilidade refere-se à "aplicação industrial" da criação. Trata-se da exigência de que a invenção ou modelo de utilidade possa, efetivamente, ser empregado em pelo menos um setor do sistema produtivo, de forma que venha a constituir um instrumento para atender a determinada necessidade social. De fato, apesar da legislação nacional referir-se a "aplicação industrial", esta expressão deve receber interpretação extensiva para

abranger qualquer processo produtivo, como aqueles presentes na atividade agropecuária, desde que possa ser empregado em escala industrial, ou seja, em larga escala (DI BLASI JUNIOR *et al*, 2002, p. 130-132).

Preenchidos estes três requisitos a invenção ou o modelo de utilidade podem ser objeto de patente. Trata-se esta de um privilégio temporário concedido pelo Estado a uma pessoa natural ou jurídica consistente no direito exclusivo de exploração de uma criação com o objetivo de proporcionar-lhe a oportunidade de ressarcimento dos recursos investidos na sua pesquisa, desenvolvimento e aplicação industrial, mediante determinadas contrapartidas (FURTADO, 1996, p. 41). Dentre tais contrapartidas especial relevância deve ser dada à obrigação de total revelação para conhecimento do público do objeto da patente, bem como à obrigação de exploração do objeto da patente, esta última sujeitando seu titular à licença compulsória.

3. DA ANÁLISE ECONÔMICA DA PROPRIEDADE

Segundo Cooter e Ulen, o direito de propriedade é o instituto que fornece a estrutura jurídica sobre a qual se realizam a alocação de recursos e a distribuição de riquezas (COOTER; ULEN, 2010, p. 89). Eis a razão pela qual a análise econômica da propriedade assume papel central dentro do estudo da Análise Econômica do Direito, já que um de seus principais objetivos é justamente o de identificar os meios mais eficientes de alocação de recursos. Neste sentido, ao invés de se preocupar com questões conceituais acerca da propriedade, a Análise Econômica do Direito busca identificar os efeitos econômicos provocados por determinada forma de atribuição da propriedade, bem como os efeitos de formas alternativas de atribuição desta (COOTER; ULEN, 2010, p. 90).

A Análise Econômica do Direito consiste no método pelo qual insere-se nas discussões jurídicas, ou seja, nas discussões acerca de institutos jurídicos, os problemas relativos à eficiência do Direito, aos custos econômicos dos instrumentos jurídicos e às consequências econômicas das intervenções jurídicas (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, p. 67-68). Trata-se de "trazer o método econômico para a realidade do Direito em um exercício de resultados" (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, p. 71).

Através da Análise Econômica do Direito, em última análise, cria-se, interpreta-se e aplica-se o Direito não como uma ciência fechada em suas próprias premissas, mas, contrariamente, a partir do influxo de premissas e princípios econômicos. Com especial relevância, introduz-se no direito a preocupação com a questão da eficiência, ou seja, da busca da melhor forma de alocação dos recursos (reconhecendo-se sua escassez), com o objetivo de suprir a maior quantidade de demandas sociais, o qual não pode ser desvinculado da ideia de maior produção de riquezas possível.

A aplicação dos elementos da Análise Econômica do Direito sobre o tema dos direitos de propriedade (falando-se, assim, em uma análise econômica da propriedade) tem como função a maximização da eficiência da propriedade, ou, em outras palavras, a promoção da produção do maior excedente para a coletividade (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, p. 118).

Um sistema de direitos de propriedade deve sempre fornecer respostas a algumas perguntas fundamentais, estruturando, com isso, as relações entre os indivíduos. Deve, assim, definir: a) como se estabelecem os direitos de propriedade; b) o que pode ser objeto de propriedade privada; c) o que os donos podem fazer com sua propriedade; e d) quais os remédios jurídicos para a violação dos direitos de propriedade (COOTER; ULEN, 2010, p. 91). Especificamente relevante para o objeto do presente estudo é a primeira destas indagações, pela qual se questiona como (ou a quem) os direitos de propriedade sobre algo são atribuídos inicialmente.

Importante perceber que o questionamento recai sobre a atribuição inicial da propriedade, reconhecendo-se, portanto, que esta propriedade pode ser posteriormente transferida a outrem por meio de negociações privadas, desde que os custos de transação inerentes a estas negociações não sejam altos o bastante para inviabilizá-las.

Ao trabalhar-se a questão da atribuição inicial dos direitos de propriedade, a primeira questão que vem à tona diz respeito a se a propriedade sobre determinado bem deve ser privada ou pública/coletiva. Neste ponto, devem ser feitas considerações de duas ordens:

3.1 Rivalidade e Exclusividade

A questão acerca das características de rivalidade e exclusividade, e seus opostos não-rivalidade e não-exclusividade, mostra-se como elemento de extrema importância à definição da forma mais eficiente de alocação da propriedade de um bem. Estas características são utilizadas para se classificar os bens em dois grupos: de um lado, os bens privados, dotados de rivalidade e exclusividade, e, de outro, os bens públicos, não-rivais e não-exclusivos (TIMM; BRENDLER, 2009, p. 1021).

Importante perceber que esta classificação entre bens privados e bens públicos, com base em serem ou não dotados de rivalidade e exclusividade, em nada se confunde com classificação jurídica contida nos artigos 98 a 103 do Código Civil, e que se funda basicamente na afirmação de que são bens públicos aqueles de titularidade de pessoas jurídicas de direito público interno, sendo bens particulares todos os demais.

Analisando estes atributos, Timm e Brendler afirmam que a rivalidade é a característica possuída por determinados bens de que seu consumo (ou utilização) por determinada pessoa deixa menos do mesmo bem para o consumo de outra. Ou seja, a utilização do bem por uma pessoa implica na redução da possibilidade de seu uso por outra. Na outra margem, um bem será não-rival quando seu uso por uma pessoa não diminui a possibilidade de seu uso para outra. Em termos econômicos, pode-se falar que, nos casos dos bens não-rivais, o custo marginal para a inclusão de um consumidor adicional é zero (TIMM; BRENDLER, 2009, p. 1021).

Já a exclusividade diz respeito à impossibilidade de um determinado bem ser utilizado simultaneamente por duas pessoas. Neste caso, o uso de um determinado bem, por uma pessoa, impede que o mesmo seja utilizado por outras. Contrariamente, a característica da não-exclusividade significa que a utilização do bem por uma pessoa não impede sua utilização simultânea pelas demais (TIMM; BRENDLER, 2009, p. 1021).

A partir desta percepção, Cooter e Ulen (que não trabalham com o binômio rivalidade-exclusividade, mas unificam-no sob o título de rivalidade) afirmam que bens privados são aqueles dotados de rivalidade, ou seja, aqueles cujo uso por uma pessoa impede seu uso por outra, e que bens públicos são aqueles para os quais não existe rivalidade em seu consumo, vez que sua utilização por uma pessoa

não diminui sua utilização pelas outras. E, a partir desta percepção, concluem que a eficiência demanda que aos bens privados seja atribuída propriedade privada e aos bens público, propriedade pública (COOTER; ULEN, 2010, p. 120).

Esta conclusão justifica-se, inicialmente, da percepção de que é relativamente simples e barato ao proprietário de um bem privado (dotado de rivalidade) efetivar o cumprimento dos seus direitos de propriedade sobre este bem, excluindo e impedindo seu uso por outras pessoas. Desta forma, e como o uso deste bem por uma pessoa impede e/ou diminui seu uso por outra, a propriedade deste bem será eventualmente transferida, por meio de negociações privadas, àquele que mais o valoriza, obtendo-se com isso, seu uso mais eficiente (COOTER; ULEN, 2010, p. 120).

Exemplificativamente, pode-se supor uma situação na qual um bem X é utilizado por seu proprietário, A, para produzir uma quantidade de riqueza 100. Caso B, não proprietário, possa, com o mesmo bem, produzir uma quantidade de riqueza 200, é certo que A e B, desde que os custos de transação não impeçam esta negociação, irão barganhar de forma a transferir a propriedade do bem X de A para B por um valor superior a 100 (pelo qual a transação é eficiente para A) e inferior a 200 (pelo qual a transação é eficiente para B).

De fato, Cooter e Ulen explicam que o poder de exclusão detido pelo proprietário de um bem dotado de rivalidade canaliza seu uso e consumo para aquele que mais o valoriza, fomento o uso eficiente destes bens (COOTER; ULEN, 2010, p. 120).

Já no que tange aos bens públicos (dotados de não-rivalidade), é extremamente difícil e custoso ao proprietário excluir outras pessoas de utilizá-los e usufruí-los, obstruindo o uso da negociação para alcançar a eficiência. Efetivamente, como é extremamente oneroso ao proprietário excluir os demais do uso do bem, a tendência é o surgimento da figura do caroneiro (*free-rider*), ou seja, de pessoas que, sem deterem a propriedade do bem e sem, de qualquer forma, contribuírem para a sua aquisição e manutenção, utilizam livremente do mesmo. Como consequência, os custos envolvidos na utilização do bem recairão apenas sobre o proprietário, ao passo que os ganhos por ele trazidos serão obtidos igualmente por todos (COOTER; ULEN, 2010, p. 120). E, diante da real possibilidade de utilização do bem sem qualquer custo, desaparece

qualquer incentivo à sua utilização mediante pagamento (TIMM; BRENDLER, 2009, p. 1022), o que tende a levar a uma quantidade cada vez menor e insuficiente destes bens.

Cooter e Ulen (2010, p. 121) bem exemplificam essa tragédia com os seguintes exemplos: imagine-se que uma determinada rua ou quadra de uma cidade esteja sendo alvo de frequentes crimes e que, em decorrência disto, os moradores proponham a contratação de um vigilante privado, a ser custeado pelos próprios moradores. Neste exemplo, caso alguns moradores aceitem pagar pelos serviços do vigilante, mas outros não, o benefício consistente no incremento da segurança será usufruído igualmente por todos, já que a presença do vigilante dará segurança a todos. Neste caso, não há nenhum incentivo para que um morador que não esteja contribuindo para o pagamento do vigilante passe a contribuir, bem como para que um morador que esteja contribuindo, continue o fazendo, já que, deixando de retribuir, continuará auferindo o benefício. Como consequência, a tendência é de que os moradores se abstenham de contribuir para o pagamento do serviço, tornando-o extremamente custoso para alguns, os quais, provavelmente, em algum momento também deixarão de pagar, obstando a própria existência do serviço.

No segundo exemplo, suponha-se que um bonde urbano tenha um medidor elétrico e que, para fazer o bonde percorrer determinada distância, o usuário deve inserir moedas neste medidor. Neste cenário, logo os indivíduos perceberão que o pagamento do transporte, por uma pessoa, dá aos demais uma viagem grátis, fazendo com que alguns deixem de pagar pelo serviço, ou paguem-no a menor. Em decorrência disto, o dinheiro arrecadado será insuficiente para manter as atividades do bonde, de forma que um número cada vez menor de bondes será colocado em circulação, prejudicando ou até encerrando a atividade.

De fato, em decorrência do fato de que o fornecedor privado não pode excluir do serviço aqueles usuários que não pagam as suas cotas, o mercado fornecerá este serviço em volume insuficiente e aquém do montante exigido pela eficiência. Por tal razão, estes bens públicos estarão melhor administrados e fornecidos pelo Estado, e eis porque a atribuição de propriedade pública sobre os mesmos se mostra mais eficiente.

Desta feita, a partir da percepção de que determinados bens são dotados de rivalidade e exclusividade e outros de não-rivalidade

e não-exclusividade, é que se pode concluir que os bens privados (dotados de rivalidade e exclusividade) são mais eficientemente utilizados se a eles for atribuída propriedade privada, ao passo que os bens públicos (dotados de não-rivalidade e não-exclusividade) são mais eficientemente utilizados se a eles for atribuída propriedade pública.

3.2 As Tragédias dos Comuns e dos Anticomuns

A segunda consideração a ser feita acerca da atribuição inicial dos direitos de propriedade diz respeito às conhecidas tragédias dos comuns e dos anticomuns. Estas tragédias visam demonstrar os efeitos funestos de uma atribuição equivocada dos direitos de propriedade.

A primeira delas, conhecida por "tragédia dos comuns". Trata-se de uma metáfora difundida pelo biólogo Garreth Hardin²⁷ em 1968 em seu artigo *The Tragedy of the Common*²⁸ e que é empregada na economia como forma de se demonstrar os riscos da atribuição de propriedade pública ou coletiva a determinados bens, bem como para dar suporte à afirmação da propriedade privada como o formato mais eficiente para a alocação de recursos (AGUSTINHO, 2011, p. 50).

De fato, cumpre destacar que o texto de Hardin não é um trabalho sobre economia e, tampouco, sobre direito. No entanto, sua aplicação à questão dos direitos de propriedade é inegável.

A tragédia dos comuns, em si, diz respeito às consequências de determinada forma de utilização dos "comuns", áreas de terra utilizadas como pastagem para os rebanhos de gado²⁹. Hardin coloca que, em um cenário no qual estas áreas fossem abertas a todos, é de esperar que cada criador tentará manter tantos animais quanto possível pastando nos comuns. Este quadro até pode funcionar adequadamente enquanto, por diversas variáveis, o número de criadores e de animais se mantiverem abaixo da capacidade de sustento da terra. No entanto, atingida uma tal estabilidade social que

²⁷ Apesar de grande parte da literatura atribuir a Hardin a criação da metáfora da tragédia dos comuns, Hardin, em seu artigo, esclarece que "trata-se de um cenário primeiramente esboçado em um pouco conhecido panfleto em 1833 por um matemático amador de nome William Foster Lloyd (1794-1852)" (HARDIN, 1968).

²⁸ Disponível em <<http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>>.

²⁹ Hardin utiliza-se da palavra "cattle".

permita um crescimento tanto do número de criadores quanto de animais, a lógica inerente aos comuns transforma-se na sua tragédia.

Isto porque, agindo como seres racionais, cada criador buscará aumentar os seus ganhos e, de forma explícita ou implícita, indagar-se-á acerca da utilidade para si em adicionar mais um animal ao seu rebanho, ponderando que: a) a adição de mais um animal ao rebanho traz para si um ganho correspondente ao valor integral do lucro obtido com a futura venda deste animal, representado por "+1"; b) a adição de mais um animal ao rebanho traz um custo equivalente ao consumo de pasto deste animal (o que torna o pasto mais escasso para todos os outros animais). No entanto, este custo representado pelo consumo de pasto será dividido por todos os criadores, de forma que o custo da adição deste animal ao seu criador será apenas uma fração de "-1".

Neste contexto, ponderando-se estes componentes positivo ("+1") e negativo (fração de "-1"), qualquer criador racional concluirá que a única decisão sensata é no sentido de introduzir mais um animal em seu rebanho. E mais um, e mais um, e assim sucessivamente, já que a introdução de mais um animal sempre trará mais ganho do que custos ao criador.

No entanto, este mesmo raciocínio será adotado por todos os demais criadores que se utilizam do comum, dando azo à tragédia. Hardin conclui: "Cada homem está preso a um sistema que o compele a aumentar o seu rebanho de forma ilimitada - em um mundo que é limitado. A ruína é o destino em direção ao qual os homens correm, cada um perseguindo os seus próprios interesses em uma sociedade que acredita que na liberdade dos comuns. A liberdade nos comuns traz a ruína de todos" (HARDIN, 1968).

Esta ruína, a tragédia dos comuns, nada mais é do que a elevação do número de animais a um número superior àquele no qual o consumo do pasto seria sustentável, conduzindo, assim, à sobreutilização e esgotamento deste recurso (AGUSTINHO, 2011, p. 52). E esta sobreutilização é decorrente única e exclusivamente da atribuição equivocada de propriedade pública/coletiva a um bem escasso,

Assim, em que pese o texto de Hardin não tenha como ponto central a questão da atribuição da propriedade, vez que seu foco está sobre o tema do crescimento populacional e da necessidade de restrição a determinadas liberdades individuais, a metáfora da

tragédia dos comuns demonstra os benefícios da atribuição de propriedade privada sobre bens escassos.

Efetivamente, a partir do momento em que terra passa a ser objeto de propriedade privada, seu proprietário passa a concentrar tanto os lucros obtidos com sua exploração, bem como suportar todos os custos a ela associados, o que neutraliza a tendência ao comportamento oportunista que seria adotado caso a propriedade fosse pública ou comum. Desta forma, a inclusão de mais um animal sobre o pasto apenas será realizada se mostrar-se economicamente eficiente e sustentável, já que o proprietário tem interesse tanto na criação do maior número de animais possíveis, bem como na manutenção da integridade e disponibilidade do pasto para sua contínua utilização.

A segunda tragédia é conhecida como "tragédia dos anticomuns", exposta por Michael A. Heller em seu artigo "*The Tragedy of the Anticommons: property in the transition from Marx to markets*".³⁰ Diferentemente da tragédia dos comuns, a tragédia dos anticomuns não se volta à questão do binômio propriedade privada e propriedade pública, mas sim à questão da concentração ou fragmentação da propriedade privada de um bem.

Heller inicia seu trabalho expondo que o regime socialista, quando vigente, asfixiava os mercados e, frequentemente, deixava vazias as prateleiras das lojas. Com a transição do modelo socialista para um modelo capitalista, veio a promessa de que novos empreendedores iriam adquirir estas lojas, criar novas empresas, e preencher as prateleiras com produtos. Não obstante, mesmo passados anos da transição, estas lojas permaneciam desocupadas, ao passo que, logo à frente delas, centenas de pequenos quiosques de metal instalaram-se sobre as calçadas de Moscou, com suas prateleiras cheias de produtos. Heller, assim, indaga-se por que estes novos mercadores se instalavam nas calçadas sob o frio de Moscou e não ocupavam as lojas vazias, onde estariam melhor alocados e protegidos (HELLER, 1998, 623).

E, contrapondo aqueles que afirmavam que o problema estaria na ambiguidade dos novos direitos de propriedade na Rússia, na corrupção governamental e na falta de infraestrutura legal, Heller

³⁰ Disponível em
<www.unc.edu/courses/2007fall/geog/804/001/Heller%201998%20Tragedy%20of%20the%20Anticommons.pdf>.

sugere que as lojas permaneciam vazias em decorrência da forma pela qual os direitos de propriedade estavam sendo criados (HELLER, 1998, 623).

Efetivamente, Heller explica que o regime de transição falhou ao fragmentar os direitos de propriedade sobre estas lojas (assim como sobre outros bens escassos), não concedendo a um único proprietário direitos que representassem sua propriedade plena. Contrariamente, a fim de atender às expectativas de uma variada gama de interessados, o novo regime conferiu direitos sobrepostos a várias pessoas e entidades públicas ou semipúblicas³¹. Assim, enquanto uma ou algumas determinadas pessoas (naturais ou jurídicas) eram titulares do direito de vender a loja, outra ou outras eram titulares do direito de receber determinada renda com esta venda, e outras eram titulares dos direitos de locar, de receber alugueres, de determinar o uso ou de ocupar³². Além disso, todos estes tinham a faculdade de impedir os outros titulares de usarem ou transferirem o bem, e ninguém poderia ocupar o espaço sem o consentimento de todos estes titulares.

Heller afirma, assim, que as lojas vazias de Moscou são o exemplo da propriedade anticomum, uma espécie de propriedade resulta da atribuição de direitos de propriedade fragmentados e desagregados ao invés da atribuição de feixes coerentes de direitos.

Neste cenário, quando múltiplos titulares são dotados do direito de excluir ou impedir o uso de um determinado bem escasso pelos outros, este bem está fadado a ser subutilizado (HELLER, 1998, p. 624).

Heller demonstra a solidez de suas conclusões a partir da comparação da situação russa com o ocorrido na Polônia. Nesta, logo após a transição, também se vivenciou o surgimento dos quiosques de metal sobre as calçadas. Não obstante, a criação de um regime de atribuição viável de propriedade privada sobre os imóveis comerciais fez com que estes quiosques existissem somente por cerca de um ano, período durante o qual os comerciantes progressivamente migraram suas empresas para o interior das lojas (HELLER, 1998, p. 634). Já na Rússia, onde os direitos de propriedade foram atribuídos

³¹ Heller faz referência a "a wide variety of state or quasi-state organizations" (p. 635).

³² Segundo Heller, até 23 entidades diferentes poderiam exercer simultaneamente a titularidade de algum direito sobre o imóvel, inclusive titularizando o mesmo direito (p. 638).

de forma fragmentada e sobreposta, estas lojas apresentavam elevada taxa de desocupação (HELLER, 1998, p. 640).

Desta tragédia dos anticomuns, pode-se extrair a conclusão de que a fragmentação dos direitos de propriedade e de sua titularidade tende a conduzir a uma subutilização dos recursos, decorrente da dificuldade de se obter um acordo sobre a utilização ou alienação destes entre os seus vários proprietários (AGUSTINHO, p. 56).

3.3 Atribuição Clara da Propriedade e Eficiência

Uma terceira e derradeira consideração acerca da atribuição dos direitos de propriedade diz respeito não à sua natureza pública ou privada, mas à relação entre a atribuição clara destes direitos e o uso eficiente dos bens que dele são objeto.

Efetivamente, a questão que aqui se coloca é bastante simples. A existência de um sistema legal que atribua os direitos de propriedade de forma clara evita o surgimento de disputas acerca destes direitos e, conseqüentemente, a dissipação e desperdício de recursos.

Cooter e Ulen, ao tratar do tema, afirmam que, a partir do momento em que o uso da propriedade atinge a eficiência através de sua transferência, por meio de negociações privadas, àquele que lhe dá maior valor, o sistema legal deve buscar critérios para a atribuição e definição da propriedade que sejam claros e simples, evitando disputas desnecessárias acerca de sua titularidade e tornando mais seguras e baratas estas transações (COOTER; ULEN, 2010, p. 106).

De fato, a existência de obscuridades e incertezas acerca da titularidade da propriedade implica no surgimento de diversos custos decorrentes, por exemplo, de disputas judiciais intentadas a fim de se buscar uma definição desta titularidade, bem como dificultam (ou até mesmo impedem), até a resolução destas incertezas, a transferência da propriedade àquele que dela faria melhor uso.

Tem-se, neste caso, perdas de duas naturezas: de um lado, há os recursos que são desperdiçados pois são desnecessariamente consumidos pelas disputas acerca dos direitos de propriedade (custas judiciais, honorários advocatícios, tempo das partes, etc.) e há os

recursos que são desperdiçados pois, não sendo a propriedade transferida a quem lhe daria melhor uso, o bem permanecerá subutilizado, produzindo menos riquezas do que produziria caso fosse negociado.

Neste sentido, concluem Cooter e Ulen que direitos de propriedade que não sejam claros atuam como obstáculos significativos ao uso eficiente dos bens, dando causa ao desperdício de recursos (COOTER; ULEN, 2010, p. 106).

Neste mesmo sentido, Ribeiro e Galeski Junior, em referência à lição de Muller, Stajn e Zylberstajn, ensinam que o objetivo de se determinar o proprietário de um bem é justamente evitar que a competição sobre este acabe por subutilizar a propriedade e dissipar recursos (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, p. 118).

Além disso, a definição clara dos direitos de propriedade atua como incentivo para o uso eficiente da propriedade. Isto se dá em duas frentes distintas:

A uma, a existência de um direito de propriedade claro sobre bem permite que o proprietário empregue seus recursos prioritariamente (dentre eles seu capital, tempo e trabalho) na produção de riquezas, ao passo que, sendo os direitos de propriedade obscuros e incertos, boa parte destes recursos teriam de ser destinados à proteção física do bem em face dos demais, gerando uma subutilização destes recursos (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR. p. 119).

A duas, a certeza acerca da titularidade da propriedade incentiva o agente econômico a investir recursos neste bem, realizando melhorias e outros investimento de longo prazo que melhorem a sua eficiência, face a certeza de que a propriedade será mantida pelo tempo necessário para a recuperação e o retorno destes. Contrariamente, direitos de propriedade incertos atuam como desestímulo a investimentos desta natureza, diante da incerteza da manutenção da titularidade da propriedade no futuro. Nestes casos, o indivíduo, agindo racionalmente, está disposto tão somente a dar ao bem aquelas utilizações que dispensem grandes investimento ou elevados aportes de recursos, deixando possivelmente, com isso, de dar-lhe seu mais eficiente uso.

Diante disto, fica clara a relação existente entre a atribuição clara dos direitos de propriedade e a eficiência da utilização dos bens.

4. A ANÁLISE ECONÔMICA DA FORMA DE ATRIBUIÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL SOBRE INVENÇÕES E MODELOS DE UTILIDADE

Expostos os principais elementos da análise econômica dos direitos de propriedade, mister faz-se voltar as atenções para análise econômica da forma de atribuição da propriedade industrial sobre invenções e modelos de utilidade. Efetivamente, cumpre verificar se a atribuição de propriedade privada à propriedade industrial justifica-se com base em sua análise econômica.

A primeira questão que salta aos olhos é que, diante de uma análise econômica da propriedade industrial à luz da classificação dos bens entre bens privados, dotados de rivalidade e exclusividade, e bens públicos, dotados de não-rivalidade e não-exclusividade, haveria-se de concluir que o objeto da propriedade industrial se amolda à segunda categoria. Isto porque as invenções, modelos de utilidade, bem como os demais objetos de propriedade industrial, mostram-se como bens não-rivais e não-exclusivos.

De fato, por tratarem-se de conjuntos de conhecimentos e informações, sua utilização por uma pessoa não deixa menos destes conhecimentos e informações para a utilização das outras (característica da não-rivalidade), bem como não as impede de deles se utilizarem de forma simultânea (característica da não-exclusividade) (TIMM; BRENDLER, 2009, 1022).

Disto poder-se-ia concluir que a atribuição de propriedade pública ou coletiva a estes bens incorpóreos seria a mais adequada e eficiente. Não obstante, tal conclusão mostra-se equivocada.

Isto porque, como explicam Timm e Brendler, a atribuição de propriedade privada à propriedade industrial tem como principal objetivo o de atuar como mecanismo de incentivo à pesquisa e desenvolvimento de novas invenções e tecnologias, atividades estas que se mostram essenciais para o desenvolvimento econômico de uma nação. De fato, fazendo referência a Cooter e Schaefer, afirmam os autores que o desenvolvimento de invenções e tecnologias resulta do jogo praticado pelos agentes econômicos a partir dos incentivos institucionais, de forma que instituições adequadas seriam capazes de incentivar este desenvolvimento (TIMM; BRENDLER, 2009, p. 1018).

Neste mesmo sentido, Douglass North, em seu discurso quando de seu laureamento com o prêmio Nobel de economia de 1993, afirmou peremptoriamente que "as instituições formam a estrutura de incentivos de uma sociedade, e as instituições políticas e econômicas, em consequência, são as determinantes fundamentais da performance econômica" [T.L.] (NORTH, 1993, p. 359).

Desta forma, faz-se necessário um regime jurídico da propriedade industrial que atue como incentivo à pesquisa e desenvolvimento de inovações e tecnologias. E, ao que tudo indica, este regime jurídico passa pela atribuição de propriedade privada à propriedade industrial.

Isto porque, apesar dos conhecimentos e informações caracterizarem-se como bens públicos, por serem dotados de não-rivalidade e não exclusividade, fundamental é o reconhecimento de que os proveitos econômicos decorrentes de sua exploração, contrariamente, são bens tipicamente privados, ou seja, rivais e exclusivos (TIMM; BRENDLER, 2009, p. 1026). De fato, caso determinado conhecimento, informação ou tecnologia seja explorado economicamente por mais de um agente, estes estarão, em realidade competindo por um número determinado de negócios dentro de um mesmo mercado. E a realização de um negócio por um destes agentes, auferindo os proveitos econômicos dele resultantes, impede que outros agentes realizem este mesmo negócio (exclusividade) e deixa menos deste mercado para os demais (rivalidade).

Em outras palavras, caso duas ou mais empresas explorem economicamente a mesma tecnologia de telefones celulares, estarão competindo entre si pelos mesmos consumidores, que compõem o mercado-consumidor desta tecnologia. Assim, assumindo-se a existência de um número limitado de potenciais consumidores, por exemplo, 1.000.000 de potenciais consumidores (o que os torna escassos), caso a empresa A venda um telefone celular para o consumidor X, estará impedindo que a empresa B efetue esta venda para este consumidor, bem como estará deixando menos mercado-consumidor disponível para esta empresa (1.000.000 - 1).

Assim, apesar das invenções, modelos de utilidade, tecnologias, conhecimentos e informações serem, em sua essência, bens públicos não-rivais e não-exclusivos, os proveitos econômicos resultantes de suas explorações são bens privados rivais e exclusivos. Daí a necessidade de atribuir-lhes propriedade privada,

eliminando uma falha de mercado consistente na dificuldade que possui o inovador para apropriar-se do proveito econômico de sua criação (TIMM; BRENDLER, 2009, p. 1019).

Até porque, esta atribuição de propriedade privada é que atuará como incentivo ao desenvolvimento de novas invenções e tecnologias.

De fato, e partindo-se dos pressupostos de que os custos envolvidos na pesquisa e desenvolvimento de inovações e tecnologias são, em regra, elevados, ao passo que o seu custo de disseminação e utilização, ou seja, de sua aplicação para a produção de bens, é extremamente baixo se comparado àqueles custos de pesquisa e desenvolvimento (TIMM; BRENDLER, 2009, p. 1023), caso o inovador não possua meios jurídicos de impedir que outros agentes explorem economicamente sua invenção, terá enormes dificuldades em obter o retorno dos recursos investidos nesta atividade de pesquisa e desenvolvimento, o que certamente o desestimulará de nela prosseguir.

Neste sentido, a atribuição de propriedade pública à propriedade industrial incentivaria o aparecimento da indesejável figura dos caroneiros (*free riders*), agentes econômicos que poderiam explorar economicamente as invenções alheias sem terem, de qualquer forma, arcado ou contribuído com os custos de sua pesquisa e desenvolvimento. Estes caroneiros não apenas concorreram contra o inventor, mas o farão em uma situação de vantagem sobre este, pois, já que não suportaram os custos de pesquisa e desenvolvimento, e, logo, não precisam incluir em seus custos o valor necessário para reavê-los, poderão operar em patamares de preço muito inferiores àquele operado pelo inventor, que será, sob uma perspectiva econômica, punido por pesquisar (TIMM; BRENDLER, 2009, p. 1026).

Este cenário, decorrente da atribuição de propriedade pública à propriedade industrial, no qual o inovador não possui mecanismos para a apropriação dos proveitos econômicos de sua invenção e, conseqüentemente, garantias mínimas para a recuperação e remuneração dos recursos investidos, atuará como fator de desestímulo às atividades de pesquisa e desenvolvimento e empecilho ao desenvolvimento econômico do país.

Assim, a única de forma de se garantir uma estrutura de incentivos apta a promover e incentivar a pesquisa e o

desenvolvimento de novas invenções e tecnologias é através da criação de mecanismos jurídicos que permitam ao criador apropriar-se dos proveitos econômicos de sua criação. E a atribuição de propriedade privada à propriedade industrial vem cumprir exatamente este papel.

De fato, o agente que investe em pesquisa e desenvolvimento apenas o fará se puder, de forma legítima, esperar obter retorno econômico pelo seu investimento, o que compreende tanto a recuperação dos recursos investidos como a obtenção de lucro. E, atribuindo-se a ele, ainda que temporariamente, um direito de exclusividade, decorrente da propriedade privada da propriedade industrial, na exploração econômica de sua invenção, estar-se-á lhe garantindo, ao menos, a possibilidade de se apropriar dos proveitos econômicos desta. Trata-se, em verdade, de mera possibilidade, eis que todo processo de pesquisa e desenvolvimento está, em maior ou menor grau, associado a um elemento de imprevisibilidade e incerteza em relação ao seu sucesso e eventuais resultados econômicos (TIMM. BRENDLER, 2009, p. 1027).

Ademais, cumpre ressaltar que a não concessão ao inventor um direito de exclusividade na exploração de sua invenção ou modelo de utilidade, permitindo-se a outros agentes também explorá-los, ressalte-se, a um custo reduzido, implicará na sobreutilização deste bem imaterial, que terá consequências equiparáveis às da tragédia dos comuns. De fato, a sobreutilização da invenção, do modelo de utilidade ou da tecnologia por diversos agentes econômicos, diante de um cenário onde o ganho marginal da produção de um novo bem supera em muito o seu custo marginal, produzirá uma saturação do seu mercado potencial, com uma inflada oferta de produtos que, diante de uma estabilidade da demanda, provocará uma desvalorização do bem representada pela queda de seu preço³³.

Desta forma, conforme explicam Ribeiro e Alves, a atribuição de propriedade privada à propriedade industrial atua como um mecanismo de duplo viés: de um lado, confere ao criador um direito de exclusividade na exploração da criação, permitindo-o recuperar os recursos investidos e obter lucro, seja através de sua exploração direta ou através de sua transferência onerosa, e, de outro, atua

³³ Neste sentido, Hubert Handerson, ao tratar das três leis gerais da oferta e da procura, ensina que "quando a oferta excede a procura, o preço tende a baixar" (HANDERSON, 1960, p. 15-16).

como incentivo para que os agentes se dediquem a atividades de pesquisa e desenvolvimento, criando uma estrutura adequada a tornar tais atividades economicamente viáveis (RIBEIRO; ALVES, p. 13-14).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tinha como objetivo realizar uma análise econômica da atribuição de propriedade privada à propriedade industrial sobre invenções e modelos de utilidade, decorrente da atribuição ao criador, mediante a concessão de patente, de um direito de exclusividade na exploração econômica de sua criação.

Da pesquisa realizada, pôde-se concluir que a propriedade industrial possui características próprias que demandam que sua atribuição se dê de forma distinta daquela realizada em relação à propriedade de bens materiais e corpóreos.

Isto porque a atribuição da propriedade industrial envolve muito mais do que uma questão de eficiência na sua utilização, vez que se mostra como elemento essencial à estruturação de um sistema adequado de incentivos para a realização de pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias na busca do desenvolvimento econômico nacional.

Desta forma, diante dos argumentos expostos, pode-se concluir que a atribuição de propriedade privada à propriedade industrial de invenções e modelos de utilidade, materializada na concessão ao criador de um direito de exclusividade temporária na sua exploração econômica, atua como incentivo adequado a que os diversos agentes econômicos empreguem recursos em processo de pesquisa e desenvolvimento, possibilitando-os reaver os recursos investidos e obter lucro com esta atividade.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e. Propriedade Intelectual e Estratégias para o Desenvolvimento. *In* VILLARES, Fábio (Org.). **Propriedade Intelectual**: tensões entre o capital e a sociedade. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

- AGUSTINHO, Eduardo. As Tragédias dos Comuns e dos Anticomuns. *in* RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O Que É Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- BARROS, Carla Eugênia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Industrial**. Aracaju: Evocati, 2007.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Trad. Luiz Marcos Sander e Fernando Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DI BLASI JUNIOR, Celso Gabriel; GARCIA, Mario Augusto Soerensen; MENDES, Paulo Parente Marques. **A Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HANDERSON, Hubert. **Oferta e Procura**. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Zahar, 1960.
- HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. 1968. Disponível em <<http://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>>.
- HELLER, Michael A. **The Tragedy of the Anticommons**: property in the transition from Marx to markets. *in* Harvard Law Review. Vol. 11. n. 3. 1998. p. 621-688. Disponível em <www.unc.edu/courses/2007fall/geog/804/001/Heller%201998%20Tragedy%20of%20the%20Anticommons.pdf>.
- NORTH, Douglass C. **Economic Performance Through Time**. 1993.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: direitos reais. V. 5. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Do Particularism Normativo em Matéria de Propriedade Imaterial: legislar para que(m)? *in* DEMETERCO NETO, Antenor; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre. **Temas de Direito Econômico**: a copa do mundo de 2014 e os jogo olímpicos de 2016. Curitiba: Clássica, 2013.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- TIMM, Luciano Bentti; BRENDLER, Gustavo. **Análise Econômica da Propriedade Intelectual**: commons vs. anticommons. Trabalho publicado nos anais do XVIII Congresso Nacional do COMPEDI, realizado em São Paulo-SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2958.pdf>.
- WALD, Arnoldo. **Direito Civil**: direito das coisas. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMITE DE DESPESAS COM PESSOAL: MEDIDAS CONSTITUCIONAIS DE REDUÇÃO NO CONTEXTO DA SÚMULA 390 DO TST

LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE³⁴

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil apresenta um sistema de normas relativas à atuação do administrador público na gestão dos recursos públicos. A Ordem Financeira na Constituição de 1988 caracteriza-se por agrupar regras referentes à competência legislativa dos entes da federação (arts. 24, 48, 52, 62 e 68); hipóteses que autorizam a intervenção de um ente da federação em outro por inobservância das obrigações financeiras (arts. 34 a 36); controle das contas públicas e fiscalização da atuação do administrador (arts. 21, 70, 71 e 74); processo legislativo orçamentário e sua execução (arts. 163 a 169); e outros preceitos de ordem tributária (arts. 157 e seguintes).

Dentre as matérias tratadas pela Constituição Financeira, destaca-se aquela afeta à limitação de despesas com pessoal e as medidas de redução de tais despesas, que abrangem a exoneração do servidor público estável. A questão não se mostra simples, haja

³⁴ Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba do Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba (2003). Pós-graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro (2005). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba (2008). Professor da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Membro da Comissão de Direito Eleitoral e da Comissão de Controle da Administração Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraná.

vista que para a perfeita aplicação das medidas, necessário se mostra, primeiramente, descobrir o que é um servidor público estável e se a estabilidade é característica exclusiva de alguns agentes públicos de regime estatutário.

O problema se torna mais complexo na medida que para sua análise se faz imperativa a compreensão do regime jurídico único de contratação trazido pela Constituição de 1988 (art. 39), alterado pela EC 19 (a mesma que vem a estabelecer a limitação de gastos com funcionalismo no art. 169) e, ainda, as mudanças de concepção decorrentes do exercício do controle abstrato de constitucionalidade promovido pelo STF em relação à tal parte da reforma administrativa.

Não fosse isso, a interdisciplinariedade do tema se evidencia, por fim, no fato de que a Justiça do Trabalho, no exercício da jurisdição que lhe é inerente, após alguns julgamentos sobre a estabilidade de celetistas vinculados à Administração Pública, sumulou a matéria (Súmula 390, do TST).

Neste contexto é que se propõe um estudo sobre o limite de despesas com pessoal e as medidas constitucionais de redução no contexto da Súmula 390 do TST. Para tanto, far-se-á breve análise de alguns institutos afetos ao Direito Financeiro, como pressupostos lógicos de compreensão do tema.

2. FINANÇAS PÚBLICAS

As Finanças Públicas constituem um conjunto de atividades do Estado responsáveis pela obtenção de receita pública³⁵, pela realização de despesa pública, pela administração da dívida pública e pelo controle da economia pelo fluxo da moeda. Tais atividades são exercidas com o fim de permitir a aplicação dos recursos públicos voltados à concretização do interesse público, ou seja, com o fim de servir (a atividade financeira estatal) como mecanismo de desenvolvimento social, erradicação da miséria, crescimento do país, dentre outros. A este “ramo do Direito Público que estuda a atividade

³⁵ As normas jurídicas que regulamentam a relação entre o Estado arrecadador e o particular contribuinte são objeto de estudo pelo Direito Tributário, segmento do Direito Financeiro, e não serão objeto de estudo nesta obra.

financeira do Estado sob o ponto de vista jurídico”³⁶, dá-se o nome de Direito Financeiro.

O Direito Financeiro é considerado um ramo autônomo do Direito, diretamente relacionado ao Direito Constitucional e Administrativo. Além de possuir princípios específicos³⁷ (os quais regem a atividade financeira do Estado), a sua conexão e interdependência coordenada com as demais disciplinas jurídicas conferem-lhe autonomia. Explica Abraham que “é inegável conceber o Direito Financeiro como uma disciplina jurídica autônoma, dotada de método, princípios e regras exclusivas, com um objeto comum e finalidade própria”³⁸. O Direito Financeiro é, assim, o ramo do Direito que estuda as finanças públicas, grupo de normas jurídicas que permite, ao Estado, exercer sua atividade financeira, com intuito de colocar em prática o interesse público³⁹.

Não se encontra codificado, sendo certo que suas normas encontram-se pulverizadas, de modo que sua principal fonte legal a Constituição da República de 1988 e também da Lei Complementar 101/2000 (chamada Lei de Responsabilidade Fiscal). A este grupo legislativo soma-se a Lei 4.320/64. Além da legislação, o Direito Financeiro tem como fonte a doutrina, a jurisprudência e os costumes. No que diz respeito especificamente à lei, importante ressaltar que segundo o art. 24, I e II e parágrafos 1º e 4º, da Constituição Federal, compete concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal legislar sobre direito financeiro (bem como sobre direito tributário e orçamento). Em que pese não conste expressamente no texto constitucional, a doutrina⁴⁰ entende que compete aos Municípios legislar sobre suas finanças locais (art. 30, da Constituição).

³⁶ HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 17.

³⁷ Serão vistos a seguir.

³⁸ ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 29.

³⁹ O conceito de interesse público é dado pelo Direito Administrativo: “os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, (...) consistem no plexo dos interesses individuais enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 62).

⁴⁰ MACHADO JÚNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa, **A Lei 4.320 comentada**. 31 ed. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal - Ibam, 2003.

No exercício de suas atividades financeiras, o administrador público trabalha, constantemente, com os conceitos de receita pública e despesa pública.

Constitui receita pública tudo aquilo que ingressa nos cofres públicos com o fim de ser destinado à concretização do interesse público. É, portanto, o dinheiro que ingressa nos cofres públicos⁴¹. Deodato conceitua receita pública como sendo “o capital arrecadado, coercitivamente, do povo, tomado por empréstimo ou produzido pela renda de seus bens ou pela sua atividade, de que o Estado dispõe para fazer face às suas despesas públicas”⁴².

As receitas públicas possuem diversas classificações. Para os fins deste trabalho, tratar-se-á apenas da classificação que leva em consideração a natureza das receitas, Trata-se da mais utilizada. Essa classificação decorre do art. 11, da Lei 4.320/1964, adotada pela LC 101/2000 e diferencia dois tipos de receita: a receita corrente e a de capital.

Considera-se, pela lei, como receita corrente, as receitas tributárias, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado (art. 11, § 1º, da Lei 4.320/1964). Ou seja, são as receitas ordinárias, sejam derivadas, sejam originárias.

A Lei de Responsabilidade Fiscal conceitua, no seu art. 2º, inciso IV, o que seria receita corrente líquida. Pretende, o legislador, fazer com que o Administrador Público, ao trabalhar a lei orçamentária, atente-se ao fato de que nem toda a receita corrente pode ser destinada a programações de despesas públicas, mas apenas a receita corrente líquida, excluindo-se, aqui (a fim de torná-la líquida), aquela parte de receita que deve ser objeto de transferência, por exemplo, para outro ente da federação⁴³.

⁴¹ É comum a distinção entre receitas públicas e entradas públicas. Por esta distinção, as entradas públicas seriam aquelas que ingressam nos cofres públicos em caráter transitório, sendo repassadas a quem de direito em determinado período ou sob determinada condição; já as receitas públicas ingressariam em caráter permanente, integrando o patrimônio público.

⁴² DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 29.

⁴³ Como, por exemplo, a transferência prevista no art. 195, § 10, da Constituição da República: A lei definirá os critérios de transferência de recursos para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e

A receita corrente líquida⁴⁴ será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores (art. 2º, § 3º, da LC 101/2000).

São receitas de capital, por sua vez, as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos (art. 11, § 2º, da Lei 4.320/1964). As receitas de capital são receitas forçadas, pois naturalmente a Administração Pública não teria aquela receita. Por isso, “exigem um ‘sacrifício’ patrimonial para serem obtidas”⁴⁵. São exemplos: a alienação de bens públicos, os empréstimos, a emissão de títulos da dívida pública, operações de crédito (empréstimos) etc.

A doutrina⁴⁶ costuma identificar quatro estágios ou fases, de obtenção de receita: a previsão (estimativa prevista na lei orçamentária do quanto se espera arrecadar); lançamento (identificação do devedor); arrecadação (pagamento efetuado efetivamente pelo contribuinte à rede de arrecadação, geralmente a rede bancária); e recolhimento (ingresso nos cofres públicos). Tal identificação doutrinária é, entretanto, falha, pois considera apenas a receita tributária, decorrente da arrecadação de tributos, ignorando, por exemplo, a arrecadação de algumas receitas originárias que não se submetem a tais estágios, mas ainda assim, acabam ingressando nos cofres públicos.

os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

⁴⁴ Art. 2º. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como: (...) IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.

⁴⁵ JUND, Sergio. **Direito Financeiro e Orçamento Público**: teoria e quatrocentas e setenta questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 92.

⁴⁶ Pode-se citar, aqui, exemplificativamente, ABRHAM (Op. cit. p. 77-78) e JUND (Op. cit. p. 94).

3. DESPESA PÚBLICA

Considera-se despesa pública o conjunto de dispêndios do Estado voltados a saldar os gastos necessários à implementação dos serviços públicos. É, assim, “o conjunto de gastos realizados pelo Estado no seu funcionamento”⁴⁷. Campos, ao elencar as três características das despesas públicas (característica econômica, característica política e característica jurídica), afirma: “Podemos dizer que se tratam de recursos financeiros estatais (econômica), destinados a satisfazer e atender às necessidades coletivas identificadas pelo respectivo governo (política), cuja aplicação deverá ser devidamente autorizada pela lei orçamentária”⁴⁸.

Do ponto de vista constitucional, tem se visto uma tendência de se restringir a discricionariedade administrativa na destinação de recursos públicos. Evidentemente que as políticas públicas (decisão quanto a obras que serão realizadas, ruas que serão asfaltadas e outras necessidades públicas) constituem atividades inerentes ao exercício da função administrativa pelo Poder Executivo. Entretanto, não se pode ignorar que o texto constitucional tem vinculado boa parte da destinação dos recursos públicos.

A Constituição, atualmente, “apresenta uma variedade imensa de tributos vinculados (...), cuja arrecadação contém uma destinação predeterminada pela norma instituidora do tributo, dirigindo a aplicação dos recursos às despesas públicas previstas na própria lei”⁴⁹. Direitos sociais fundamentais são regulados pelo texto constitucional, principalmente no livro da ordem social, invariavelmente com a especificação da destinação de recursos públicos mínimos para sua concretização, como ocorre com o direito à educação (art. 212, da Constituição da República) e à saúde (art. 198, da Constituição da República). Assim, “cada vez mais as despesas públicas são priorizadas e determinadas por comandos jurídicos e cada vez menos por deliberações políticas pautadas nas convicções e aspirações dos governantes”⁵⁰.

A isso, some-se a atual jurisdição diferenciada, caracterizada pela crescente atuação pró-ativa do juiz, concretizando direitos

⁴⁷ ABRAHAM, Op. cit. p. 150.

⁴⁸ CAMPOS, Djalma. **Direito Financeiro e Orçamentário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 49-50. Apud ABRAHAM, Op. cit. p. 151.

⁴⁹ ABRAHAM, Op. cit. 154.

⁵⁰ Ibid. p. 153.

fundamentais antes considerados meras normas programáticas, em uma postura de abandono à concepção de jurisdição tradicional⁵¹.

Harada⁵² explica que há muito os financistas vêm demonstrando preocupação em classificar as despesas públicas⁵³, mas que nenhuma acaba sendo útil. Com intuito de tornar o estudo mais objetivo, utiliza-se, aqui, a classificação legal, a qual divide as despesas públicas em corrente e de capital. Essa classificação é apresentada a partir da interpretação do art. 12, da Lei 4.320/64 e art. 17 da LC 101/2000.

Despesa Corrente é a despesa constante do Estado; é aquilo que ele sempre terá como despesa; são as despesas com a manutenção da máquina pública, com o funcionamento dos serviços públicos. São exemplos: despesas com pessoal (funcionalismo), serviços públicos, material de consumo (assim considerado que de durabilidade de até dois anos, por interpretação do art. 15, § 2º, da Lei 4.320/64). Já as despesas de capital são as despesas eventuais, não estando presentes em todo o exercício financeiro; são as

⁵¹ Com intuito de caracterizar a concepção de jurisdição tradição, do pós-Revolução Francesa, cita-se: “No campo do Direito, o século XIX e início do XX serviram para a consolidação do paradigma jurídico positivista. Sob ele construiu-se um modelo argumentativo ‘liberal-individual-normativista’, pela qual a lei é vista como ‘lei-em-si-mesma’, abstraída de suas condições histórico-sociais. Sustentando esse modelo individual-normativista existe um campo hermenêutico jurídico, disseminado pela Filosofia da Consciência, pautada na lógica do sujeito cognoscente e objeto cognitivo, pela qual o sujeito de direito, defronte ao objeto a ser analisado, limita-se a descrevê-lo, utilizando a linguagem como mero instrumento dessa relação entre sujeito-objeto. Segundo essa concepção epistemológica, a atividade judicial é concebida como mera administração da lei pelo Judiciário, instituição tida como neutra, imparcial e objetiva, ficando o intérprete, aplicador do Direito, convertido a um simples burocrata do Direito Positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão ou a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo ‘técnico’, isto é, sem preferências valorativas e imunes a questões político-sociais, o jurista atua limitado pelas garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo paradigmático liberal-burguês do Estado de Direito Positivo” (ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela processual de direitos metaindividuais trabalhistas**: fundamentos constitucionais e reflexos na atividade empresarial. Curitiba: Juruá, 2009. p. 60-61)

⁵² HARADA, Op. cit. p. 22.

⁵³ Pode-se citar, por exemplo, a classificação doutrinária que, em relação à natureza, leva em conta tratarem-se de despesas orçamentárias (fixadas pela lei orçamentária) ou extra-orçamentárias (que não são despesas, na verdade, mas mera devolução de recursos pertencentes a terceiros, por isso não possuem previsão em lei orçamentária); ou ainda, a classificação que leva em conta a periodicidade e divide as despesas em ordinárias ou extraordinárias, tomando por base a mesma lógica utilizada para a adoção de igual classificação em relação às receitas (JUND, Op. Cit. p. 110-111).

despesas com investimentos na ampliação da própria Administração Pública; ao contrário das despesas correntes, as de capital resultam no aumento do patrimônio da Administração. São exemplos de despesas de capital: as obras públicas, a aquisição de material permanente (durabilidade acima de dois anos, conforme art. 15, § 2º, da Lei 4.320/64).

A preocupação com o equilíbrio das contas públicas vem do texto constitucional.

Não é à toa que em várias passagens o legislador constituinte proíbe realização de despesas públicas sem previsão legal ou acima dos limites constitucionais e infraconstitucionais. No art. 167, da Constituição da República, veda-se o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual e proíbe-se a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Veda-se, ainda, por exemplo, a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa. Ou seja, cada despesa pública deve ser autorizada por lei, sendo proibidos gastos sem autorização legislativa ou mesmo a utilização de recursos públicos para setores outros que não aqueles originalmente previstos.

São quatro as fases de realização de despesas públicas: previsão legal, empenho, liquidação e pagamento. A previsão legal, primeiro estágio para que se possa realizar uma despesa pública, nada mais é do que a observância do princípio da legalidade aplicado ao administrador público. Explica a doutrina: “A legalidade demarca o espaço de atuação do administrador, que deve fazer suas opções dentro dos lindes previamente firmados pela lei”. Continua: “A violação da lei, em si, acarreta a ruptura do sistema e não pode ser simplesmente obnubilada porque o ato ilegal atingiu sua finalidade ou representou, em *ultima ratio*, um ato de boa gestão”⁵⁴. Trata-se, portanto, do princípio da legalidade orçamentária⁵⁵, segundo o qual, o administrador público somente pode gastar o dinheiro público com autorização legal e segundo os limites da lei.

⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 59.

⁵⁵ A realização de despesas sem observância do princípio da legalidade orçamentária poderá caracterizar crime de responsabilidade, nos termos da Lei 1.079/50 (art. 11, item 1) e Decreto-lei 201/67 (art. 1º, V) e ato de improbidade administrativa, aos moldes da Lei 8.429/92 (art.10, IX)

A fase seguinte é o empenho. Empenho é a reserva nos cofres públicos de determinado valor, garantindo ao credor contratado para fornecimento de bem ou serviço, que receberá seu crédito caso cumpridas as exigências legais, contratuais e editalícias. Por isso, os procedimentos licitatórios antecedem o empenho. Assim, havendo previsão legal para realização de determinada despesa, ou seja, havendo dotação consignada no orçamento para atender a despesa com determinado fim público, o Administrador Pública, observando os preceitos da lei 8.666/93 (Lei de Licitações) e demais leis correlatas⁵⁶, irá contratar o fornecedor de bem ou serviço que melhor atenda ao princípio da supremacia do interesse público⁵⁷. O procedimento licitatório diz respeito ao direito administrativo. Por isso, neste momento, em que se busca identificar as etapas de realização de despesa pública, sob a ótica do direito financeiro, aponta-se a previsão legal como primeira fase e o empenho como segunda.

A fase seguinte compreende a liquidação. Trata-se de um dos momentos mais importantes da gestão da coisa pública, principalmente sob o ponto de vista da moralidade administrativa. Explica-se: a liquidação compreende a verificação do direito do credor ao recebimento do recurso público, a partir da análise do efetivo cumprimento de seus deveres legais, contratuais e editalícios (Lei 4.320/64, art. 63).

Os contratos administrativos deverão ser executados fielmente pelas partes (Poder Público e contratado), de acordo com as cláusulas avençadas e as normas previstas em lei e no eventual edital da licitação que gerou o contrato. A execução do contrato

⁵⁶ Antes de iniciar qualquer procedimento licitatório (licitação em sua fase interna, ou seja, na fase que antecede a publicação do edital), o Administrador Público responsável por ordenar a despesa (por ordenar a realização do procedimento para gastar o recurso público) deverá firmar uma declaração, a chamada "Declaração do Ordenador de Despesa". O papel do ordenador de despesa foi destacado pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), em seu art. 16. Referido dispositivo exige como condição de validade de determinados atos, não só que ordene a despesa, mas também os que impliquem em aumento de gastos públicos que se proceda previamente à análise de fatores de verificação da efetiva regularidade e compatibilidade do ato com o orçamento, ou seja, com as leis orçamentárias.

⁵⁷ Evidentemente que se está citando as licitações como forma mais comum de se identificar (contratar) o fornecedor de um bem ou serviço para o Estado. Contudo, é certo que o procedimento que se está por descrever (fases para realização de despesa pública) se aplica a realização de outras despesas públicas não decorrentes de obrigação contraída por meio de licitação, como por exemplo as despesas com pessoal (com agentes públicos contratados por concurso, nomeados para cargos em comissão etc).

deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, tudo com o intuito de que o Estrado se certifique de que aquilo que foi contratado está sendo fielmente cumprido ou entregue, segundo prevê a Lei 8.666/93. Explica a doutrina que “este estágio da liquidação da despesa envolve todos os atos de verificação e conferência, desde a entrada do material ou a prestação do serviço até o reconhecimento da despesa por meio do ‘atesto’ da nota fiscal”⁵⁸, apresentada pelo contratado à Administração. Também há liquidação no pagamento de despesas com pessoal, já que o efetivo cumprimento de seu horário de trabalho e seus afazeres funcionais constitui obrigação de todo servidor público e deverá ser fiscalizada pela Administração, a qual atestará o direito do agente público ao recebimento de sua remuneração.

A atuação da Administração Pública, nesta etapa, deve ser rigorosa. Não são incomuns os “atestos” de notas fiscais que se limitam a um carimbo acostado pelo ordenador da despesa no verso da nota fiscal apresentada pelo contratado, autorizando o pagamento, sem qualquer cuidado em verificar se o produto foi efetivamente entregue ou se, aquilo que foi entregue, efetivamente corresponde ao que foi contratado, na quantidade e qualidade exigidas pelo edital da licitação ou contrato administrativo. Se os Tribunais de Contas e demais órgãos de controle internos e externos devem ser rigorosos na fiscalização voltada a evitar fraudes nos processos licitatórios, devem ser ainda mais rigorosos na verificação do efetivo cumprimento por parte da Administração de seus deveres afetos à liquidação, que ocorre após a contratação (como visto) e de modo antecedente ao pagamento. Quantos e quantos escândalos são noticiados pela mídia nacional envolvendo obras paralisadas, mercadorias não entregues ou entregues em desconformidade com o que foi contratado, invariavelmente com qualidade e preços menores do que o que foi contratado⁵⁹, gerando enriquecimento ilícito e indevido por parte do fornecedor, muitas vezes contando com a conivência do agente público responsável pela fiscalização. Trata-se,

⁵⁸ JUND, Op. cit. p. 115.

⁵⁹ Por isso, deve-se exigir que o procedimento administrativo de liquidação e pagamento seja instruído com registros fotográficos e memoriais descritos da evolução da obra; com comprovantes de pagamento, pelo fornecedor, da mão-de-obra contratada para execução de seus serviços, evitando-se, por exemplo, posterior responsabilidade subsidiária da Administração (Súmula 331, TST); além de outros documentos.

assim, de momento crucial na realização de uma despesa pública, por representar ocasião oportuna para indevida prática de atos de corrupção e improbidade administrativa⁶⁰.

⁶⁰ Um dos princípios do sistema de controle interno, extraído de várias Manuais de Controladoria Geral, é o da Complementariedade, Inter-relação, Integração, Revisão e Supervisão de Ação Fiscalizadora. Este princípio reflete “a conscientização de que todo trabalho pode ser aperfeiçoado em qualquer momento e instância por intervenção”. A Controladoria Geral da União, em Recomendação ao Ministério da Integração Nacional, destaca o papel e a responsabilidade de Comissões de Fiscalização de Contratos Administrativos (p. 32) e a necessidade de se observar o princípio da segregação de funções (p. 30). Em relação à Comissão, a CGU recomendou, em 2011, a “adoção de procedimentos necessários ao estabelecimento tempestivo de composição da comissão de fiscalização dos contratos (...) celebrados”. Analisando o princípio da segregação de funções, o TCU diferencia o papel do servidor fiscal (específico para cada contrato) do papel da Comissão (Geral) de Fiscalização dos Contratos de determinada entidade pública. Explica o TCU, ao se referir à atividade do servidor fiscal do contrato, que “O ‘atesto’ significa, em essência, que foram conferidos todos os elementos necessários à configuração do direito do contratado à percepção da contraprestação pecuniária. Para atestar, somente se aceita servidor público (...) [devidamente designado]. Essa atribuição não pode ser acometida ao próprio ordenador da despesa ou a servidores integrantes da assessoria jurídica, pois tal procedimento faria a Administração incorrer em violação ao princípio da segregação de funções” (Acórdão 117/1996-TCU-Plenário). Contudo, o próprio TCU orienta que além do fiscal, também haja “segregação de funções colimando a eficiência no acompanhamento e na fiscalização contratual [com] mecanismos que assegurem a participação das áreas administrativa, técnica e finalística no acompanhamento da execução dos contratos, em atenção ao princípio constitucional da eficiência”. Não é por outro motivo que o TCU afirma ser imprescindível que seja “mantida pela Administração, desde o início até o final da execução do contrato, equipe de fiscalização (...) com experiência técnica necessária e controle do objeto contratado”. Cita-se, a título de bom exemplo, a sistemática de controle normatizada pelo TCE-MT (Instrução Normativa 02/2011), segundo a qual, competente a Fiscal do Contrato “coordenar, acompanhar e fiscalizar a execução do contrato sob sua responsabilidade e emitir respectivos relatórios” (art. 4º, inc. I), sendo que, tal relatório é, posteriormente, submetido ao Coordenador do Núcleo de Gestão de Contratos (unidade semelhante a uma Comissão de Fiscalização de Contratos) que possui responsabilidade de “analisar os relatórios de acompanhamento da execução dos contratos; - notificar a contratada para sanar os problemas detectados nos serviços, obras ou para efetuar a entrega dos materiais; sugerir, ao Secretário de Gestão, a aplicação de penalidades quando houver descumprimento de cláusulas contratuais” (art. 5º, incisos I a III).

(Disponível na página <http://www.cge.to.gov.br/arquivos/MTA.pdf> e, no que tange à Controladoria Geral da União, na página

http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=f8e10355-3e77-4af4-8521-fc189de7b5ed&groupId=10157. Ainda, no que tange ao TCU, cita-se TCU, Manual de Licitações e Contratos: orientações e jurisprudências, 2010, p. 780 e matéria disponível na página do tribunal

<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057508.PDF>)

A tendência atual de transparência e prestação de contas, exigida pelos órgãos de controle quanto a contratações (mural de licitações de Tribunais de Contas etc.) e pagamentos (portais de transparência das entidades públicas, dentre outros) deve ser estendido para a importante etapa de liquidação das despesas públicas, viabilizando maior acesso da sociedade civil aos procedimentos de certificação do cumprimento de suas obrigações por parte dos contratados pela Administração Pública⁶¹.

Finalmente, a quarta e última etapa corresponde ao pagamento. Encerrada a liquidação e verificado que o credor, por ter cumprido suas obrigações, faz *jus* a receber o recurso público anteriormente reservado para ele (por meio do empenho), a Administração efetua o pagamento. O pagamento “consiste na

⁶¹ Aqui se insere a importante concepção de *accountability*. Sobre o tema, cita-se Zappellini: “A cultura cívica de um Estado está diretamente relacionada com o perfil do cidadão democrático, sabendo-se que, a cidadania é fruto de institutos legais que dão aos indivíduos direitos e deveres. Tem-se, portanto, o Estado como fruto das relações entre ele, como instituição pública, com os indivíduos, e dos indivíduos entre si. E, justamente por esta razão, é que se chama de Estado. Ou seja, criou-se um Estado que, a princípio, não interferiria na sociedade, somente face ao descumprimento de seus ditames. É necessário que haja um Estado para vigiar e controlar os indivíduos, todavia, percebe-se que ao longo do tempo, aquele que nasceu com o intuito de controlar, atualmente tornou-se objeto de controle da sociedade que se viu na necessidade de controlar e fiscalizar o Estado. (...) Falando-se de Estado de Direito como é concebido modernamente, deve-se atentar para seus instrumentos de controle. Ora, parece estranho que, algo criado pelos cidadãos para lhes fornecer proteção, tenha se tornado objeto de fiscalização. Desta forma, entende-se que, ao longo do tempo, ficou consignado o abuso de poder por parte dos governantes. Este estado de ser do Estado é interessante, demonstra a falta de entendimento do que é o Estado, dos deveres para os quais ele foi criado, do objetivo da democracia. Notadamente, em virtude da má administração dos bens públicos – e aqui não apenas leiam-se os bens patrimoniais, de cunho material, mas ao bem estar social como um todo – foram criados procedimentos legais a fim de manter a integridade econômica e moral da organização estatal. Como o controle não é a principal razão de ser do Estado trata-se de uma ferramenta de auxílio ao desempenho social e político. Este controle pode ser dividido em diversos âmbitos de atuação – interno, externo, administrativo, social –, inseridos dentro de todos os órgãos públicos e delegados à sociedade em geral. (...) Entende-se que o *accountability* insere-se no âmbito político e social a fim de construir novos parâmetros sociais, valores que vem sendo desenvolvidos aproximando os instrumentos de participação dos cidadãos. Por esta razão, entende-se que o *accountability* é um dos pilares que sustentam a democracia, levando em consideração a utilização do poder” (ZAPPELLINI, Gabriela Schmidt. **O processo de accountability como instrumento de participação no sistema democrático brasileiro**. Curitiba: Centro Universitario Curitiba - Unicuritiba. Monografia ainda não publicada. 2013. p. 90-91).

entrega dos recursos equivalentes à dívida líquida, ao credor, mediante ordem bancária ou ordem de pagamento”⁶².

4. LIMITE DE DESPESAS COM PESSOAL

Reconheceu, o legislador constituinte, que dentre as despesas correntes, constituem grande problema financeiro brasileiro, as despesas com pessoal (com funcionalismo público). Por isso, no art. 169, da Constituição da República, apresenta-se o seguinte comando: “A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”. A lei complementar em questão é, justamente, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000).

Para tornar efetiva a limitação constitucional de gastos com funcionalismo público, a LC 101/2000, em seu art. 19, prevê a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os seguintes percentuais: a União não poderá gastar mais do que 50% de sua receita corrente líquida; Estados e Municípios não poderão gastar com pessoal mais do que 60% de sua receita corrente líquida⁶³.

A Emenda Constitucional 19 de 1998, conhecida por ter promovido a Reforma Administrativa, ao trazer mecanismos voltados a permitir que se cumprissem tais limites constitucionais⁶⁴ de gastos com funcionalismo, acabou por relativizar a estabilidade dos servidores públicos. Pede-se licença ao leitor para (antes de se continuar o estudo das medidas voltadas a equilibrar as contas públicas, mediante cumprimento dos percentuais limites de gastos com pessoal) explicar, rapidamente, a Reforma Administrativa e seus reflexos sobre os servidores públicos, passando então à análise do art. 169, § 3º, da Constituição.

⁶² JUND, Op. cit. p. 115.

⁶³ Já foi visto anteriormente o conceito de receita corrente líquida (art. 2º, IV, da LC 101/2000).

⁶⁴ Diz-se constitucionais porque, em que pese os percentuais limitadores advenham de lei infraconstitucional, o mandamento é inegavelmente constitucional (art. 169, da CRFB).

5. REFORMA ADMINISTRATIVA, ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO E A SÚMULA 390 DO TST

A Reforma Administrativa consistiu-se em uma séria de medidas voltadas a aplicar, à Administração Pública brasileira, uma concepção de Estado Gerencial. Nas palavras de Bresser Pereira, um dos principais nomes responsáveis pela reforma ocorrida no Governo Fernando Henrique Cardoso:

só foi possível aprovar as novas instituições depois de um debate nacional no qual a cultura burocrática até então dominante foi submetida a uma crítica sistemática, ao mesmo tempo em que as novas instituições eram defendidas, particularmente a quebra da estabilidade total de que gozavam os servidores na Constituição de 1988, e a ideia de transformar os serviços sociais e científicos prestados pelo Estado em organizações sociais, ou seja, em organizações públicas não-estatais financiadas pelo orçamento do Estado e supervisionadas através de contratos de gestão⁶⁵

Antes do advento da EC 19, além de adquirir estabilidade após dois anos de estágio probatório (requisito temporal), o servidor somente perdia o cargo (após a estabilidade) em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa (redação original do art. 41, e seu § 1º, da Constituição da República). Atualmente, após a reforma administrativa (EC 19 de 1998), além do lapso temporal ter sido ampliado para três anos de efetivo exercício do cargo, como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Hoje, adquirida estabilidade, a perda do cargo poderá ocorrer não apenas em virtude de sentença judicial ou decorrente de processo administrativo, mas também em virtude de baixa produtividade verificada em procedimento de avaliação periódica de desempenho (art. 41, inciso III, da Constituição da República). Mas até aqui, tem-se casos em que o servidor dá causa a perda do cargo (sendo punido em uma das três hipóteses dos incisos do § 1º, do art. 41, da Constituição, acrescidas pela EC 19).

⁶⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (orgs.), **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001. p. 252.

Entretanto, a EC 19 também criou uma outra hipótese de perda constitucional do cargo pelo servidor estável, sem “justa causa”, ou seja, sem que ele tenha dado motivo; justifica-se, tal perda, na necessidade de se reduzir gastos públicos. Como disse Bresser Pereira, há a “quebra da estabilidade”⁶⁶; há, na verdade, a relativização dela. Isso porque, a Reforma Administrativa acaba (mesmo que com isso não concorde Bresser Pereira) por conduzir a Administração Pública a um modelo de Estado Mínimo, em que a Administração preocupa-se com setores públicos principais (saúde, educação e segurança) e transfere à iniciativa privada outros serviços, como incentivo à cultura, desportos, etc. Daí o porquê da “idéia de transformar os serviços sociais e científicos prestados pelo Estado em organizações sociais, ou seja, em organizações públicas não-estatais financiadas pelo orçamento do Estado e supervisionadas através de contratos de gestão”⁶⁷.

A intenção da Reforma Administrativa, que impõe um modelo neoliberal-gerencial, é se enxugar a máquina pública, reduzindo-se a atuação estatal; a Administração brasileira, constata o governo Fernando Henrique⁶⁸, gasta muito, porque é muito grande, possui uma grande estrutura e muitos servidores. O problema do gigantismo da máquina estatal é resolvido pelo processo de privatizações do

⁶⁶ BRESSER-PEREIRA, Op. cit. p. 252.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Consignamos que nossa opinião coincide com a de Tarso Cabral Violin, a que, em síntese, nos reportamos: Sobre a burocracia, defendemos o Estado social e o seu aparelho burocrático, que não são, obrigatoriamente, ineficazes, parasitários, corruptos, corporativos, clientelistas, com políticos e servidores espúrios, como pretende fazer acreditar o discurso gerencial-neoliberal. Se o Estado e sua burocracia têm estas características, isso se deve ao próprio resquício liberal-patrimonialista, modernizado e até reforçado pelos ideais do gerencialismo e do neoliberalismo. Sustentamos que a Administração Pública burocrática weberiana, racional, eficiente, previsível, substancialmente democrática, contrária ao patrimonialismo, não deve se sobrepor à própria política. Ou seja, deve haver um controle político e social desta burocracia, de forma efetiva. Ressaltamos, com pesar, que esta Administração Pública burocrática nunca chegou a ser realmente implementada no Brasil, pois, desde os primórdios da Administração brasileira, até o Governo de Luiz Inácio Lula da Silva, nunca conseguimos separar o Estado dos interesses privados. Pelo contrário, com a tentativa de implementação do gerencialismo em nossa Administração Pública, houve um retrocesso ainda maior ao patrimonialismo, após o desmonte estatal providenciado pelos Governos de Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso, e seus representantes e seguidores nos estados e municípios brasileiros (VIOLIN, Tarso Cabral. Uma análise crítica do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias com a administração pública. Publicada na **Revista Eletrônica Juris Sintese** nº 90 - jul/ago de 2011).

governo FHC. O problema do excesso de gastos com funcionalismo é resolvido com a limitação imposta pela LC 101/2000 (percentuais antes mencionados, vinculados à receita corrente líquida de cada ente da federação); também com a tentativa vinda pela EC 19 de colocar fim ao regime jurídico único de contratação⁶⁹, permitindo-se que se contratassem servidores celetistas (ou empregados celetistas) para a Administração Direta, autárquica e fundacional (pois o celetista não teria estabilidade) e, finalmente, com a possibilidade de se exonerar servidor estável (mesmo que este não dê motivo), com intuito de reduzir as despesas com pessoal (alterações da EC 19, no art. 169, §§ 1º a 3º da Constituição).

Pertinente, aqui, para que se compreenda as medidas previstas pela Constituição (art. 169, § 3º, da Constituição) para redução de gastos com pessoal (funcionalismo) que se efetue breve estudo das alterações constitucionais atinentes ao regime jurídico único.

O Regime Jurídico Único (RGU) representa uma obrigação constitucional prevista no *caput* do art. 39 da Constituição, imposta às Administrações Públicas federal, estadual, distrital e municipal pela Constituição de 1988, pela qual cada ente da federação deveria optar por um único regime de pessoal. Ou seja, a partir da Constituição de 1988, os entes da federação (União, Estados, DF e Municípios) deveriam instituir por meio de lei um único regime jurídico para seu funcionalismo público (regime que disciplinaria direitos e deveres de tais “funcionários públicos”).

Contratados mediante concurso público (art. 37, inciso II, da Constituição) os servidores públicos deveriam ser regidos por apenas um único regime: ou estatutário ou celetista. A esmagadora maioria dos entes da federação optou pelo regime jurídico estatutário. Foi o que fez, por exemplo, a União por meio da Lei 8.112/90, que disciplina os direitos e deveres (regime jurídico) dos servidores públicos federais. Ressalte-se que esse regime jurídico único se aplica às pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública, ou seja, se aplica à Administração Pública Direta (União, Estados, DF, Municípios) e, na Administração Pública Indireta, às suas autarquias (e fundações públicas, quando estas fossem

⁶⁹ Conforme será explicado adiante, o STF em julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade, restabeleceu o regime jurídico único, reconheceu inconstitucional a alteração introduzida pela EC 19 no art. 39, da Constituição.

constituídas como pessoas jurídicas de direito público), sendo que na Administração Indireta, as empresas públicas e sociedades de economia mista, por serem pessoas jurídicas de direito privado, devem contratar (e aqui não é o caso de opção) pelo regime celetista⁷⁰. Isso porque, às empresas estatais (gênero do qual as empresas públicas e sociedades de economia mista são espécies) aplica-se o mesmo regime contratual das empresas privadas, em virtude do que prevê o art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição (ou seja, o regime celetista, que rege os empregados das empresas da iniciativa privada). As fundações públicas, se constituídas como pessoas jurídicas de direito privado contratam, por regime celetista, também.

As empresas públicas e sociedades de economia mista são entidades dotadas de personalidade privada que integram a administração indireta. Dependem de autorização legal para sua criação, nos termos do art. 37, XIX.

(...)

É pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que os trabalhadores das empresas estatais são empregados, regidos pela legislação trabalhista editada pela União no desempenho da competência estabelecida no art. 22, I, da Constituição. É por isso que os trabalhadores das estatais são conhecidos por 'celetistas'.

Com o advento da Constituição de 1988 o regime jurídico dos empregados públicos sofreu substanciais modificações, principalmente quanto à necessidade de aprovação prévia em concurso público como requisito intransponível para a contratação pela administração direta e pela administração indireta⁷¹.

⁷⁰ O regime de contratação das empresas estatais é, obrigatoriamente, o regime celetista, estando elas obrigadas a contratar por concurso público. Distingue-se, portanto, o servidor público, ocupante de cargo público (nas pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública) e detentor de estabilidade, do empregado público, ocupante de emprego público (nas pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública), não-detentor de estabilidade. Em relação às fundações públicas, ora constituídas como pessoas jurídicas de direito público, ora como de direito privado, pede-se *vénia* para reportar o leitor à obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo).

⁷¹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. O regime jurídico dos empregados públicos que assumem cargos e funções de direção nas empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo FGV**. Vol. 251. Rio de Janeiro: Editora Direito Rio, maio/agosto de 2009. p. 89. O artigo em questão, publicado na Revista de Direito Administrativo da FGV ressalva que para os ocupantes de cargo de comissão junto às empresas estatais deve-se aplicar o regime jurídico-administrativo e não o regime celetista. Contudo, deixa-se de aprofundar tal análise por não ser pertinente no momento.

Ocorre, entretanto, que a EC 19 altera o art. 39 da Constituição, permitindo, a partir de 1998 (ano da EC) que as pessoas jurídicas de direito público pudessem contratar também por regime celetista. A Administração Direta e autárquica (pessoas jurídicas de direito público) eram, até então, obrigadas a contratar pelo regime estatutário (regime adotado pela maioria dos entes da federação a partir da Constituição 1988). Ocorre que o regime estatutário garante estabilidade aos servidores públicos, após 3 anos de estágio probatório e aprovação em avaliação interna de desempenho (art. 41 e § 4º da Constituição). Adquiria estabilidade, a Administração tem aí um obstáculo que a impede de (exceto nas hipóteses do § 1º, do art. 41) exonerar o servidor. O que faz então a EC 19? Altera o *caput* do art. 39, da Constituição, acabando com o regime jurídico único, sendo possível, a partir de então, a contratação de celetistas para as pessoas jurídicas de direito público. Qual a lógica adotada pelo legislador constituinte reformador? Assim como os celetistas da iniciativa privada, os celetistas empregados públicos não detêm estabilidade, de modo que em sendo necessário exonerá-los, o Administrador Público poderia fazê-lo sem maiores obstáculos. Trata-se de alteração inserida na concepção de redução de despesas públicas, inerente à Reforma Administrativa.

Contudo, o STF em 2007 suspende liminarmente a alteração que a EC 19 promoveu no *caput* do art. 39 da Constituição, isso ao julgar pedido cautelar na ADI 2135-4⁷² e, assim, restabelece o regime jurídico único, voltando a ser proibida a contratação em distintos regimes jurídicos. Entendeu o STF ter havido inconstitucionalidade formal durante a fase do processo legislativo da EC:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE
REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA
CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA

⁷² Cita-se, ainda: TRABALHISTA. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. CELETISTA. EC 19/98. ADI 2135 MC. EFEITO "EX NUNC". DUALIDADE DE REGIME JURÍDICO. O STF, na apreciação da medida liminar da adi 2135, a qual declarou a inconstitucionalidade da ec 19/98, decisão publicada em 07.03.2008, não lhe emprestou efeito "ex tunc", de conseguinte, válidas são as contratações que antecederam a referida decisão, bem assim presumida e continuamente celetista, se inexistente, nestes autos, lei municipal instituindo estatuto dos servidores municipais. recurso ordinário conhecido e improvido. (TRT-22 – RO 316200910522008 PI 00316-2009-105-22-00-8, Relator Wellington Jim Boavista, j. 01.03.2010)

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido⁷³.

⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 2135 MC, Rel. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 02.08.2007, DJ 07.03.2008.

Antes, entretanto, do julgamento do STF, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou Súmula disciplinando a matéria. Trata-se da Súmula 390 do TST⁷⁴ em vigor até hoje e que deixa claro que os servidores das pessoas jurídicas de direito público detêm estabilidade, sendo que os empregados das empresas estatais (sociedade de economia mista e empresa pública) não a possuem. Na referida súmula, o TST refere-se à estabilidade que possuem os celetistas da Administração Pública autárquica e fundacional, abrangendo, assim, aqueles entes da federação que, ao cumprirem o preceito constitucional que impunha a adoção de um regime jurídico único, escolheram o regime celetista; segundo o TST, mesmo estes poucos entes da federação⁷⁵, são obrigados a garantirem estabilidade aos seus celetistas. Abrange, também, aqueles entes da federação que contrataram em regime celetista entre 1998 (ano da EC 19 que acabou com o regime jurídico único) e 2008 (ano de publicação da cautelar deferida em 2007, na ADI 2135, pelo STF).

Em resumo, para que se possa passar finalmente à análise das medidas constitucionais voltadas à redução das despesas de pessoal, contidas no art. 169, da Constituição, tem-se o seguinte quadro hoje: as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, DF, Municípios e suas autarquias) acabaram, em sua esmagadora maioria, adotando regime jurídico estatutário, como sendo o regime jurídico único para contratação de pessoal via concurso público (servidores públicos); têm-se, ainda, as pessoas jurídicas de direito privado da Administração, às quais se aplica o regime jurídico contratual celetista (empregados públicos). Os servidores públicos

⁷⁴ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 390: ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

O TST chama os empregados celetistas da Administração Pública de servidores públicos celetistas, designação com a qual não se concorda, entendendo-se que servidor público é o termo que deve ser utilizado apenas para identificação do estatutário, devendo o agente que adentra aos quadros da Administração em regime celetista ser chamado de empregado público.

⁷⁵ Pode-se citar, aqui, a título exemplificativo o Município de Ponta Grossa, no Paraná, que optou pelo regime jurídico único celetista de contratação de seu funcionalismo público.

detém estabilidade, preenchidos os requisitos do art. 41, da Constituição; os empregados celetistas das empresas estatais não detém estabilidade (Súmula 390, II, do TST).

Pois bem. Sabe-se, ainda, que a Constituição autorizou a nomeação de pessoas, sem concurso público, para ocupar cargos em comissão. Trata-se da previsão contida no art. 37, inciso V, da Constituição: “as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”⁷⁶. Os cargos em comissão são sujeitos à livre nomeação e livre exoneração (art. 37, inciso II, parte final), ou seja, não possuem qualquer estabilidade, além, é claro, das pessoas que os ocupam não terem entrado por concurso público.

Feitas estas colocações, percebe-se que o legislador constituinte, ao estabelecer algumas medidas para redução das despesas com pessoal, determinou que o Administrador Público começasse o corte de gastos com pessoal justamente por aqueles que não entraram por concurso público, passando, posteriormente, a cortar despesas com os que entraram por concurso, mas que não possuem estabilidade (empregados públicos das empresas estatais e servidores estatutários que não passaram pelo estágio probatório), para tão somente depois, em sendo necessário, exonerar servidores estatutários estáveis.

6. AS MEDIDAS DO ART. 169, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO

Transcreve-se a disciplina constitucional:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta,

⁷⁶ Quanto à diferença entre cargo de comissão e função de confiança, pede-se *vênia* para reportar o leitor à obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo), deixando-se de analisar tal distinção neste momento.

inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

Transcreve-se a disciplina legal:

Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:

I - na esfera federal:

a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional no 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar; (Vide Decreto nº 3.917, de 2001)

d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;

II - na esfera estadual:

a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;

b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;

c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;

d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;

III - na esfera municipal:

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

(...)

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4o do art. 169 da Constituição.

Explica-se: ao regulamentar o art. 169, da Constituição, a LC 101/2000, chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, estabeleceu limites máximos de despesas com pessoal, para cada Poder, em cada ente da federação. Tais limites correspondem a um percentual da receita corrente líquida do ente da federação⁷⁷.

⁷⁷ O conceito de receita corrente líquida foi abordado neste capítulo, no item 2.1. Recorda-se que pretende, o legislador, fazer com que o Administrador Público, ao trabalhar a lei orçamentária, atente-se ao fato de que nem toda a receita corrente pode ser destinada a programações de despesas públicas, mas apenas a receita corrente

Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, o administrador público é obrigado a adotar as medidas §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição⁷⁸. Assim, o percentual de 95% é chamado de limite prudencial.

O parágrafo único do artigo 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estabelece o chamado limite prudencial, ou seja, é um limite que corresponde a 95% do limite geral de pessoal estabelecido pela lei.

O limite prudencial visa a evitar que o ente ou poder, estando bem próximo do limite geral, possa alcançá-lo e ultrapassá-lo. Assim, estabelece uma série de impedimentos ao ente ou poder que se encontre nessa situação.

(...)

É importante lembrar que a lei não proíbe o ente, nessas circunstâncias, de promover concurso público, desde que, é claro, existam cargos vagos. No entanto, cumpre lembrar que o ente ao promover o concurso não poderá de imediato nomear os aprovados. Eles ficarão na dependência do retorno do ente ou poder aos percentuais abaixo do limite prudencial⁷⁹.

Figueiredo e Nóbrega explicam que o limite prudencial “é uma espécie de sinal de advertência para quando o ente, Órgão ou Poder estiver muito próximo do limite global. Trata-se de uma regra extremamente importante para evitar que os entes atinjam os limites de despesa de pessoal”⁸⁰. Além das medidas constitucionais de redução de despesas com pessoal, a Lei de Responsabilidade Fiscal

líquida, excluindo-se, aqui (a fim de torná-la líquida), aquela parte de receita que deve ser objeto de transferência, por exemplo, para outro ente da federação. Recordar-se, ainda, que a receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores (art. 2º, § 3º, da LC 101/2000).

⁷⁸ Pertinente observar que o limite de cada ente da federação (União, Estado, DF e Município – art. 19, da LC 101) é dividido por Poder (Executivo, Legislativo e Judiciário – art. 20). Assim, a título exemplificativo, os Municípios não podem gastar com pessoal mais do que 60% da sua receita corrente líquida. O Município possuem, segundo o pacto federativo, dois Poder, quais sejam, o Executivo e o Legislativo (já que não existe Judiciário Municipal). Assim, os referidos 60% são compostos da seguinte forma 54% para o Executivo e 6% para o Legislativo (limite global). Desta forma, o Executivo Municipal, caso gaste com funcionalismo, mais do que 95% de 54%, terá ultrapassado o limite prudencial (que corresponde, portanto, a 51,3%) e, assim sendo, deverá adotar as medidas de redução de despesas com pessoal previstas na Constituição, §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.

⁷⁹ FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral; NÓBREGA, Marcos. **Os municípios e a lei de responsabilidade fiscal: perguntas e respostas**. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2001. p. 49.

⁸⁰ *Ibid.*

impede, ainda, que o Administrador Público incorra em certas condutas que, se praticadas, implicariam em aumento ainda maior de gastos com funcionalismo, tais como concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração, alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa e provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal, conforme art. 22 da LC 101. Observe-se, entretanto, que a Administração não fica proibida de realizar concurso público. Porém, ao promover o concurso não poderá de imediato nomear os aprovados, os quais ficarão na dependência do retorno do ente ou poder aos percentuais abaixo do limite prudencial, conforme ensinamentos de Figueiredo e Nóbrega, antes transcritos.

E o retorno do ente ou poder aos percentuais abaixo do limite prudencial deve ocorrer nos prazos estabelecidos na própria LC 101, a saber: o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro quadrimestre (art. 23).

Para reduzir as despesas com pessoal, o art. 169, medidas §§ 3º e 4º, da Constituição, estabeleceu um passo-a-passo, ou seja, uma ordem de medidas que devem ser adotadas de forma sucessiva: primeiro, redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; segundo, exoneração⁸¹ dos servidores não estáveis; e terceiro, exoneração de servidor estável, mediante ato normativo motivado do respectivo Poder especificando a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

Tais providências correspondem a uma ordem gradativa, ou seja, não é possível que seja adotada a segunda ou a terceira sem que tenha sido aplicada, antes, a primeira delas. Adotando esta linha de raciocínio, o STF manteve acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia, no AI 636486/BA que assim havia decidido:

⁸¹ No que diz respeito à diferença entre exoneração e demissão, citam-se os seguintes ensinamentos: “Demissão é o desligamento do cargo com caráter sancionador. Corresponde a uma expulsão, aplicável nas hipóteses legalmente previstas. Não se confunde com exoneração. Exoneração é o desligamento sem caráter sancionador, e tanto pode ter lugar ‘a pedido’ do servidor quanto ex officio, isto é, por deliberação espontânea da Administração” (MELLO, Op. cit. p. 294)

O Tribunal de origem verificou que não foram atendidos os requisitos previstos no § 3º do artigo 169 da Constituição Federal, consignando o seguinte: “Considere-se que a exoneração de servidores estáveis somente é admitida quando a redução em, pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança, não se mostra suficiente para atingir os limites impostos à Administração Pública no que se refere às suas despesas com pessoal. Entretanto, o Impetrado não demonstrou que promovera a redução, no seu quadro de pessoal, do percentual referido. De igual modo não comprovou o Município/Impetrado, através de elementos que deveriam instruir o processo, a observância do ‘critério geral impessoal’ de maior remuneração, alegadamente adotado na exoneração dos servidores estáveis, dentre o quais se inclui a Impetrante. Constituem, as exigências apontadas, pressupostos cujo cumprimento se faz necessário para que possa a Administração exonerar servidores estáveis. Inobservada, que foi, a determinação legal, não há que se falar em presunção de legalidade e veracidade, se achando, em tais circunstâncias, amparada a pretensão da Impetrante em ser reintegrada no cargo do qual foi exonerada (...)”⁸².

Pertinente ressaltar que em relação à primeira medida, o art. 23, § 1º, da LC 101 autorizou que tal objetivo pudesse ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar liminarmente a ADIN 2.238-5, que possui como objeto a LRF, determinou que tais preceitos fossem suspensos, ante a flagrante afronta à garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos (37, XV, da Constituição). Desse modo, a Administração deve abster-se da prática dos referidos dispositivos⁸³.

No que tange, ainda, à primeira medida, qual seja, exoneração de no mínimo 20% dos cargos em comissão e funções de confiança, entendemos que acaso ultrapassado o limite prudencial, obriga-se o Administrador a adotar esta primeira medida, com a exoneração de no mínimo o referido percentual. Ou seja, mesmo que se constatasse que a redução de despesa em percentual inferior (aos 20% da norma constitucional) já seria suficiente para se atingir percentual inferior ao limite prudencial, ainda assim a redução de

⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 636486 BA, Min. Dias Tofoli, j. 14.02.2011.

⁸³ As suspensões dos citados artigos da LRF em nada comprometem a eficácia da norma constitucional (artigo 169, § 3º) como assim questiona o consulente. A suspensão da eficácia dos dispositivos está intrinsecamente relacionada ao direito, constitucionalmente assegurado, que fixa a irredutibilidade salarial, ou seja, a vedação à redução dos vencimentos percebidos. Neste exato sentido: BRASIL, Tribunal de Contas do Pernambuco. Consulta 0702595-6, Cons. Rel. Fernando Correia.

despesas deveria ser adotada com tal percentual mínimo (20%). É possível que o Administrador reduza as despesas com comissionados e funções de confiança em percentual superior, mas tendo que adotar tal primeira medida, não poderá reduzir tais despesas em percentual inferior.

Contudo, adotada a primeira medida, qual seja, exoneração dos comissionados e ocupantes de função de confiança, em não sendo a mesma suficiente, poder-se-ia passar à segunda medida (exoneração dos não estáveis), sem que fosse necessário exonerar os demais comissionados ou as demais funções de confiança não atendidas pela primeira.

O legislador constituinte foi coerente ao ordenar como primeira medida a redução de despesas com cargos comissionados e funções de confiança (ocupados por pessoas definidas por critérios, em regra, políticos), o que parece lógico, pois são cortadas despesas com aqueles que não entraram nos quadros da Administração Pública por concurso (comissionados) ou que ocupam funções de confiança, dadas a livre juízo da autoridade nomeante. Privilegia-se, em contrapartida, em um primeiro momento, os que se submeteram a concurso. Porém, só em um primeiro momento; o legislador constituinte bem sabe que é inviável a gestão da coisa pública sem a troca de favores típica do jogo político, de modo que seria inviável exigir-se a redução por completo de todas as despesas com cargos em comissão e função de confiança, para tão somente depois exonerar-se outros não estáveis e, então, chegar-se aos estáveis. Isso porque o Administrador necessita dos cargos em comissão, principalmente, como moeda de troca no jogo político. Daí a possibilidade de se passar à segunda medida, bastando para tanto a redução de no mínimo 20% das despesas com referidos comissionados e ocupantes de função de confiança.

Recorda-se que estariam enquadrados no conceito de não estáveis os servidores públicos estatutários ainda não aprovados em estágio probatório, os empregados públicos⁸⁴ de regime celetista de

⁸⁴ No que tange às empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), deve-se fazer uma diferenciação entre empresa estatal dependente e empresa estatal não dependente. “A diferenciação torna-se importante porque a empresa estatal dependente se submeterá integralmente aos ditames da lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Além disso, a sua receita será incorporada à RCL [receita corrente líquida] do ente controlador, bem como as suas despesas de pessoal” (FIGUEIREDO, Op. cit. p. 52). Ou seja, se há repasse do ente da Administração Direta para a empresa estatal,

pessoas jurídicas de direito privado da Administração, os contratados temporariamente em processo seletivo simplificado⁸⁵, além, é claro, de outros servidores comissionados, não atingidos pela primeira medida que podem, sim, ser atingidos pela segunda, já que os ocupantes de cargos de comissão e as funções de confiança também não detêm estabilidade.

Finalmente, acaso as medidas primeira e segunda não surtam o desejado efeito de reduzir as despesas com pessoal para percentual inferior ao limite prudencial, então poderão ser exonerados os servidores estáveis. Tal possibilidade implicou em inegável relativização (enfraquecimento) da estabilidade dos servidores públicos efetivos, fruto da Reforma Administrativa.

Interessante questão diz respeito à necessidade ou não de processo administrativo, com garantia de contraditório e ampla defesa para adoção das medidas do art. 169, da Constituição. Segundo Costa, o processo administrativo seria sempre necessário, observando-se o contraditório e ampla defesa:

Ressalta-se, ainda, neste contexto, a existência de outra hipótese de exoneração de servidores não estáveis, titulares de cargo efetivo, qual seja, a prevista no art. 169, §§ 3º e 4º da Constituição Federal. Esta exoneração é cabível quando restarem insubsistentes a adoção das providências administrativas para adequar as despesas de pessoal aos limites fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal. (...)

Faz-se necessário esclarecer, aliás, que nas hipóteses de incidência de exoneração ex officio e nos casos de demissão, é imprescindível a realização de processo administrativo, assegurando ao servidor o direito a ampla defesa. Como é sabido, o direito a ampla defesa representa garantia constitucional que em hipótese alguma pode ser relegada pela Administração Pública, devendo ser compulsoriamente observada e respeitada, nos termos do art. 5º, inciso LV, da Lei Maior⁸⁶.

haverá cômputo conjunto da receita desta na concepção de receita corrente líquida e as despesas desta com pessoal serão consideradas para fins de verificação da eventual extrapolação do limite prudencial. Neste caso, os empregados da empresa estatal são abrangidos pelas medidas do art. 169, CF, especificamente pela segunda medida, pois, como visto, os empregados celetistas das empresas estatais não detêm estabilidade (Súmula 390, II, do TST).

⁸⁵ Na forma do inciso IX, do art. 37, da Constituição, o qual prevê: a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

⁸⁶ COSTA, Ana Paula Machado da. Contratações, nomeações e demissões: procedimentos em início de mandato. *In* **Início de Mandato: orientação aos gestores**

Ousa-se discordar, apesar da argumentação acima. Os ocupantes de cargos de comissão são exoneráveis *ad nutum*. Os cargos em comissão e as funções de confiança são outorgadas mediante juízo discricionário da autoridade administrativa. Sua nomeação e exoneração constitui mérito administrativo, sendo tais atos de livre prática pelo administrador público, dispensado qualquer processo administrativo para tanto. Portanto, adoção da primeira medida (redução de pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança), acaso implique necessidade de exoneração dos ocupantes de tais cargos/funções (o que invariavelmente implicará), não requer abertura de processo administrativo, tampouco garantia de contraditório e ampla defesa, pois tais já eram passíveis de exoneração mesmo antes de ultrapassado o limite prudencial.

Situação diversa, entretanto, ocorrerá em relação aos servidores concursados, não estáveis e aos estáveis. Em relação aos não estáveis, entende-se que justamente por não possuírem estabilidade, não se exigiria, aqui, processo administrativo com cognição exauriente, bastando procedimento simplificado, em que se possa demonstrar ao interessado os motivos da exoneração (quais sejam, a extrapolação do limite de gastos previsto no art. 169, da Constituição e art. 19, da LC 101), bem como que já fora superada a primeira medida (art. 169, § 3º, inciso I). Isso porque, em que pese não tenha estabilidade, a decisão que impuser a exoneração deverá ser fundamentada. E para tanto necessário que se comprove, com um mínimo de contraditório, a existência de motivo. Aliás, trata-se de posicionamento consolidado no âmbito da jurisprudência do E. STF, firmado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 589998, pelo Pleno da Corte, que decidiu ser obrigatória a motivação para a dispensa de empregados de empresas estatais e sociedades de economia mista, tanto da União quanto dos Estados, Municípios e do Distrito Federal⁸⁷. Ora, se é necessário ato motivado para os empregados públicos não detentores de estabilidade, igualmente o

municipais. SILVA, Eloia Rosa da (coord). Florianópolis: Publicação do Tribunal de Contas de Santa Catarina, 2008. p. 20.

⁸⁷ Como se sabe, tais empregados, de empresas estatais não possuem estabilidade do art. 41, CF (Súmula 390, TST), porém, o ato requer motivação, como entendeu o STF.

será para os demais concursados ou aprovados em processo seletivo simplificado, em nosso entender⁸⁸.

Nesta linha de raciocínio, pertinente citar relevante decisão do Tribunal de Justiça do Sergipe sobre a matéria:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO ANULATÓRIA - SERVIDOR PÚBLICO NÃO ESTÁVEL - EXONERAÇÃO - DESPESA COM PESSOAL - LIMITE PREVISTO NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - ADEQUAÇÃO - ART. 169, §3º DA CF - ORDEM GRADATIVA DAS PROVIDÊNCIAS A SEREM TOMADAS - NÃO DEMONSTRAÇÃO - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - CONTRADITÓRIO É AMPLA DEFESA - NÃO OBSERVÂNCIA - NULIDADE DO ATO. I - A Constituição Federal, em seu art. 169, §3º, previu critérios para a adequação da folha de pagamento à limitação de gastos com despesas de pessoal, sempre que o ente da Federação superar os limites estabelecidos na lei de responsabilidade fiscal; II - Entretanto, tais critérios devem ser aplicados de forma sucessiva, impondo-se de início a redução de pelo menos 20% das despesas com cargo em comissão, para só então proceder-se à exoneração dos servidores não estáveis, com a prévia instauração de procedimento administrativo em que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa; III - In casu, não restou demonstrada a observância da ordem gradativa das medidas a serem adotadas, sucessivamente, para a adequação de gastos e, tão pouco, a realização do competente procedimento administrativo com as suas garantias constitucionais para a exoneração do servidor, razão pela qual há de ser invalidado o ato impugnado, com a consequente reintegração do apelado ao cargo anteriormente ocupado; IV - Recurso conhecido e desprovido⁸⁹.

Na fundamentação do acórdão, o TJSE recorda o teor da Súmula 21 do STF: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

Segundo a Constituição, o servidor que perder o cargo por aplicação da terceira medida fará *jus* a indenização correspondente a

⁸⁸ Para reforçar tal raciocínio poder-se-ia invocar, ainda, a Lei 9.784/99 que trata do processo administrativo em âmbito federal, lei esta que, como se sabe, aplica-se subsidiariamente ao âmbito administrativo de outros entes da federação como uma espécie de teoria geral do processo administrativo e do ato administrativo. Seu artigo 50, incisos I, prevê que o ato que restrinja direito requer motivação. Tal virá, até pelo contexto da lei, em um processo administrativo.

⁸⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Sergipe. Apelação Cível 2434/2007, processo 2007207230, Rel. Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho, j. 19.03.2009.

um mês de remuneração por ano de serviço. Além disso, o cargo objeto da redução será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos. O legislador constituinte relegou a disciplina do procedimento de exoneração do servidor estável ao âmbito infraconstitucional, pelo que se entende que cada ente da federação deverá dispor, por lei, dos critérios objetivos (a fim de se cumprir o princípio da impessoalidade) que definirão, dentre os servidores, quais serão os abrangidos pelas medidas.

7. CONCLUSÃO

A Reforma Administrativa consistiu-se em uma séria de medidas voltadas a aplicar, à Administração Pública brasileira, uma concepção de Estado Gerencial. Só foi possível aprovar as novas instituições depois de um debate nacional no qual a cultura burocrática até então dominante foi submetida a uma crítica sistemática, ao mesmo tempo em que as novas instituições eram defendidas, particularmente a quebra da estabilidade total de que gozavam os servidores na Constituição de 1988.

Hoje, adquirida estabilidade, a perda do cargo poderá ocorrer não apenas em virtude de sentença judicial ou decorrente de processo administrativo, mas também em virtude de baixa produtividade verificada em procedimento de avaliação periódica de desempenho (art. 41, inciso III, da Constituição da República). Mas até aqui, tem-se casos em que o servidor dá causa a perda do cargo (sendo punido em uma das três hipóteses dos incisos do § 1º, do art. 41, da Constituição, acrescidas pela EC 19).

Entretanto, a EC 19 também criou uma outra hipótese de perda constitucional do cargo pelo servidor estável, sem “justa causa”, ou seja, sem que ele tenha dado motivo; justifica-se, tal perda, na necessidade de se reduzir gastos públicos.

Contratados mediante concurso público (art. 37, inciso II, da Constituição) os servidores públicos deveriam ser regidos por apenas um único regime: ou estatutário ou celetista. A esmagadora maioria dos entes da federação optou pelo regime jurídico estatutário. Foi o que fez, por exemplo, a União por meio da Lei 8.112/90, que disciplina os direitos e deveres (regime jurídico) dos servidores públicos federais. Ressalte-se que esse regime jurídico único se

aplica às pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública, ou seja, se aplica à Administração Pública Direta (União, Estados, DF, Municípios) e, na Administração Pública Indireta, às suas autarquias (e fundações públicas, quando estas fossem constituídas como pessoas jurídicas de direito público), sendo que na Administração Indireta, as empresas públicas e sociedades de economia mista, por serem pessoas jurídicas de direito privado, devem contratar (e aqui não é o caso de opção) pelo regime celetista⁹⁰. Isso porque, às empresas estatais (gênero do qual as empresas públicas e sociedades de economia mista são espécies) aplica-se o mesmo regime contratual das empresas privadas, em virtude do que prevê o art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição (ou seja, o regime celetista, que rege os empregados das empresas da iniciativa privada). As fundações públicas, se constituídas como pessoas jurídicas de direito privado contratam, por regime celetista, também.

Ocorre, entretanto, que a EC 19 altera o art. 39 da Constituição, permitindo, a partir de 1998 (ano da EC) que as pessoas jurídicas de direito público pudessem contratar também por regime celetista. A Administração Direta e autárquica (pessoas jurídicas de direito público) eram, até então, obrigadas a contratar pelo regime estatutário (regime adotado pela maioria dos entes da federação a partir da Constituição 1988). Ocorre que o regime estatutário garante estabilidade aos servidores públicos, após 3 anos de estágio probatório e aprovação em avaliação interna de desempenho (art. 41 e § 4º da Constituição). Adquiria estabilidade, a Administração tem aí um obstáculo que a impede de (exceto nas hipóteses do § 1º, do art. 41) exonerar o servidor. O que faz então a EC 19? Altera o *caput* do art. 39, da Constituição, acabando com o regime jurídico único, sendo possível, a partir de então, a contratação de celetistas para as pessoas jurídicas de direito público. Qual a lógica adotada pelo legislador constituinte reformador? Assim como

⁹⁰ O regime de contratação das empresas estatais é, obrigatoriamente, o regime celetista, estando elas obrigadas a contratar por concurso público. Distingue-se, portanto, o servidor público, ocupante de cargo público (nas pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública) e detentor de estabilidade, do empregado público, ocupante de emprego público (nas pessoas jurídicas de direito privado da Administração Pública), não-detentor de estabilidade. Em relação às fundações públicas, ora constituídas como pessoas jurídicas de direito público, ora como de direito privado, pede-se *vénia* para reportar o leitor à obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo).

os celetistas da iniciativa privada, os celetistas empregados públicos não detêm estabilidade, de modo que em sendo necessário exonerá-los, o Administrador Público poderia fazê-lo sem maiores obstáculos. Trata-se de alteração inserida na concepção de redução de despesas públicas, inerente à Reforma Administrativa.

Contudo, o STF em 2007 suspende liminarmente a alteração que a EC 19 promoveu no *caput* do art. 39 da Constituição, isso ao julgar pedido cautelar na ADI 2135-4 e, assim, restabelece o regime jurídico único.

Antes, entretanto, do julgamento do STF, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou Súmula disciplinando a matéria. Trata-se da Súmula 390 do TST em vigor até hoje e que deixa claro que os servidores das pessoas jurídicas de direito público detêm estabilidade, sendo que os empregados das empresas estatais (sociedade de economia mista e empresa pública) não a possuem. Na referida súmula, o TST refere-se à estabilidade que possuem os celetistas da Administração Pública autárquica e fundacional, abrangendo, assim, aqueles entes da federação que, ao cumprirem o preceito constitucional que impunha a adoção de um regime jurídico único, escolheram o regime celetista; segundo o TST, mesmo estes poucos entes da federação, são obrigados a garantirem estabilidade aos seus celetistas. Abrange, também, aqueles entes da federação que contrataram em regime celetista entre 1998 (ano da EC 19 que acabou com o regime jurídico único) e 2008 (ano de publicação da cautelar deferida em 2007, na ADI 2135, pelo STF).

Em resumo, tem-se o seguinte quadro hoje: as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, DF, Municípios e suas autarquias) acabaram, em sua esmagadora maioria, adotando regime jurídico estatutário, como sendo o regime jurídico único para contratação de pessoal via concurso público (servidores públicos); têm-se, ainda, as pessoas jurídicas de direito privado da Administração, às quais se aplica o regime jurídico contratual celetista (empregados públicos). Os servidores públicos detêm estabilidade, preenchidos os requisitos do art. 41, da Constituição; os empregados celetistas das empresas estatais não detêm estabilidade (Súmula 390, II, do TST).

Para reduzir as despesas com pessoal, o art. 169, medidas §§ 3º e 4º, da Constituição, estabeleceu um passo-a-passo, ou seja, uma ordem de medidas que devem ser adotadas de forma sucessiva:

primeiro, redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; segundo, exoneração⁹¹ dos servidores não estáveis; e terceiro, exoneração de servidor estável, mediante ato normativo motivado do respectivo Poder especificando a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal. Conclui-se que, com intuito de identificar quem são os estáveis e os não-estáveis, a serem exonerados, na adoção das medidas de redução, imperativo que se atenha à redação da Súmula 390 do TST, ponderando-se não necessariamente quanto ao regime de contratação do agente público, mas em especial com a natureza da pessoa jurídica da Administração Pública da qual faz parte (se de direito publicou ou privado). Tais providências correspondem a uma ordem gradativa, ou seja, não é possível que seja adotada a segunda ou a terceira sem que tenha sido aplicada, antes, a primeira delas.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ANDRADE, Luiz Gustavo de. A fase de liquidação das despesas públicas na fiscalização dos contratos administrativos. **Revista de Contratos Públicos**, v. 4. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 91-110.

ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela processual de direitos metaindividuais trabalhistas**: fundamentos constitucionais e reflexos na atividade empresarial. Curitiba: Juruá, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 2135 MC, Rel. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 02.08.2007, DJ 07.03.2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AI 636486 BA, Min. Dias Tofoli, j. 14.02.2011

⁹¹ No que diz respeito à diferença entre exoneração e demissão, citam-se os seguintes ensinamentos: “Demissão é o desligamento do cargo com caráter sancionador. Corresponde a uma expulsão, aplicável nas hipóteses legalmente previstas. Não se confunde com exoneração. Exoneração é o desligamento sem caráter sancionador, e tanto pode ter lugar ‘a pedido’ do servidor quanto ex officio, isto é, por deliberação espontânea da Administração” (MELLO, Op. cit. p. 294)

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 220906 DF , Relator Min. Maurício Corrêa, j. 16.11.2000.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal, RE 599.628/DF, Rel para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 25.05.2011
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 382.380-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24-8-2010.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 169.575-7, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 06.12.1994.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 470407/DF, Relator Marco Aurélio, j. 09.05.2006.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 543.132/RS, Relator para o acórdão Min. Cármen Lúcia, j. 30.10.2014.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 82.456, j. 07.06.1979 *In* RTJSTF 95/651.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIs 4.357 e 4.435, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.03.2013.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 543.456-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.11.2007.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 459.506-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. 12.06.2007.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 885.454/DF, Min. Castro Meira, j. 28.02.2007.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 759.892/RJ, Min. Teoria Zavascki, j. 03.12.2009.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 311.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RMS 30278 / RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24.11.2009
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RMS 32592/PB, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26.05.2011.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RMS 44836/MG, Rel. Min. Humberto Martins, j. 20.02.2014.
- BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 390.
- BRASIL, Tribunal de Contas do Pernambuco. Consulta 0702595-6, Cons. Rel. Fernando Correia.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Ap Crim 50234495020104047000 PR 5023449-50.2010.404.7000, Relator Des. Fed. José Paulo Baltazar Junior, j. 17.12.2013.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Agravo 90876 AL 0071932-91.2008.4.05.0000, Relator Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, j. 05.03.2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI 70049021462 RS, Relator Des. Leila Vani Pandolfo Machado, j. 23.05.2012

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado Patrimonial ao Gerencial. In PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (orgs.), **Brasil: Um Século de Transformações**. São Paulo: Cia. Das Letras, 2001

CAMPOS, Djalma. **Direito Financeiro e Orçamentário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2005

CARDONA, Alejandro Ramírez. **Sistema de Hacienda Publica**. Bogotá: Themis, 1970.

COSTA, Ana Paula Machado da. Contratações, nomeações e demissões: procedimentos em início de mandato. In **Início de Mandato: orientação aos gestores municipais**. SILVA, Eloia Rosa da (coord). Florianópolis: Publicação do Tribunal de Contas de Santa Catarina, 2008.

DEODATO, Alberto. **Manual de ciência das finanças**. São Paulo: Saraiva, 1969.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral; NÓBREGA, Marcos. **Os municípios e a lei de responsabilidade fiscal: perguntas e respostas**. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2001.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO JÚNIOR, José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa, **A Lei 4.320 comentada**. 31 ed. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal - Ibam, 2003.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. O regime jurídico dos empregados públicos que assumem cargos e funções de direção nas empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo FGV**. Vol. 251. Rio de Janeiro: Editora Direito Rio, maio/agosto de 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 3 ed. São Paulo: RT, 2004.

MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. A penhora no processo civil brasileiro. **Revista Eletrônica Datadez**, jan-fev/2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5 ed. São Paulo: RT, 2014.

OLIVEIRA, Giulia Alessandra de Carli de; ANDRADE, Luiz Gustavo de. A bússola do Brasil: orçamento público. *In*: José Mario Tafuri e Sandro Mansur Gibran. (Org.). Unicuritiba pesquisando direito: **Sustentabilidade social, econômica e ambiental em favor dos Direitos Humanos**. 2 ed. Curitiba: Clássica, 2013.

ROCHA, Ibraim José das Mercês. Penhora de bens públicos na execução de débitos judiciais de pequeno valor? Publicada no **Jornal Síntese** n. 52 - junho/2001.

SENHORAS, Elói Martins. Um balanço após dez anos da Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista IOB de Direito Administrativo**, v. 5, n. 56. São Paulo: IOB Thompson, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Marcelo Piancastelli (org.) **Reforma do Estado, responsabilidade fiscal e metas de inflação**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A execução contra a Fazenda Pública e os crônicos problemas do Precatório. *In* VAZ, Orlando (coord). **Precatórios: Problemas e Soluções**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VIOLIN, Tarso Cabral. Uma análise crítica do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias com a administração pública. Publicada na **Revista Eletrônica Juris Síntese** nº 90 - jul/ago de 2011.

ZAPPELLINI, Gabriela Schmidt. **O processo de accountability como instrumento de participação no sistema democrático brasileiro**. Curitiba: Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba. Monografia ainda não publicada, 2013.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO POR INTERMÉDIO DOS CONVÊNIOS

LUCIANO ELIAS REIS⁹²

O enaltecimento à atividade administrativa de fomento tem aparecido como um dos aspectos mais comentados da reforma estatal das últimas décadas. Sobre o assunto, Diogo Figueiredo Moreira Neto qualifica que se trata de um “direcionamento não coercitivo do Estado à sociedade, em estímulo das atividades privadas de interesse público. É uma atividade que se sistematiza e ganha consistência acoplada ao planejamento dispositivo.”⁹³

Por esta relevância, o autor infere que é “inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”⁹⁴ Na mesma diretriz, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conduz que diversas alterações têm se destacado em razão do Estado Subsidiário, dentre estas o crescimento de técnicas de fomento e o debate sobre o dever do Estado em fomentar, mais precisamente

⁹² Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela PUC-PR, Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA, Sócio do escritório Reis e Lippmann Advogados Associados, Autor dos livros “Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado” e “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência”, luciano@rcl.adv.br

⁹³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45.

⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45.

ajudando, estimulando, criando condições a fim de que os vários grupos de interesses busquem os seus próprios objetivos conciliados com o interesse público. Por tais razões, a autora descreve que com tais modificações:

objetiva-se a “reforme do Estado”, com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: de um lado, visto do lado do cidadão, quer-se restaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência; isso leva às idéias de privatização, fomento, parceria com o setor privado; visto do lado do Estado, quer-se alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos, o que leva à idéia de desburocratização. Na realidade, poder-se-ia falar apenas em ‘privatização’ em sentido amplo, na qual se inserem todos esses objetivos.⁹⁵

Carlos Ari Sundfeld sustenta a necessidade de reconstrução da teoria da ação administrativa, a qual perpassa por três grandes setores, quais sejam: a administração de gestão, a administração fomentadora e a administração ordenadora. Desse modo, advoga explicitamente favorável à administração fomentadora como impreterível para uma nova concepção e análise da teoria da ação administrativa, sendo que ela deverá ser compreendida como “a função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos.”⁹⁶

Ao seu lado, José Roberto Pimenta Oliveira explana que para o cumprimento dos objetivos constitucionais inerentes à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pela Constituição, não há como a função administrativa restringir-se, na atualidade, ao campo ordenador e sancionatório. Via de consequência, o autor descreve que:

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 39.

⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16. Em sentido análogo, Célia Cunha conceitua a administração fomentadora “como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despedido do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.” (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38). Nos mesmos termos, vide GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 647.

Postulou-se da Administração uma crescente e cada vez mais complexa intervenção estatal no domínio social e econômico, formalizada, pela ordem jurídica, com a positivação de dever de prestar serviços públicos nos diversos campos em que o interesse da coletividade mandava uma presença ativa da atividade administrativa, considerados como atividades materiais vinculadas à existência da própria sociedade, passíveis de fruição direta pelos administrados, fornecidos pela Administração, sob regime de direito público.⁹⁷

Consoante se verifica o crescimento do fomento para a atuação das atividades administrativas e para a satisfação das necessidades coletivas, é indispensável que se possa delinear uma noção de atividade administrativa de fomento.

Um dos principais autores e referência acerca do tema, Silvio Luis Ferreira da Rocha circunscreve-a como uma atividade teleológica, pautando-se pela finalidade a ser perseguida – satisfação das necessidades coletivas. Quanto à definição, o autor define a atividade de fomento de maneira descritiva e excludente, a partir da exposição de que a Administração poderá alcançar a satisfação das necessidades coletivas a partir de sua atuação de modo direto e imediato ou de modo indireto e mediato quando as atividades são prestadas pelos particulares, as quais foram incentivadas pela Administração, e servem para alcançar as necessidades coletivas.⁹⁸

Fernando Garrido Falla descreve a atividade de fomento como *“aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen.”*⁹⁹ Ecoando a mesma finalidade, porém pontuando que poderá alcançar os estabelecimentos particulares, Roberto Dromi define o fomento administrativo como uma *“acción dirigida a proteger o promover las actividades y establecimientos de los particulares, que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general.”* O autor argentino posiciona-se ainda que a ideia

⁹⁷ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 514-515.

⁹⁸ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

⁹⁹ FALLA, Fernando Garrido. Apud ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.

predominante do fomento é que versa sobre uma atividade persuasiva ou de estímulo, sendo que a sua finalidade será obtida com o convencimento para que se faça algo ou se omita.¹⁰⁰

De forma um pouco diferente, no mínimo quanto ao modo para a descrição, Manuel Maria Diez aponta que a atividade de fomento pode ser estudada partindo de uma ideia negativa ou positiva. Pelo lado negativo, a Administração mediante o fomento persegue fins públicos sem o emprego de coação e sem a realização de prestações. Já pelo positivo, o fomento é considerado como ação administrativa encaminhada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares ou de outros entes públicos que satisfaçam necessidades públicas ou visem utilidade geral.¹⁰¹ Revela-se interessante esta divisão, apesar que não se visualiza óbice para a junção de tais ideias negativa e positiva para uma noção única, bem como diferenças substanciais com as demais noções apresentadas.

Postas estas noções sobre a atividade de fomento, fica incontroverso pelas definições alinhavadas que a sua finalidade sempre será o interesse geral, o legítimo interesse público primário. Silvio Luis Ferreira da Rocha qualifica o fomento legítimo e justificado como “aquele que visa a promover ou a estimular atividades que tendem a favorecer o bem estar geral.”¹⁰² Por esta razão, Dromi aponta que o objeto pode recair tanto em atividades de particulares como de entidades públicas, mas “*el fin del fomento es la satisfacción indirecta de necesidades públicas.*”¹⁰³ Convém registrar a ideia de José Pimenta de Oliveira, a qual defende acertadamente que o

¹⁰⁰ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1027.

¹⁰¹ “*Se puede estudiar la actividad de fomento partiendo de una idea negativa y de una idea positiva. Si se parte de la idea negativa, mediante el fomento, la administración persigue fines públicos, sin el empleo de la coacción y sin la realización de prestaciones. En cuanto a la idea positiva, el fomento debe ser considerado como la acción administrativa encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas de los particulares u otros entes públicos que satisfagan necesidades públicas o se estimen de utilidad general.*” (DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 231).

¹⁰² ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31.

¹⁰³ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1027.

interesse público primário é a mola propulsora do fomento, sendo que o excesso às custas de recursos públicos escoa a sua validade.¹⁰⁴

Segundo Silvio Luis Ferreira da Rocha, a atividade administrativa possui algumas características, como: (i) é uma atividade administrativa que visa à satisfação das necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado; (ii) não procura alcançar imediata e diretamente tais fins, e sim objetiva que estes sejam alcançados pelas atividades dos particulares mediante a proteção e a promoção dessas atividades, excluída qualquer forma de intervenção coativa; (iii) a determinação concreta das atividades particulares a serem fomentadas caracteriza-se como uma questão política de conveniência e política, escapando ao campo estritamente jurídico e; (iv) a participação é voluntária, ou seja, depende da vontade dos particulares.¹⁰⁵

Quanto à inexistência de compulsoriedade, José Pimenta alerta a imperiosidade de um marco normativo diferenciado como condição, mas não suficiente, “para implementação do fomento e consecução do fim estatal isto porque, sem nota de compulsoriedade, a relação de fomento depende, em derradeira instância, do consentimento e engajamento dos particulares na busca das finalidades pretendidas, nos moldes legais.”¹⁰⁶ Já Célia Cunha Mello utiliza o aspecto voluntário para justificar a diferença entre a atividade de fomento e a tradicional atividade de polícia.¹⁰⁷ Na mesma esteira, Rita Tourinho recorda que “através do fomento a Administração persegue os fins públicos, com a colaboração da iniciativa privada,

¹⁰⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 527

¹⁰⁵ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26. Célia Cunha Mello define a atividade de fomento pela existência de quatro caracteres fundamentais, quais sejam: exercício de função administrativa; proteção e/ou promoção de seu objeto; ausência de compulsoriedade e; satisfação indireta das necessidades públicas. Compete destacar que a satisfação é indireta das necessidades públicas em razão de não ser realizada diretamente pela Administração fomentadora, e sim pelo agente fomentado. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 26-27, 31).

¹⁰⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 516.

¹⁰⁷ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29. Sobre as diferenças entre atividade de fomento e serviço público, atividade de fomento e poder de polícia, vide MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38-58.

sem emprego da coação, satisfazendo indiretamente interesses públicos.”¹⁰⁸

Como dito por Gustavo Justino de Oliveira, vale destacar que a transferência de recursos públicos a entidades privadas também pode ser uma das possíveis técnicas de fomento, até porque se presta a dois fins: “a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade.”¹⁰⁹

Em razão das diversas espécies e meios que uma atividade administrativa de fomento poderá incidir, há uma classificação no campo doutrinário. Para demonstrar a referida, alvitra-se da posição de Roberto Dromi que segmenta os meios (ou espécies)¹¹⁰ de fomento em positivos e negativos, segundo o critério da forma de atuação sobre a vontade do particular. Os primeiros concretizam-se pela outorga de prestações, bens ou vantagens; já os segundos constituem-se em obstáculos ou cargas impostas para dificultar, por meios indiretos, as atividades contrárias às quais se pretende fomentar. Além disso, divide-se também o fomento em quatro meios, de acordo com as vantagens outorgadas aos particulares: meios honoríficos, quando se consegue uma atuação particular de interesse público mediante o incentivo de títulos, condecorações, menções especiais, etc.; meios psicológicos, quando o Estado por intermédio dos órgãos oficiais desenvolve propaganda de fomento a uma determinada atividade e em razão desta há a realização voluntária das atividades pretendidas; meios jurídicos, quando há a outorga de uma condição privilegiada a determinadas pessoas que indiretamente cria diversas vantagens econômicas e de segurança; meios econômicos, quando há a subvenção a terceiros, mais precisamente

¹⁰⁸ TOURINHO, Rita. **Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas**. In: MODESTO, Paulo (Coord.) Nova organização administrativa brasileira. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 321-340, p. 325.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 213-259, p. 226.

¹¹⁰ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34-38.

com vantagens econômicas que podem ser reais (aproveitamento, uso ou disposição de um bem público por um particular) ou financeiras (auxílios diretos e indiretos, como subvenção direta, isenção fiscal, proteção aduaneira, etc.).¹¹¹

Silvio Luis Ferreira da Rocha descreve uma classificação sem o fomento psicológico e critica o aspecto de classificar em tais modos suscitados, visto que, segundo o autor, todos os fomentos são jurídicos, visto que estão calcados em normas jurídicas. Sob este espectro, o autor descreve que a referida classificação “não é correta, pois se a atribuição das vantagens honoríficas e econômicas está prevista em normas, essa espécie de fomento não deixa de ser jurídica.”¹¹²

Quanto à exteriorização da atividade de fomento no Direito Brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca como uma modalidade de intervenção estatal na ordem econômica, caracterizada pelos incentivos fiscais e financiamentos, e na ordem social por meio do fomento da prestação de serviços públicos de natureza social e mediante trespasse de recursos a particulares a serem aplicados em fins sociais.¹¹³ Desta feita, verifica-se o grande espectro de atividades e serviços que poderão ser fomentados, já que estão arraigadas na ordem social e na ordem econômica.

Somado a isso, Carlos Ari Sunfeld expõe que os atos da administração fomentadora não se cingem “a conferir aos particulares possibilidades de autuações que estes já não tenham” e sim “consiste em prestações produzidas pela Administração – sejam positivas (ajuda financeira a cientistas, créditos subsidiados a empresas estratégicas) ou negativas (isenção de impostos) – para tornar mais fáceis ou eficazes atividades que, não obstante, os indivíduos são livres para explorar.”¹¹⁴ Ademais, insta lembrar também “a atividade de fomento não pode mais ser compreendida como benevolência do

¹¹¹ DROMI, Roberto. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 1027-1028. No mesmo sentido, vide: GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 649-650; DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 233-234.

¹¹² ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 799-803.

¹¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

Estado, deixando de ser considerada mera liberalidade, favor ou graça, para apresentar-se como poderosos mecanismo de apoio, promoção e auxílio das iniciativas socialmente significantes, voltada ao desenvolvimento socioeconômico.¹¹⁵

Nesta linha, em razão da escassez de recursos públicos e da própria (re)discussão do tamanho do aparelho estatal, o fortalecimento da atividade administrativa de fomento aparece como uma excelente alternativa para a melhor prestação de certos serviços e atividades públicas visando à efetivação e satisfação da sociedade como um todo. Inclusive, revela-se imbuída a atividade administrativa de fomento já em novas atuações dos representantes brasileiros, consoante se desprende da legislação, Lei nº 12.349/2010, que alterou a Lei nº 8.666/1993 e trouxe uma série de dispositivos de fomento ao incremento tecnológico no Brasil.¹¹⁶

Portanto, em tempos de mudanças e crescimento econômico, não se pode deixar de aprofundar os estudos e debates sobre a atividade administrativa de fomento, até para servir de justificativa para inovações e melhorias na vida dos cidadãos brasileiros. Como visto, o fomento não tem um caráter puramente econômico e nem visa somente incentivar atividades em que a iniciativa privada está carente, como defende Manuel Maria Diez, isto porque a atividade administrativa de fomento é mais ampla que o mero caráter econômico, alcançando em diversos objetos um caráter essencialmente social, isso sem falar que não necessariamente serve o precípua de ajudar e incentivar somente atividades “carentes” na iniciativa privada.¹¹⁷

¹¹⁵ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 36.

¹¹⁶ Vide artigo publicado nos Anais do Seminário Ítalo-Brasileiro (REIS, Luciano Elias. **Inovações legislativas nas contratações administrativas para a implementação da responsabilidade socioambiental por intermédio do fomento da pesquisa científica e tecnológica**. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder, REIS, Luciano Elias. (Organizadores). Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001, Curitiba, p. 115-146). De maneira verticalizada sobre o impacto da dita lei às licitações públicas no Brasil, recomenda-se: FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012

¹¹⁷ DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 232.

Vale apontar que a atividade fomentadora é uma das modalidades de interferência¹¹⁸ ou intervenção da Administração Pública no campo privado. Nesta toada, Carlos Ari Sundfeld qualifica que a interferência da Administração Pública no campo privado poderá ocorrer por três modalidades diversas: a) por intermédio de estímulos à iniciativa privada para induzi-la numa determinada direção; b) quando assume atividades particulares, passando a atuar em substituição a eles e; c) pela ordenação dos seus comportamentos via comandos cogentes advindos do poder de autoridade.¹¹⁹

Abre-se parêntese que não se pode furtrar de conhecer que as atividades administrativas de fomento podem gerar um rechaço ou receio de alguns em razão da interferência e intervenção do Estado na atuação de terceiros, a qual poderia culminar em algum desrespeito aos direitos individuais, os quais foram tão duramente conquistados pelo Estado de Direito.¹²⁰ Entretanto este temor não pode gerar a inaplicabilidade ou o apagamento de um insumo tão importante para a atividade econômica, para a atuação estatal e para a satisfação e efetivação de interesses e necessidades da coletividade. Por conseguinte, refutando qualquer possível receio, deve-se preferir a cautela e responsabilidade na atuação estatal fomentadora a simplesmente repeli-la. O mesmo raciocínio de muito zelo deve prevalecer em razão da corrupção suscetível na transferência de atividades públicas para o setor privado, pois como destaca André Borges “a passagem de atividades públicas para o setor privado, em vez de reduzir as oportunidades de corrupção, acaba por criar novas ‘rendas’ passíveis de serem caçadas.”¹²¹

¹¹⁸ “Qualquer ação estatal que repercute na sociedade, criando, modificando ou extinguindo direitos e situações, pode ser concebida como uma forma de interferência do Estado.” Nesse compasso, a autora defende que interferência estatal é gênero, compreendendo as espécies interferência em sentido estrito, cuja área de incidência é a vida privada, e intervenção, cuja área de incidência é a ordem econômica. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 01-02).

¹¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

¹²⁰ Sobre a luta pelo Estado de Direito, vide: VERDU, Pablo. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129-154.

¹²¹ BORGES, André. Ética, Burocrática, Mercado e Ideologia Administrativa: Contradições da Resposta Conservadora à “Crise de Carácter” do Estado. **Revista de Ciências Sociais**, vol. 42, n. 1, Rio de Janeiro, 2000.

Outro aspecto importante a ser destacado, refere-se ao uso distorcido do fomento pela Administração Pública para se esquivar das suas missões legais. Para mitigar qualquer pensamento errôneo, José Roberto Pimenta Oliveira, com propriedade, comenta que “o fomento constitucional legítimo é norteado pelo princípio da subsidiariedade, não autorizando mera e desvirtuada substituição do aparelho administrativo, por figurino jurídico privatístico, mantida a significativa participação de recursos públicos (verbas, bens e pessoal) no exercício da atividade.”¹²² No mesmo caminho, Carolina Zancaner também entoa que o ato de fomentar atividades particulares não significa desoneração do Estado de suas missões constitucionais.¹²³ Desta feita, não é legítima e nem legal o uso da atividade fomentadora para a transferência integral da atuação estatal preconizada pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

Quanto à correlação entre a atividade administrativa de fomento e os convênios administrativos, tal interface é visível de forma clarividente, isto porque esses são instrumentos jurídicos que tem por objeto a cooperação e a colaboração entre a Administração Pública e um conveniando (seja integrante da Administração Pública

¹²² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 531. Sobre a proximidade entre o fomento e a subsidiariedade, Silvio Luis Ferreira da Rocha descreve que “o fomento, dentre as atividades administrativas do Estado, é a que sofre maior influência do princípio da subsidiariedade; constitui-se em um dos instrumentos da subsidiariedade.” Ou seja, a subsidiariedade é fundamento para o fomento. (ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20).

¹²³ ZOCCUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188. Emerson Gabardo comenta sobre a possibilidade e probabilidade de a delegação de serviços públicos não privativos do Estado ao terceiro setor caracterizar um desvio de finalidade: “A tendência de delegação dos serviços públicos não privativos do Estado ao terceiro setor dificilmente escapa do enquadramento em um claro de desvio de finalidade. Há desvio de finalidade no campo dos valores e também no campo dogmático-administrativo. Os motivos declarados, em geral, não são os motivos reais, pois na verdade a combinação entre mais controle do déficit público e menos controle das verbas assistenciais parece agradar tanto os agentes do aparelho estatal quanto às entidades, grupos e agentes vinculados a esta ‘sociedade civil prestacional’. Por outro lado este repasse também interessa ao governo e à elite dominante, pois as associações típicas do ascendente terceiro setor, possivelmente ‘mais do que uma forma de ampliar o poder popular dos oprimidos e explorados, consistem numa forma de conter as insatisfações destes e pulverizar a participação e lutas sociais, retirando o caráter revolucionário destas e transformando-as em atividade por interesses específicos de pequenos grupos.” (GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 151-152).

ou uma entidade privada) para a consecução de uma finalidade pública, a qual deve satisfazer a necessidade ou interesses da coletividade.¹²⁴ Desse modo, a satisfação das necessidades ou interesses da coletividade serve como missão finalística da atuação fomentadora e tal poderá ser alcançada via convênios administrativos, logo inexistente qualquer dúvida acerca da proximidade entre o modo de atuação estatal e o instrumento ora analisado. Para externar a correlação, lembra-se que Alzemeris Martins propõe que se faça a seguinte pergunta para a identificação de verdadeiros convênios, diferenciando-se daqueles contratos administrativos mascarados: trata-se do exercício da atividade fomentadora do Estado ou é pura execução material e isolada de serviço para o Estado?¹²⁵

Inclusive, sobre os convênios cooperativos (entre sujeitos da Administração Pública), Marçal Justen Filho recorda que a própria “existência dos convênios decorre do postulado de que a competência é outorgada a diversos sujeitos administrativos, mas para a realização de um único interesse público. Na sua pluralidade, esses entes podem (devem) atuar conjugada e harmonicamente para multiplicação de esforços e realização mais eficiente dos interesses comuns.”¹²⁶

Sobre o enquadramento das parcerias em sentido lato como fomento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve que há no âmbito do direito pátrio inúmeras formas de parcerias em que está presente de modo nítida a atividade de fomento, como, por exemplo, “no âmbito social, podem-se referir os ajustes (convênios, termos de parceria, contratos de gestão) com entidades do terceiro setor, tais como as declaradas de utilidade pública, as filantrópicas, as organizações da sociedade civil de interesse público, os serviços sociais autônomos,

¹²⁴ Célia Cunha descreve um debate sobre a possibilidade ou não de o agente fomentado ser uma entidade pública, mais precisamente entre os juristas espanhóis Garrido Falla e Jordana de Pozas, sendo que conclui pela plena factibilidade de ser uma entidade pública, pois nada obsta que tal receba vantagens e incentivos para a promoção do objeto fomentado. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 32).

¹²⁵ MARTINS, Alzemeris. Convênios – legítimos meios de fomento e delegação administrativa ou fossos de irregularidade? **Revista JAM Jurídica Administração Municipal**. Salvador, ano IV, n. 11, nov/99, p. 20.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista Trimestral de Direito Público** 15, 1996, p. 74-84, p. 78.

as organizações sociais; no âmbito econômico, pode-se enquadrar a parceria público-privada”¹²⁷

Salienta-se que se revela deturpado dizer que os convênios, independentemente de quem seja o conveniado (natureza privada ou pública), estar-se-á diante de uma delegação de serviço público. Isto é, não se pode admitir que um convênio seja simplesmente um instrumento jurídico apto para a delegação de serviço público a um particular, e sim se deve analisá-lo como forma de incentivo da iniciativa privada e que a sua finalidade seja de interesse público. Nada obsta que o convênio envolva a descentralização ou delegação de serviço público, caso figure como partícipes somente entidades públicas e desde que o sistema jurídico permita. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tais distinções fundamentam-se pelas características do serviço público, porque neste o Estado assume como sua uma atividade de atendimento a necessidades coletivas, a fim de exercê-la sob regras total ou parcialmente públicas; já no fomento, o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade de interesse público, pois traz algum benefício para a coletividade. Quanto aos mencionados incentivos, a autora descreve que estes poderão ser sob forma de “auxílios financeiros ou subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos, que realizam atividades úteis à coletividade, como os clubes esportivos, as instituições beneficentes, as escolas particulares, os hospitais particulares, etc..”¹²⁸

A título complementar, informa-se que a atividade administrativa de fomento, ou também denominada de promoção para os autores hispanos, pode almejar a promoção industrial, investimento estrangeiros, transferência de tecnologia ou criação de zonas francas.¹²⁹ Além destes desígnios, Marcos Juruena Villela

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 28-29.

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 248-249. A título complementar, Emerson Gabardo descreve que a descentralização deve ser interpretada como um instrumento, uma vez que se justifica para o atendimento dos fins constitucionais que são preenchidos com valores e princípios de ordem material. (GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 147).

¹²⁹ GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 654-666.

Souto exemplifica outros tipos de fomento hábeis de serem desenvolvidos pelo Estado, como: garantias; subsídio; empréstimos em condições favoráveis; assistência técnica; privilégios especiais; desenvolvimento do mercado de títulos; protecionismo à produção nacional; polos industriais e comerciais e sociedades de capital de risco.¹³⁰

No tocante à transferência dos serviços e atividades, Diogo Figueiredo chama genericamente de “transferência ao cometimento do exercício de certas atividades estatais de administração de interesses públicos a entes da sociedade” e ainda classifica a transferência com ou sem delegação, bem como em delegação burocrática (transferência sobre entes instituídos pela própria Administração) e delegação social (transferência a entes criados pela própria sociedade com o desígnio de colaboração). Dentre estas classificações, o autor qualifica a transferência de atividades públicas a terceiros por intermédio de convênios e outros atos complexos (entendimento do autor) como transferência administrativa com ou sem delegação, tendo em vista que tais instituições visam à integração de recursos de diversas naturezas, disponíveis por entidades públicas ou privadas, sob a direção pública, almejando o atendimento de interesses públicos “altamente demandantes em termos técnicos, financeiros e organizativos, geralmente disseminados entre os pactuantes e raramente (e cada vez menos) monopolizados por um só deles.”¹³¹

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro prefere utilizar o vernáculo descentralização, o qual pode possuir um significado no sentido político ou no sentido administrativo. O sentido político denota formas de organização do Estado (Estado unitário e Estado federal), já o administrativo, formas de organização da Administração Pública (Administração Direta e Indireta, nos termos do Decreto-Lei nº 200/67). A descentralização administrativa “pode ser exercida diretamente por meio dos seus próprios órgãos (centralização administração ou Administração direta) ou indiretamente, por meio da transferência de atribuições a outras pessoas, físicas ou jurídicas,

¹³⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 15-38, p. 20-30.

¹³¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 129, 140.

públicas ou privadas (descentralização administrativa ou Administração Indireta).¹³²

Assim, não importando qual expressão a utilizar (descentralização ou transferência), a prestação dos serviços prestados de forma indireta pelo Estado, mais precisamente por intermédio das relações convencionais, não gera a legitimação e nem a possibilidade de transferência total dos serviços ao setor privado. As atividades deverão ser prestadas pelo Estado, o qual poderá buscar a colaboração de terceiros. Ou seja, não se pode conceber como legítimo o repasse integral de serviços puramente estatais para o setor privado a partir da formalização de convênios. Consoante explicita Célia Cunha, o limite da interferência estatal está pautado pela principiologia constitucional.¹³³ Em caminho similar, Rita Tourinho explica que “não se pode pensar na realização de atividade de fomento sem suporte legal ou constitucional, nem, tampouco, sem critérios na escolha dos beneficiários, ou mesmo sem a devida motivação. Por outro lado, também viola a ordem jurídica os incentivos conferidos sem qualquer razoabilidade ou com resultados desproporcionais aos investimentos efetivados.”¹³⁴

Os convênios deverão servir para a execução de atividades e serviços complementares à atuação estatal, e não serem utilizados como uma forma de fuga da realização dos deveres estatais. Silvio Luis Ferreira da Rocha destaca que “a atividade administrativa de fomento, enquanto subsidiária, não desonera a Administração de atuar de modo direto, na prestação de serviços, como os de saúde e os de educação.”¹³⁵ Além disso, de forma precisa Emerson Gabardo descreve que “o repasse dos serviços públicos não privativos do Estado para o mercado ou para o terceiro setor exige como

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 61.

¹³³ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 10.

¹³⁴ TOURINHO, Rita. **Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas**. In: MODESTO, Paulo (Coord.) Nova organização administrativa brasileira. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 321-340, p. 326.

¹³⁵ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21. No mesmo sentido, vide: DIAS, Maria T. Fonseca. Políticas públicas e terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana.; ESTEVES, Júlio C. dos Santos; DIAS, Maria T. Fonseca (org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 261-291, p. 281.

contrapartida uma ampliação da atuação do Estado na área de regulação e fiscalização.”¹³⁶

Pedro Gonçalves alerta para a responsabilidade estatal na fiscalização e ingerência sobre a execução das tarefas públicas repassadas a particulares:

Com efeito, apesar da abertura à participação de entidades privadas no âmbito da respectiva execução, a tarefa permanece pública e, nessa medida, o Estado terá de responder quer pelos resultados que se propõe alcançar, quer pelas opções que toma quanto aos modos concretos de a executar. Esta privatização, apesar de poder promover um efeito de pluralização do sistema administrativo (por força da atenuação dos poderes de direcção governamental), revela-se incompatível com a desresponsabilização estadual e com o ‘abandono’ da missão pelo Estado. Por isso, salvo nos casos em que, apesar da participação privada, o Estado detém nitidamente a gestão global da tarefa, a privatização reclama a adopção de medidas que compensem o esbatimento e a atenuação dos poderes de direcção pública. Dentre tais medidas de compensação, ocupam um lugar de destaque as que se traduzem na previsão e no desempenho efectivo de poderes de ingerência e de fiscalização sobre a entidade privada que participa na execução de tarefas públicas.¹³⁷

Neste assunto, valioso realizar uma ponderação sobre a saúde e a educação, as quais devem ser estudadas e debatidas com ressalvas, pois não se podem afastar os comandos constitucionais aplicáveis à espécie a fim de afastar a responsabilidade estatal. Portanto, a saúde e a educação poderão ser fomentadas e prestadas pelos particulares, porém em conformidade com a Constituição da República Federativa de 1988. Por exemplo, a saúde poderá ser fomentada a terceiros em carácter complementar, o que per si não afasta a responsabilidade e o dever do Estado em prestá-la nas suas características essenciais.

Para corroborar, alvitram-se dos comentários de Silvio Luis Ferreira da Rocha ao alertar que outro princípio da atividade administrativa de fomento e ligado ao princípio da subsidiariedade, é

¹³⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 140.

¹³⁷ GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 325.

o princípio da repartição de riscos ou do risco compartilhado, pelo qual deve haver o impedimento de considerar o fomento como uma mera transferência de responsabilidade integral ou liberdade administrativa que exonere o beneficiário de todo o risco ou da obrigatoriedade de aportar recursos próprios para a atividade fomentada. Este comentário se mostra imprescindível para a realidade brasileira e principalmente como recomendação de extremo cuidado para os agentes imbuídos do controle de tais entidades, a fim de evitar que tais sejam criadas para sobreviver literalmente com o “repasse de custeio” da Administração Pública ou ainda para possuir uma maior elasticidade na sua administração, alijando-se de algumas burocracias constitucionais e legais sobre o dinheiro público imanentes ao caixa de qualquer entidade pública.¹³⁸ Denomina-se “repasse de custeio” as transferências financeiras e vantagens destinadas aos conveniados que simplesmente não tem, e infelizmente nem buscam, alternativas para a realização de suas atividades.

Diante deste cenário preocupante, Silvio Luis Ferreira da Rocha aponta que a “atividade promocional empreendida pela Administração Pública não pode prescindir do investimento de recursos pelos particulares em favor da atividade que se quer incentivar ou promover.”¹³⁹ Além disso, o alerta se faz para repulsar qualquer ideia de discricionariedade no fomento, isto porque, quando tais atividades forem preconizadas pela Constituição ou legislação infraconstitucional, inexistente qualquer margem de liberdade do agente público em utilizá-la, e sim estar-se-á diante de uma obrigatoriedade.¹⁴⁰

Pelo exposto, infere-se que a atividade administrativa de fomento poderá, e deverá, ser incrementada pela formalização de convênios administrativos, haja vista a proeminência dos interesses e das necessidades persecutidos em cada atividade fomentadora e, também, porque tal atividade ostenta a consensualização da atuação estatal a partir da participação e conscientização popular.

¹³⁸ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33.

¹³⁹ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33.

¹⁴⁰ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29-30.

REFERÊNCIAS

- BORGES, André. Ética, Burocrática, Mercado e Ideologia Administrativa: Contradições da Resposta Conservadora à “Crise de Carácter” do Estado. **Revista de Ciências Sociais**, vol. 42, n. 1, Rio de Janeiro, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981.
- DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- FALLA, Fernando Garrido. Apud ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho publico**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.
- GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Edições Almedina, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista Trimestral de Direito Público** 15, 1996, p. 74-84.
- MARTINS, Alzemi. Convênios – legítimos meios de fomento e delegação administrativa ou fossos de irregularidade? **Revista JAM Jurídica Administração Municipal**. Salvador, ano IV, n. 11, nov/99.
- MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord).

Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 213-259.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

REIS, Luciano Elias. **Inovações legislativas nas contratações administrativas para a implementação da responsabilidade socioambiental por intermédio do fomento da pesquisa científica e tecnológica.** In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder, REIS, Luciano Elias. (Organizadores). Anais do I Seminário Italo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001, Curitiba, p. 115-146.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. *In:* OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado:** novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 15-38.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003.

TOURINHO, Rita. **Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas.** In: MODESTO, Paulo (Coord.) Nova organização administrativa brasileira. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 321-340.

VERDU, Pablo. **A luta pelo Estado de Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129-154.

ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social.** São Paulo: Malheiros, 2009.

DA ESTRUTURA DA NORMA PREMIATIVA À FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

THIAGO DALSENTER¹⁴¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo consiste em uma análise da norma jurídica sob o ponto de vista da sua estrutura lógica, demonstrando a sua vocação para servir de técnica de motivação social, na medida em que – estando dirigida a disciplinar as relações intersubjetivas – é da sua essência induzir comportamentos.

Muito embora, em uma ou outra oportunidade, ao longo deste ensaio, possamos fazer menção à norma jurídica tributária ou à tributação com teor extrafiscal, registremos que o objetivo aqui é tratar da estrutura da norma premiativa, realçando a sua aptidão para orientar comportamentos sociais na direção dos valores que o Estado e a sociedade almejam. Evidentemente, reconhecemos que a atuação do Estado para intervir sobre o domínio econômico e estimular comportamentos alinhados aos objetivos perseguidos pela sociedade se dá, precipuamente, mediante o emprego de instrumentos jurídico-tributários. No entanto, apesar da sua notória importância, a análise do tributo em sua perspectiva funcional

¹⁴¹ Mestre em Direito do Estado – Direito Tributário – pela UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Bacharel em Direito pela PUC/PR. Professor de Direito Tributário do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Advogado e Consultor Tributário.

demandaria um estudo próprio e aprofundado, não compatível com os modestos limites ora propostos¹⁴²⁻¹⁴³.

Para não incorrermos em grave superficialismo, concentremos nosso olhar sobre o estudo da teoria da norma jurídica e, em última análise, da estrutura da norma premiativa.

2. A NORMA JURÍDICA

2.1 Uma análise formal

O direito positivo, entendido, de forma simples, como o conjunto de normas jurídicas válidas num determinado tempo e num determinado país, constitui o objeto da Ciência do Direito, e a conduta

¹⁴² As visões estrutural e funcional do Direito, e também do Direito Tributário, embora distintas, são complementares. Em razão dessa complementaridade dos prismas estrutural e funcional, consideramos ser possível e necessário compreender o Direito como um todo, ora enfatizando a sua concepção lógico-estrutural, ora realçando a sua função promocional. No entanto, diante dos restritos limites deste artigo e da nossa proposta de promover o exame da estrutura da norma jurídica, sobretudo da norma premiativa, é clara a nossa opção por enfatizar a primeira perspectiva.

¹⁴³ No campo dos tributos, importa mencionar que a sua vertente funcional conduz à tratativa da fiscalidade e da extrafiscalidade. Muito embora a “extrafiscalidade” se acomode no campo econômico, PAULO DE BARROS CARVALHO delimita com precisão a área da qual se ocupa o jurista para o estudo do tema. Como bem observa, “[...] a tônica da extrafiscalidade não reside na existência de um instrumento jurídico-tributário, considerado em si mesmo e analisado segundo seus efeitos no universo do Direito. Toda ênfase desse conceito se aloja nos objetivos consoante os quais virá a ser empregado o dispositivo jurídico armado aos propósitos disciplinadores. O estudioso da problemática extrafiscal não vai perquirir da natureza jurídica essencial do instrumento empregado, mas apenas da sua adequação a determinados fins que, por razões políticas, sociológicas ou econômicas, o Estado visa alcançar. Esta especulação é sobre a conveniência ou não do meneio de certa figura tributária, tendo em vista a ordenação de alguma atividade, que suscite o controle do Estado”. Sob essa óptica, PAULO DE BARROS CARVALHO não vê qualquer diferença essencialmente jurídica entre os tributos fiscais e os extrafiscais, uma vez que “[...] no plano das iniciativas extrafiscais, tanto como no campo da simples fiscalidade, estará o jurista às voltas com as mesmas categorias: norma jurídica, hipóteses tributárias, sujeito ativo, sujeito passivo, base de cálculo, alíquota, imunidade, isenção, constitucionalidade, legalidade, competência, capacidade, etc” – O instituto da isenção como instrumento de extrafiscalidade, in **Projeção: Revista Brasileira de Tributação e Economia**. Brasília: Associação Brasileira de Técnicos de Tributação, nº 11, p. 32-38, out. 1976, p. 32.

humana, secundariamente, também o será, na medida em que compõe o conteúdo da norma jurídica¹⁴⁴.

Contudo, importa ressaltar que um estudo da norma jurídica sob a sua perspectiva lógico-formal deve considerar a sua estrutura lógico-linguística, e não o seu conteúdo. Afinal, como observa AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, “[...] *Se o conteúdo é variante, com referências a outros sistemas sociais e sua aplicação depende do caso concreto, é na estrutura que reside a identidade do ordenamento, é nela que identificamos o direito positivo como sistema prescritivo de condutas intersubjetivas*”¹⁴⁵.

Trata-se, portanto, como afirma NORBERTO BOBBIO, de “[...] *pura e simplesmente um modo de estudar o fenômeno jurídico na sua complexidade, um modo que não só não exclui, como exige os demais para que se possa obter um conhecimento integral da experiência jurídica*”¹⁴⁶.

2.2 A estrutura lógica da norma jurídica

A norma jurídica, em sua expressão essencial, possui estrutura complexa, composta pela norma primária e pela norma secundária, ou “*endonorma*” e “*perinorma*”, na terminologia de CARLOS COSSIO. Em linhas gerais, aquela se refere a um dever, ou melhor, prescreve uma conduta desejada, enquanto esta possui um caráter sancionador, veiculando uma sanção pelo descumprimento da norma primária.

O referencial teórico do qual partimos é exatamente o mesmo de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, de LOURIVAL VILANOVA e de PAULO DE BARROS CARVALHO¹⁴⁷: os ensinamentos expostos na segunda

¹⁴⁴ “Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas” – Hans KELSEN, *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 79.

¹⁴⁵ **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 288.

¹⁴⁶ **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. 4. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 72.

¹⁴⁷ J. R. VIEIRA: “Assume também, PAULO DE BARROS CARVALHO, como nós, a visão de HANS KELSEN, quanto à enunciação do Direito a partir da **norma complexa**,

visão de HANS KELSEN acerca da composição dúplice (bimembre) da norma jurídica, postura essa adotada em sua notável obra *“Allgemeine Theorie der Normen”* (*“Teoria Geral das Normas”*), postumamente publicada¹⁴⁸. Essa bimembridade, inclusive, como nos leciona LOURIVAL VILANOVA, é indispensável, na medida em que *“[...] a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária sem a primária reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo sem o suporte do substantivo”*¹⁴⁹.

A norma jurídica consiste num juízo hipotético caracterizado pela vinculação de certa consequência à realização condicional de um acontecimento, conexão essa desempenhada por meio de um elo de imputação deontica não-modalizado, também denominado conectivo ou operador deontico (dever-ser). Assim, do ponto de vista da sua arquitetura lógico-formal, a norma jurídica consiste numa proposição hipotética que, por meio da linguagem, pode ser traduzida da seguinte forma: *“Se A, então deve-ser B”*.

Aqui encontramos um importante dado que distingue a norma jurídica das regras atinentes às ciências da natureza.

Diferentemente do que ocorre com a regra jurídica, em que as peças do juízo hipotético – descrição abstrata de um fato e a prescrição dos efeitos atribuídos ao fato jurídico verificado no mundo fenomênico – são interligadas pelo conectivo deontico (dever-ser)

composta pela norma primária e pela norma secundária” – A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto. Curitiba: Juruá, 1993, p. 56. L. VILANOVA: *“Seguimos a teoria da estrutura dual da norma jurídica: consta de duas partes, que se denominam norma primária e norma secundária. Naquela, estatuem-se as relações deonticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fácticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida” – As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.* Prefácio Geraldo Ataliba; apresentação de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Noeses, 2010, p. 73. P. B. CARVALHO: muito embora adote como referencial, em sua obra *“Teoria da Norma Tributária”*, a visão de HANS KELSEN, o professor da USP e da PUC/SP manifesta a sua predileção pela estrutura dúplice da norma jurídica consoante a terminologia de CARLOS COSSIO, jusfilósofo argentino fundador da teoria ecológica do Direito – **Teoria da norma tributária.** 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 45.

¹⁴⁸ O estudo da *norma primária* e da *norma secundária* será retomado oportunamente, razão pelo qual deixamos, por ora, de discorrer sobre a inversão das designações *“norma primária”* e *“norma secundária”*, no pensamento kelseniano, em relação à sua postura inicial.

¹⁴⁹ **Causalidade e relação no direito.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 190.

numa relação de “*imputação*”, na designação de HANS KELSEN¹⁵⁰, ou de “*causalidade jurídica*”, conforme nomenclatura atribuída por FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA e LOURIVAL VILANOVA¹⁵¹; a regra natural é informada por princípio diverso, estruturado numa relação de causa e efeito. Desse modo, as ciências naturais, dirigidas ao conhecimento dos acontecimentos de ordem natural, são norteadas pelo princípio da “*causalidade*”. Ou seja, as ciências naturais são informadas pela lógica ôntica (mundo do “*ser*”), que pode ser assim expressa: “*se A, então B*”¹⁵²⁻¹⁵³.

Pois bem, retomando o raciocínio, o Direito, afirma AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, “[...] *é sintaticamente homogêneo porque sua estrutura lógica é invariável*”, de maneira que “[...] *é na estrutura*

¹⁵⁰ Teoria..., *op. cit.*, p. 86.

¹⁵¹ **Tratado de direito privado: parte geral**. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 4. ed. 2. tir. São Paulo: RT, 1983, p. 18-19. **Causalidade...**, *op. cit.*, p. 235.

¹⁵² HANS KELSEN bem observa a distinção existente entre natureza e sociedade, e a correspondente distinção entre ciências da natureza e ciências sociais. Nas palavras do Mestre de Viena: “*A natureza é [...] uma determinada ordem das coisas ou um sistema de elementos que estão ligados uns com os outros como causa e efeito, ou seja, portanto, segundo um princípio que designamos por causalidade. As chamadas leis naturais, com as quais a ciência descreve este objeto [...] são aplicações desse princípio. [...] Se há uma ciência social que é diferente da ciência natural, ela deve descrever o seu objeto segundo um princípio diferente do da causalidade. Como objeto de uma tal ciência que é diferente da ciência natural a sociedade é uma ordem normativa de conduta humana. Mas não há uma razão suficiente para não conceber a conduta humana também como elemento da natureza, isto é, como determinada pelo princípio da causalidade, ou seja, para a não explicar, como os fatos da natureza, como causa e efeito. [...] Quando, contudo, se procede à análise das nossas afirmações sobre a conduta humana, verifica-se que nós connexionamos os atos de conduta humana entre si e com outros fatos, não apenas segundo o princípio da causalidade, isto é, como causa e efeito, mas também segundo um outro princípio que é completamente diferente do da causalidade [...]. Somente se é possível a prova de que um tal princípio está presente no nosso pensamento e é aplicado por ciências que têm por objeto a conduta dos homens entre si enquanto determinada por normas, ou seja, que têm por objeto as normas que determinam essa conduta, é que teremos fundamento para considerar a sociedade como uma ordem diferente da da natureza e para distinguir das ciências naturais as ciências que aplicam na descrição do seu objeto este outro princípio ordenador, para considerar estas como essencialmente diferentes daquelas. Somente quando a sociedade é entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causal da natureza, só então é que a ciência social pode ser contraposta à ciência natural. Somente na medida em que o Direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza” (sic) – Teoria..., *op. cit.*, p. 85-86.*

¹⁵³ O “*ser*” consiste na demonstração da realidade como ocorre, enquanto que o “*dever-ser*” consiste na determinação da realidade que se deseja alcançar.

que reside a identidade do ordenamento, é nela que identificamos o direito positivo como sistema prescritivo de condutas intersubjetivas¹⁵⁴. Trata-se da chamada homogeneidade lógica das unidades do sistema à qual se refere PAULO DE BARROS CARVALHO¹⁵⁵. Decorrência lógica disso é que tanto a norma primária quanto a norma secundária apresentam idêntica estrutura lógica, ou seja, no breve escólio de JOSÉ ROBERTO VIEIRA, “[...] uma hipótese e uma consequência, unidas pelo conectivo ou operador deôntico, assim chamado por constituir-se num dever ser”, associação essa, prossegue o professor da UFPR, também “[...] referida como cúpula deôntica”¹⁵⁶.

Grosso modo, estruturada como juízo hipotético-condicional, a norma jurídica estabelece um enunciado condicional, ou melhor, uma condição, que, uma vez realizada, implicará uma determinada consequência¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Curso..., *op. cit.*, p. 288.

¹⁵⁵ “[...] todas as regras teriam idêntica esquematização formal, quer dizer, em todas as unidades do sistema encontraremos a descrição de um fato “F” que, ocorrido no plano da realidade físico-social, fará nascer uma relação jurídica (S’ R S”) entre dois sujeitos de direito, modalizada com um dos operadores deônticos: obrigatório, proibido ou permitido (O, V ou P)” – **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

¹⁵⁶ **A regra-matriz...**, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁷ A respeito do tema, valiosas e oportunas são as palavras de IRVING COPI, extraídas da sua obra *“Introdução à Lógica”*: “Se dois enunciados se combinam mediante a colocação da palavra “se” antes do primeiro e a inserção da palavra “então” entre eles, o resultante enunciado composto é um condicional (também chamado enunciado hipotético, implicativo ou uma implicação). Num enunciado condicional, o componente que se encontra entre o “se” e o “então” tem o nome de antecedente (ou o implicante ou – raramente – a prótase) e o componente que se segue à palavra “então” tem o nome de consequente (ou o implicado, ou – raramente – a apódose)” – **Introdução à lógica**, Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 234. Sob a perspectiva da Lógica, temos, portanto, que a “prótase” ou o “implicante” e a “apódose” ou o “implicado” desempenham, no juízo hipotético-condicional, a mesma função que a hipótese e a consequência, conceitos utilizados por PAULO DE BARROS CARVALHO, exercem no esquema da norma jurídica. São suas palavras, ao discorrer sobre a composição da norma jurídica: “Os termos hipótese e consequência representam, na norma jurídica, a mesma função da ‘prótase’ e da ‘apódose’ na composição do juízo hipotético segundo os ensinamentos da Lógica. À ‘prótase’ designaremos de suposto ou hipótese, que pode ser conceituada como o conjunto de critérios para a identificação de fato que, acontecido, determina a incidência de certa consequência prevista na ‘apódose’. Esta, por sua vez, é o conjunto de critérios para a determinação de certa consequência, imputada à realização do fato previsto na ‘prótase’” – **Teoria...**, *op. cit.*, p. 48.

Em processo de desformalização, então, a hipótese, promovendo recortes e reduzindo as complexidades do fato social, apresenta a descrição abstrata de um fato. Necessariamente, encontramos, portanto, nesse componente normativo, um conjunto de critérios ou de elementos que permitem a identificação da ocorrência de tal fato, no plano das realidades tangíveis. Por sua vez, a consequência estabelece, ou melhor, prescreve um vínculo obrigacional entre dois sujeitos, de maneira que, assim como ocorre na hipótese, a consequência também oferece uma gama de critérios, agora para a individualização da relação prescrita, quando concretizado o fato abstratamente descrito na hipótese¹⁵⁸.

Logo, em suma, as normas jurídicas apresentam estrutura dual, composta por hipótese e consequência, não sendo integrada, ao contrário do que entende GERALDO ATALIBA, pela sanção¹⁵⁹, que – em nossa concepção, escorados no enfoque dicotômico que a doutrina kelseniana confere à norma jurídica, e do qual se valeu CARLOS COSSIO para desenvolver a sua “*endonorma*” e a sua “*perinorma*” – constitui uma norma autônoma, também dotada de hipótese e de consequência próprios.

Sintetizando e esquematizando a estrutura lógica da norma jurídica, AURORA TOMAZINI DE CARVALHO assim a decompõe:

[...] a estrutura normativa é composta por: (i) duas proposições – (i.a) hipótese, pressuposto, ou antecedente (H), cuja função é descrever uma situação de possível ocorrência (f), que funciona como causa para o efeito jurídico almejado pelo legislador; e (i.b) consequente ou tese (C), cuja função é delimitar um vínculo relacional entre dois sujeitos (S' R S''), que se consubstancia no efeito almejado; e (ii) um conectivo condicional (), também denominado vínculo implicacional, cuja função é estabelecer o liame entre a causa e o efeito, ao imputar à relação prescrita no consequente normativo, caso verificada a situação descrita na hipótese (sic)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ José Roberto VIEIRA, **A regra-matriz...**, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁹ Segundo GERALDO ATALIBA, a sanção, juntamente com a hipótese e o consequente, por ele designado mandamento, compõem a estrutura das normas jurídicas. Nesse sentido são as suas palavras: “[...] a estrutura das normas jurídicas é complexa; não é simples, não se reduz a conter um comando pura e simplesmente. Toda norma jurídica tem hipótese, mandamento e sanção” – **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 42.

¹⁶⁰ **Curso...**, *op. cit.*, p. 289-290.

Como se vê, então, a norma jurídica, por sua estrutura lógica de juízo hipotético condicional, dirigida que está a disciplinar as relações intersubjetivas, pode constituir poderosa técnica de motivação social, sendo da sua essência induzir comportamentos¹⁶¹.

2.3 A norma jurídica completa: norma primária e norma secundária

No item anterior, quando tratamos da estrutura lógica das normas jurídicas, fizemos referência, logo no início, à norma primária e a norma secundária, assumindo, de imediato, a visão de HANS KELSEN, que idealizava a enunciação do Direito a partir da norma dúplice, ou mais comumente conhecida como complexa. E foi só; mas foi, acreditamos, o suficiente para apresentarmos a norma jurídica em sua intimidade estrutural.

Agora, julgamos ser necessário empreender uma análise da norma primária e da norma secundária, antes de tudo, para “colorir” um pouco mais o raciocínio desenvolvido no item 2.2, mas também para evidenciar o modo de pensar de HANS KELSEN e para demonstrar a sua mudança de opinião na obra *“Allgemeine Theorie der Normen”* (*“Teoria Geral das Normas”*).

De início, lembremos que HANS KELSEN conceitua o Direito como ordem normativa de coação da conduta humana, haja vista que o conjunto das normas que compõem a ordem jurídica estabelece

¹⁶¹ Noticiando a presença de uma função educativa e promocional – obter adaptação social – no rol de efeitos das normas jurídicas, MARCOS BERNARDES DE MELLO assim se pronuncia: *“As normas jurídicas, embora muitos o neguem, mais do que a obrigar, proibir e permitir, destinam-se a alcançar dos homens, em suas relações intersubjetivas, um determinado comportamento julgado conveniente e necessário à harmonia social. Esse fim do direito revela um certo sentido educacional de suas normas, uma vez que, através delas, a comunidade procura moldar o comportamento humano a seus valores”* (sic). E prossegue o autor: *“Nega-se, muito comumente, esse caráter educacional das normas jurídicas. Isto, porém, exprime uma visão puramente dogmática do direito, que, por isso mesmo, não leva em consideração as consequências sócio-psicológicas das normas jurídicas. E sob esse ponto de vista não se pode negar que as normas jurídicas fazem com que o comportamento social se modifique, ajustando-se aos seus comandos. É evidente que ocorre, muitas vezes, reação contra o modelo traçado pela norma, pelo que ela não conseguirá realizar-se efetivamente. Mas essas hipóteses são excepcionais e, por isso mesmo, não invalidam a regra geral”* (sic) – **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39 e 39, nota 39.

atos de coerção, ou seja, sanções¹⁶². Nesse sentido, a sanção surge como elemento fundante da norma jurídica, sendo que, para HANS KELSEN, as “[...] proposições jurídicas que não especifiquem uma sanção para o caso de serem infringidas são proposições incompletas, imperfeitas ou simplesmente preceitos auxiliares (*leges imperfectae*)”¹⁶³.

Sob a sua perspectiva lógico-estrutural, tal como já enunciamos linhas atrás, a norma jurídica, para HANS KELSEN, tem uma estrutura dúplice. E, segundo sua primeira formulação, a norma jurídica é composta por uma norma autônoma (norma primária), que prescreve a imposição de uma sanção para a hipótese de não

¹⁶² “O Direito é essencialmente ordem de coação. Prescreve uma certa conduta de modo que, como consequência, liga um ato de coação à conduta contrária do ser-devido” – **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 30. Como salienta MARCOS BERNARDES DE MELLO, em duas passagens da segunda edição da “*Teoria Pura do Direito*”, HANS KELSEN faz referência a que “no sentido de sanção se poderia entender incluído o prêmio” – **Teoria do fato jurídico...**, *op. cit.*, p. 37, nota 37-A. Vejamos a primeira: “A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer conseqüências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção” – Hans KELSEN, **Teoria...**, *op. cit.*, p. 26. No entanto, conforme alerta MARCOS BERNARDES DE MELLO, não se pode afirmar o reconhecimento da sanção premiativa, como pretendem alguns kelsenianos. Isso porque, no restante de toda a obra e da “*Allgemeine Theorie der Normen*” (“*Teoria Geral das Normas*”), não há outra referência qualquer ao prêmio “[...] como possível conseqüência de uma norma jurídica”. De acordo com MARCOS BERNARDES DE MELLO, “Kelsen não ligou essa sanção premial às normas jurídicas, mas, genericamente, a quaisquer normas que integrem uma ordem social, como a moral, mantendo a idéia de que as sanções jurídicas são apenas aquelas punitivas” – **Teoria do fato jurídico...**, *op. cit.*, p. 37, nota 37-A. Isso é corroborado pelo próprio HANS KELSEN, que especifica, mais adiante, a sanção punitiva como a única jurídica: “Finalmente, uma ordem social pode – e é este o caso da ordem jurídica – prescrever uma determinada conduta precisamente pelo fato de ligar à conduta oposta uma desvantagem, como a privação dos bens acima referidos, ou seja, uma pena no sentido mais amplo da palavra. Desta forma, uma determinada conduta apenas pode ser considerada, no sentido dessa ordem social, como prescrita – ou seja, na hipótese de uma ordem jurídica, como juridicamente prescrita –, na medida em que a conduta oposta é pressuposto de uma sanção (no sentido estrito)” – **Teoria...**, *op. cit.*, p. 26.

¹⁶³ Marcos Bernardes de MELLO, **Teoria do fato jurídico...**, *op. cit.*, p. 37-38.

observância da conduta estatuída, e por uma norma não-autônoma (norma secundária) que ordena determinada conduta¹⁶⁴.

A expressão em linguagem lógico-formal da norma jurídica kelseniana não escapou à pena de MARCOS BERNARDES DE MELLO, que, exprimindo a norma primária e a norma secundária estruturadas como um juízo hipotético condicional, esquematizou-a e sintetizou-a da seguinte forma:

[...] se *F* então deve ser *P* (norma secundária), se *não-P* então deve ser *S* (norma primária).

Nessa fórmula, as variáveis proposicionais representam: a) *F* a situação de fato prevista (= suporte fático); b) *P*, a conduta humana que a norma ordena como devida em decorrência da situação de fato *F* (= preceito); c) *não-P* a conduta humana contrária ao preceito *P*, isto é: o descumprimento da norma (= suporte fático); d) *S* a sanção pelo descumprimento (= preceito)¹⁶⁵.

Conforme podemos notar, de acordo com a formulação kelseniana, a norma secundária destina-se a ordenar certa conduta para determinada situação de fato, enquanto a norma primária é aquela que prescreve uma sanção para a hipótese de não se realizar a conduta ordenada. Assim, infere-se que a norma secundária se exaure com o cumprimento da obrigação determinada. Por sua vez, a norma primária pressupõe uma conduta contrária à prevista na norma secundária, ou seja, decorre do descumprimento da conduta estabelecida na norma secundária.

¹⁶⁴ “[...] quando uma norma prescreve uma determinada conduta e uma segunda norma estatui uma sanção para a hipótese da não-observância da primeira, estas duas normas estão essencialmente interligadas. Isto vale particularmente para a hipótese em que um ordenamento normativo – como o ordenamento jurídico – prescreve uma determinada conduta pelo fato de ligar à conduta oposta um ato coercitivo a título de sanção, de tal forma que uma conduta somente se pode considerar como prescrita, nos termos desse ordenamento – e, portanto, no caso do ordenamento jurídico, como juridicamente prescrita –, se a conduta oposta é pressuposto de uma sanção. Se uma ordem jurídica ou uma lei feita pelo parlamento contém uma norma que prescreve uma determinada conduta e uma outra norma que liga à não-observância da primeira uma sanção, aquela primeira norma não é uma norma autônoma, mas está essencialmente ligada à segunda; ela apenas estabelece – negativamente – o pressuposto a que a segunda liga a sanção. E, quando a segunda norma determina positivamente o pressuposto a que liga a sanção, a primeira torna-se supérflua do ponto de vista da técnica legislativa” – Hans KELSEN, *Teoria...*, op. cit., p. 60-61.

¹⁶⁵ **Teoria do fato jurídico...**, op. cit., p. 33.

Ressaltemos, contudo, que o pensamento kelseniano sofreu considerável mudança no que diz respeito a tais designações, pelo que se pode depreender da sua obra, postumamente publicada, *“Allgemeine Theorie der Normen”* (*“Teoria Geral das Normas”*)¹⁶⁶. É bem verdade, reconhecamos, que esse entendimento pode ter sido influenciado pelas afirmações, carregadas de forte convicção, formuladas por JOSÉ FLORENTINO DUARTE, responsável pela tradução da *“Allgemeine Theorie der Normen”*. Inclusive, nas *“Palavras do Tradutor”*, postas logo no início da versão em português, FLORENTINO DUARTE abre breve tópico, intitulado *“Kelsen corrige-se a si mesmo”*, em que trata da inversão da posição de HANS KELSEN, assim escrevendo:

O muito que se divulgou no mundo com referência à norma primária e à secundária também não mais corresponde à última opinião de Kelsen. Ele modificou, radicalmente, o seu entendimento sobre a qualificação de duas normas que se interligam num núcleo de um preceito: uma descrevendo a conduta devida e a outra fixando a consequência jurídica da infringência.

A segunda norma, Kelsen qualificara primária e a primeira, secundária. No presente tratado, porém, retificou seu antigo modo de pensar: a primeira, hoje, em terminologia kelseniana, é a norma primária e a segunda, a norma secundária¹⁶⁷.

Em que pese a firmeza das notas de JOSÉ FLORENTINO DUARTE, a mudança do entendimento de HANS KELSEN acerca da qualificação da norma primária e da norma secundária é recebida

¹⁶⁶ Nesse sentido, oportunas as palavras do mestre de Viena: *“Se se admite que a distinção de uma norma que prescreve uma conduta determinada e de uma norma que prescreve uma sanção para o fato da violação da primeira seja essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como secundária – e não o contrário, como o foi por mim anteriormente formulado. A norma primária pode, pois, aparecer inteiramente independente da norma secundária. Mas é também possível que uma norma expressamente formulada, a primeira, i.e., a norma que impõe uma conduta determinada geralmente não apareça, e apenas apareça a norma secundária, i.e., a norma que estabelece a sanção. Desta forma formulam-se reiteradamente normas jurídicas nas modernas leis” – Teoria geral das normas.* Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 181.

¹⁶⁷ In Hans KELSEN, *Teoria geral...*, op. cit., p. IX.

com ressalvas por autores como MARCOS BERNARDES DE MELLO e FÁBIO ULHÔA COELHO¹⁶⁸.

Apesar disso, abracemos o posicionamento da doutrina majoritária, que sustenta a retificação do pensamento kelseniano, de maneira que a norma primária passou a ser aquela encarregada de prever a conduta, e a norma secundária, aquela destinada a estabelecer a sanção correspondente, na hipótese de descumprimento da primeira¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Para MARCOS BERNARDES DE MELLO, essa mudança de pensamento de HANS KELSEN deve ser considerada com bastante reserva. Primeiramente, porque nos capítulos 15 e 34 da mesma obra são expressos os mesmos conceitos originais. Em segundo lugar, porque no capítulo 35 (onde se diz ter havido a modificação do seu pensamento), KELSEN afirma que “[...] a norma que estatui um ato coercitivo como sanção então aparece como a norma primária, e a norma nela implícita (a qual não é de fato, nem necessita sê-lo, expressamente formulada), a norma secundária”. Ademais, MARCOS BERNARDES DE MELLO alerta que “[...] a *Allgemeine theorie der normen* é obra póstuma, construída a partir de uma grande quantidade de escritos produzidos esparsamente por Kelsen nos últimos anos de sua vida e ordenados para publicação sob a responsabilidade do Instituto Hans Kelsen, de Viena, que, apesar da inquestionável competência científica de seus integrantes, não poderia rever os escritos a ponto de escolher entre posições”. E, ainda, pontua que um autor do quilate de HANS KELSEN não cometeria tais incoerências e imprecisões – **Teoria do fato jurídico...**, op. cit., p. 34-35, nota 35-A. Em relação à “*Allgemeine Theorie der Normen*” (“*Teoria Geral das Normas*”), FÁBIO ULHOA COELHO sustenta: “Kelsen denominou as normas não autônomas dessa categoria secundárias e as instituidoras de sanção primárias, numa clara referência à importância atribuída a elas pela teoria pura. A denominação imaginada é exatamente oposta à de Cossio, com quem Kelsen manteve interessante colóquio [...]. Em sua obra póstuma, ao discutir a formulação de Cossio para a estrutura da norma, Kelsen não revela qualquer disposição para inverter as designações escolhidas, chegando a diferenciar a estrutura das normas morais e jurídicas a partir dessas categorias” – **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 26. E alinhando-se com o que afirmou MARCOS BERNARDES DE MELLO, o professor da PUC/SP assim ressalta: “[...] lembre-se que o exame de qualquer obra póstuma deve ser feito com cautelas próprias, pois nunca se pode ter certeza se o seu conteúdo corresponde à formulação final do pensamento de quem a estava elaborando. Além do mais, Kelsen sabidamente não queria decidir ele próprio se o seu último trabalho mereceria ser publicado, transferindo a decisão para seu amigo e discípulo Rudolf Métall” – *Ibidem*, p. X.

¹⁶⁹ Demonstrando acreditar na efetiva alteração do pensamento de HANS KELSEN, PAULO DE BARROS CARVALHO assim escreve: “Não seguimos a terminologia inicialmente acolhida por Kelsen: norma primária a que prescreve a sanção e secundária a que estipula o dever jurídico a ser cumprido. Fico na linha de pensamento de Lourival Vilanova, coincidente, aliás, com o recuo doutrinário registrado na obra póstuma do mestre de Viena” -- **Direito tributário...**, op. cit., p. 55.

3. A NORMA PREMIATIVA

3.1 Forma e fundo

Dentro do estudo das normas jurídicas, destacam-se as comumente conhecidas “normas premiais”, por nós denominadas “normas premiativas”¹⁷⁰. Basicamente, a chamada “norma premiativa” decorre da ideia de que uma norma pode prever em seu conseqüente a concessão de uma vantagem ou prêmio – e aqui está a origem da expressão – como técnica motivacional de indução de comportamentos desejáveis.

Contranota da “pena”, entendida, obviamente, como a punição ou castigo imposto em virtude do descumprimento de um preceito normativo, o “prêmio” – a resposta pela prática de uma conduta socialmente desejada – também é, assim como aquela, parte integrante da consequência jurídica que o ordenamento estabelece para determinados comportamentos humanos. Em razão disso, o estudo da “norma premiativa”, por óbvio, conduz-nos, inevitavelmente, ao exame da sanção, mais especificamente da chamada “sanção positiva” ou “premiativa”¹⁷¹.

Principiemos, portanto, por revelar os contornos, ou melhor, por nos aproximar do significado atribuído ao termo “sanção”, aqui, isolado, para fins de análise, tendo em vista a sua especial importância para o estudo da “norma premiativa”.

¹⁷⁰ De modo a justificar a nossa opção, formalizamos, aqui, a nossa humilde crítica em relação ao vocábulo “*premiat*”. Em pesquisa realizada na página da Academia Brasileira de Letras na internet – www.academia.org.br –, e, também, no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, que recebe a chancela da Lei nº 5.765, de 18 de dezembro de 1971, verificamos que a palavra “*premiat*” não existe em português. Trata-se, portanto, de neologismo intolerável que prosperou livremente, sendo amplamente utilizada pela doutrina para referir-se à norma jurídica cujo conseqüente normativo preveja uma recompensa ou prêmio em razão do cumprimento de determinado preceito, dentre outros comportamentos desejáveis. Dessa forma, em nosso sentir, “norma premiativa” é a designação que mais se alinha à língua portuguesa, para não dizer que é a única denominação possível. Portanto, para efeito de padronização linguística, abandonaremos as expressões “*norma premiat*” e “*sanção premiat*”, passando a chamar tais figuras de “*norma premiativa*” e “*sanção premiativa*”.

¹⁷¹ “É próprio do Direito a possibilidade, entre certos limites, de ser violado”, ensina-nos MIGUEL REALE. Desse modo, e com razão, afirma o autor, as leis jurídicas não podem ser compreendidas desprovidas de sanção – MIGUEL REALE, **Filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 257.

3.2 O conceito de sanção no Direito

O vocábulo “sanção” tem raiz etimológica no latim. Deriva de “*sanctio*”, “*sanctionis*”, de “*sancire*” – estabelecer uma lei, ou estabelecer por lei –, possuindo duas significações distintas: (i) uma primeira, vinculada ao processo legislativo, relativa ao ato pelo qual o chefe do Executivo confirma a lei votada pelo Poder Legislativo, aponto a sua aprovação e encaminhando-a para posterior promulgação e publicação; e (ii) outra, edificada na consequência jurídica, positiva ou negativa, dos atos praticados pelos indivíduos¹⁷².

Lançada essa singela definição, convenhamos, sem falsa ingenuidade, que é recorrente o entendimento de que a sanção consiste numa ameaça, num castigo ou, ainda, constrangimento legal, assumindo, assim, uma conotação estritamente pejorativa e repressiva. Visualizar o termo sanção apenas sob essa perspectiva – que supervaloriza a “pena”, aplicável em virtude do descumprimento de um preceito normativo – é desconsiderar a plenitude da consequência normativa, ou seja, é deixar de lado um dos efeitos que compõem a dinâmica da norma, qual seja: o oferecimento de um prêmio, como forma de valorizar e encorajar a prática de um comportamento considerado correto, conduzido de maneira convergente com os interesses da sociedade.

Aliás, em que pese ser dilatada a prática de conceituar a sanção apenas sob o enfoque do “castigo”, tal postura é injustificável, na medida em que não apenas os manuais de Direito, mas também importantes dicionários da língua portuguesa apontam para a existência de uma sanção consubstanciada numa recompensa¹⁷³.

No labor científico de fixar o conceito de “sanção”, recorremos a DE PLÁCIDO E SILVA, que assim nos orienta:

[...] *sanção* significa o meio coercitivo disposto pela própria lei, para que se imponha o seu mando, ou a sua ordenança.

¹⁷² De Plácido e SILVA, **Vocabulário Jurídico**. Edição universitária. Volume III, J-P, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 169-170.

¹⁷³ É o caso, por exemplo, do “*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*”, que nos permite realizar uma primeira aproximação do significado do vocábulo sanção: “[...] *pena ou recompensa que corresponde à violação ou execução de uma lei [...]*” – Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 2508.

Assim, *sanção* e *coercibilidade* têm significados idênticos, tendentes ambos em assinalar as vantagens ou as penalidades decorrentes do *cumprimento* ou da *falta de cumprimento* do mando legal.

Em princípio, toda norma legal traz a própria sanção, em virtude do que há sempre uma vantagem, ou uma pena ligada ao seu fiel cumprimento ou à sua transgressão. Por ela é que se torna efetiva a *coação*, asseguradora do direito, pela qual se convoca a proteção do poder público¹⁷⁴.

Também GERALDO ATALIBA acena para uma noção mais ampla do termo sanção; e, em certa medida, para a possível existência de sanções consubstanciadas na concessão de um prêmio:

A sanção não é sempre e necessariamente um castigo. É mera consequência jurídica que se desencadeia (incide) no caso de ser desobedecido o mandamento principal de uma norma. É um preconceito que precisa ser dissipado – por flagrantemente anticientífico – a afirmação vulgar, infelizmente repetida por alguns juristas, no sentido de que a sanção é castigo. Pode ser, algumas vezes. Não o é muitas vezes. Castigo, pena, penalidade é espécie do gênero sanção jurídica. Nem toda sanção é castigo, embora todo castigo (espécie) seja sanção¹⁷⁵.

No entanto, em que pese o reconhecimento de uma noção larga de sanção por parte de GERALDO ATALIBA, concordamos apenas parcialmente com o seu entendimento. Isso porque, de acordo com o ponto de vista manifestado em seu texto, a sanção seria uma consequência da desobediência de um preceito normativo, quando, em verdade, não o é. A sanção surge, como afirma TERENCE DORNELES TRENNEPOHL, “[...] ora como consequência boa, ora como ruim, dependendo da norma, ou do preceito que contiver uma ordem”¹⁷⁶.

É bem possível que o pensamento reducionista do conceito de sanção decorra, acreditamos, da visão kelseniana de que, em face de uma determinada conduta indesejada, o ordenamento jurídico

¹⁷⁴ **Vocabulário...**, *op. cit.*, p. 170.

¹⁷⁵ **Hipótese...**, *op. cit.*, p. 44.

¹⁷⁶ **Incentivos fiscais no direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

reage por meio da imposição de uma penalidade, aplicada coativamente e, se necessário, com o uso da força física¹⁷⁷⁻¹⁷⁸⁻¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Tal como já mencionado, segundo HANS Kelsen, o Direito é uma ordem coativa. Eis as palavras do mestre de Viena: *“Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas – particularmente contra condutas humanas indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros –, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto. Diz-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, aplica-se um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal (sic)”*. Teoria..., op. cit., p. 35-36.

¹⁷⁸ Como acena NORBERTO BOBBIO, a importância atribuída às sanções negativas, ou seja, aquelas que impõem um castigo, decorre da concepção dominante, que considera o Direito como ordenamento coativo, estabelecendo, desse modo, um “[...] vínculo necessário e indissolúvel entre direito e coação” – **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de: Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 7.

¹⁷⁹ Merece, aqui, nota, a distinção entre “coercibilidade”, “coação” e “sanção”. ALFREDO AUGUSTO BECKER, logo no início do seu raciocínio, noticia que a própria doutrina reconhece o uso indiscriminado de tais termos. E prossegue afirmando que essa postura “[...] tem gerado a confusão sobre o verdadeiro e distinto conceito que cada um dos três referidos vocábulos deve exprimir [...]”. Explica, o jurista gaúcho, que toda regra jurídica “[...] supõe uma tensão ou a possibilidade da tensão, pois a regra (lei) jurídica não é criada para confirmar fenômenos naturais [...]”, de modo que, devido à distinção entre causalização científica (lei científica) e causalização jurídica (lei jurídica) e ao “[...] determinismo artificial imposto aos fatos pela lei jurídica”, não obstante exista uma regra jurídica, “[...] também coexiste a possibilidade material de sua violação (isto é, a não-sujeição aos efeitos jurídicos decorrentes da incidência da regra jurídica)”. Com base nessas prévias, mas robustas palavras, aliadas ao entendimento de que a juridicidade é a soma da regra, que deverá ter uma estrutura lógica, e da força dentro de si mesma, apta a desencadear uma específica atuação dinâmica da regra, ALFREDO AUGUSTO BECKER concluiu que “coercibilidade” “[...] é o vincular continuado da relação jurídica; é a propriedade lógica da relação jurídica [...]”, relação essa “[...] essencialmente bilateral atributiva”. A “coercibilidade”, portanto, é “[...] o corolário imediato daquela bilateralidade atributiva”. A seu turno, a “coação”, segundo ALFREDO AUGUSTO BECKER, é “[...] a utilização da força material para obter-se a sujeição à força espiritual da eficácia jurídica: relação jurídica”. Esclarecendo um pouco mais, quando a realização da relação jurídica não é espontânea, haverá dissonância entre “[...] a realidade do plano material (a não satisfação da prestação) e a realidade no plano espiritual (o dever jurídico de prestá-la)”. Assim, de forma mais clara, a “coação” “[...] é a realização, no plano material, da vinculação jurídica já existente, no plano espiritual, em virtude da coercibilidade”. Por fim, a “sanção”, de acordo com ALFREDO AUGUSTO BECKER, é a regra jurídica, expedida pelo legislador, que “[...] incidirá no caso de acontecer a não-sujeição [...]” à eficácia jurídica oriunda de determinada regra, como forma de dificultar essa não-sujeição (desrespeitabilidade) – **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 332-338.

Não estamos aqui a afirmar que HANS Kelsen não visualizava a possibilidade de, a depender da observância ou não de um preceito normativo, conceder-se ao indivíduo uma vantagem, um prêmio. Pelo contrário, a leitura de sua rica produção intelectual, permite-nos verificar que o mestre de Viena reconhece a existência de sanções (consequências) consubstanciadas numa recompensa. É o que extraímos de suas próprias palavras, colhidas tanto da *“Teoria Pura do Direito”* quanto da *“Allgemeine Theorie der Normen”* (*“Teoria Geral das Normas”*).

Em sua obra publicada postumamente, *“Allgemeine Theorie der Normen”* (*“Teoria Geral das Normas”*), em 1979, pelo Instituto Hans Kelsen, o autor apresenta-nos a definição do princípio retributivo (*“Vergeltung”*), de maneira que fica claro que o Direito, enquanto ordem normativa e social, ou seja, como instrumento de indução de comportamentos sociais, regula as condutas humanas intersubjetivas, incentivando os indivíduos a praticarem ações consideradas socialmente adequadas e a se absterem da prática de condutas perniciosas. São suas palavras a respeito do princípio retributivo:

[...] é o princípio segundo o qual deve ser punida a conduta contrária à sociedade: àquele que se conduz mal, um mal deve ser aplicado; a conduta adequada à ordem social deve ser recompensada: àquele que se conduz bem, um bem deve ser feito¹⁸⁰.

A leitura do trecho acima reproduzido conduz-nos ao raciocínio de que a consequência ou o efeito – que pode ser benéfico ou maléfico – irradiado pela norma jurídica, varia de acordo com o comportamento efetivamente adotado pelo indivíduo, ou seja, está condicionado à observância ou não do disposto pelo ordenamento jurídico. Essa consequência estatuída pela ordem normativa é denominada sanção.

Esse entendimento, que nos aponta, nitidamente, que a sanção alberga tanto uma pena como uma recompensa – sendo, portanto, considerada uma consequência do ordenamento jurídico, ou ainda, em outros termos, uma retribuição da conduta praticada, – é visualizado desde a *“Teoria Pura do Direito”*, importante obra de

¹⁸⁰ **Teoria geral...**, *op. cit.*, p. 31.

HANS KELSEN¹⁸¹. No entanto, notamos, claramente, em duas passagens da “*Teoria Pura do Direito*”, que as consequências normativas que concedem prêmios ou recompensas, segundo o mestre de Viena, ficam relegadas a um segundo plano. A primeira delas é a seguinte:

[...] usualmente, designa-se por sanção somente a pena, isto é, um mal – a privação de certos bens como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, valores econômicos – a aplicar como consequência de uma determinada conduta, mas já não o prêmio ou a recompensa¹⁸².

E o segundo trecho:

As modernas ordens jurídicas também contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações. Estas, porém, não constituem característica comum a todas as ordens sociais a que chamamos Direito nem nota distintiva da função essencial destas ordens sociais. Desempenham apenas um papel inteiramente subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação¹⁸³.

A noção de HANS KELSEN acerca do papel essencial da sanção, na construção de seu sistema jurídico e da sua presença na estrutura da norma jurídica, é bastante criticada. Encontramos, talvez, em MARCOS BERNARDES DE MELLO, as críticas mais diretas à proposta kelseniana, a qual, segundo o autor, “[...] parece insuficiente para explicar, em sua plenitude, o fenômeno jurídico”¹⁸⁴.

¹⁸¹ “A ordem social pode prescrever uma determinada conduta humana sem ligar à observância ou não observância deste imperativo quaisquer consequências. Também pode, porém, estatuir uma determinada conduta humana e, simultaneamente, ligar a esta conduta a concessão de uma vantagem, de um prêmio, ou ligar à conduta oposta uma desvantagem, uma pena (no sentido mais amplo da palavra). O princípio que conduz a reagir a uma determinada conduta com um prêmio ou uma pena é o princípio retributivo (*Vergeltung*). O prêmio e o castigo podem compreender-se no conceito de sanção” – *Teoria...*, op. cit., p. 26.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 37.

¹⁸⁴ *Teoria do fato jurídico...*, op. cit., p. 38.

Primeiramente, ao comentar a posição da corrente sancionista¹⁸⁵ – que tem em HANS Kelsen seu maior expoente –, entende MARCOS BERNARDES DE MELLO que ao recusar a marca da juridicidade às normas que não apresentam sanção em sua estrutura (proposições jurídicas imperfeitas), normas de altíssima relevância, como é o caso das normas que veiculam direitos fundamentais, seriam consideradas normas auxiliares, perdendo, desse modo, significativamente, a sua importância e “status” no plano jurídico¹⁸⁶.

Além disso, ao fazer da sanção elemento essencial ao Direito, a proposta kelseniana confunde a obrigatoriedade – possibilidade de imposição da norma pela autoridade que detém o poder de realizar, forçadamente, o Direito – das normas jurídicas com a coação¹⁸⁷. A esse respeito, explica MARCOS BERNARDES DE MELLO que, na obrigatoriedade, “[...] *pode haver coação, pena, sanção, sempre, portanto, com caráter de probabilidade, nunca, porém, de necessidade*”¹⁸⁸. Ou seja, a obrigatoriedade não conduz, infalivelmente, ao raciocínio de que é necessária a coação, representada pela sanção. Inclusive porque, conforme destaca MARCOS BERNARDES DE MELLO, há “[...] *situações, até, em que o direito se efetiva premiando, como acontece com as normas promocionais*”, objeto de nossa análise no presente tópico e que são de suma importância para o desenvolvimento do nosso trabalho. Desse modo, conclui o autor: “*A obrigatoriedade das normas jurídicas reside, em última análise, na sua incidência*”¹⁸⁹.

Finalmente, lembra MARCOS BERNARDES DE MELLO, ao recusar às normas que não contêm sanção específica o caráter de normas jurídicas típicas, HANS Kelsen acaba por negar a função

¹⁸⁵ O problema da estrutura lógica da norma jurídica é complexo e tem gerado profundas divergências doutrinárias, sintetizadas na bipartição entre “sancionistas” e “não sancionistas”. A visão “sancionista”, capitaneada por HANS Kelsen, sustenta que a norma jurídica é uma proposição bimembre, composta por uma norma primária, correspondente à conduta ordenada, e por uma norma secundária, que impõe uma sanção pelo descumprimento da primeira. O pensamento “não sancionista”, por sua vez, sustentado por autores como Larenz, von Tuhr e Pontes de Miranda, defende que “[...] *a norma jurídica é uma proposição completa quando contém, simplesmente, a descrição do suporte fático e a prescrição do preceito a ele correspondente*” – *Ibidem*, p. 36.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 38.

¹⁸⁷ *Idem*.

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ *Idem*.

educativa e promocional das normas jurídicas, relacionada à adaptação social do homem¹⁹⁰. E é exatamente em relação a este ponto – além, é claro, dos demais citados pelo autor – que divergimos da integralidade da proposta kelseniana, de modo que, assim como SIMONE MARTINS SEBASTIÃO – que em densa pesquisa demonstrou que o ordenamento jurídico não é exclusivamente coativo, no sentido de conter apenas normas negativas, que impõem uma pena –, entendemos que a coação consiste num elemento próprio, mas que, embora predominante, não é essencial ou indissociável, do Direito, razão pela qual é razoável compreendermos o Direito, não apenas em sua visão estrutural, mas também de um ponto de vista funcional, a partir, portanto, de sua perspectiva premiativa, que evidencia a sua “função promocional”.

Decorrência lógica desse raciocínio é que a noção de sanção, como consequência normativa, deve ser compreendida em seu sentido lato, que abrange tanto um prêmio ou vantagem quanto uma punição, a depender da ideologia da norma.

3.3 A função promocional do Direito: sanção negativa e sanção positiva (premiativa)

A transição do positivismo jurídico, de nítida inspiração kelseniana – pautado numa análise puramente estrutural do Direito –, para a sua concepção funcional, marca a consagração da chamada “função promocional do Direito”, em oposição à sua função protetivo-repressiva.

Essa guinada de visão caracteriza-se, basicamente, pela consideração de que o Direito também se desenvolve por meio da implementação de técnicas promocionais, ou, de forma mais clara, mediante a utilização de mecanismos que não apenas visam a impedir atos socialmente indesejáveis, mas, sim, promover a prática de atos socialmente desejáveis, recorrendo às chamadas “sanções positivas”¹⁹¹. Ou seja, não se trata exatamente de uma ruptura de

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹⁹¹ Mencionando a evolução da forma pela qual o Direito é concebido, ou seja, referindo-se à transição da teoria estrutural do Direito para uma teoria que o considere sob uma perspectiva funcional, MARCO AURÉLIO GRECO assim afirma: o “ordenamento positivo moderno está preocupado não apenas com a atribuição de um status ao indivíduo, mas também com a verificação do contexto em que os direitos se encontram. Não se trata apenas de definir prerrogativas. O ordenamento positivo

concepções opostas e supostamente inconciliáveis, mas sim da adoção de uma postura que encontra expressão na conjugação das visões estrutural e funcional do Direito, que, embora distintas, são complementares¹⁹².

Nesse sentido, inspiradora e instigante é a obra *“Dalla Struttura Alla Funzione”*, de 1977, de autoria do jusfilósofo e cientista político italiano NORBERTO BOBBIO, que apresenta uma vastíssima e importante produção intelectual, dotada de elevada densidade teórica¹⁹³. Professando a passagem do paradigma estrutural do Direito para uma visão centrada também em sua função, NORBERTO BOBBIO move-se em direção inovadora, ao afirmar que o Direito não se restringe a adotar apenas “normas negativas”, fazendo uso, também de “normas positivas”, como forma de direcionamento social. E caminha um pouco além, ao perceber que tanto as primeiras

mudou o perfil da disciplina da conduta individual para, mais do que definir relações, passar a regular os efeitos das condutas em relação a terceiros”. E prossegue: *“A mudança de perfil está em que não se examina mais apenas a estrutura da relação criada pelo Direito, mas se examina também a função desta relação. Esta é uma mudança na perspectiva pela qual se abordam os fenômenos jurídicos”* – **Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 72.

¹⁹² *“Aceitar a função como elemento essencial do direito não implica [...] a rejeição de uma visão estrutural do direito. Trata-se, não de um repúdio, mas sim de um completamento: a explicação estrutural do direito conserva intacta a sua força heurística, mas deve ser completada com uma explicação funcional do direito, ausente em Kelsen porque este último seguira com rigor a escolha metodológica de concentrar-se no aspecto estrutural do direito, e não no aspecto funcional”* – Mario G. LOSANO, O pensamento de Norberto Bobbio, do positivismo jurídico à função do direito, in Norberto BOBBIO, **Da estrutura...**, op. cit., p. XLI.

¹⁹³ JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES bem expõe as nuances da evolução do positivismo jurídico à função do Direito no prefácio da obra *Incentivos Fiscais no Direito Ambiental*, de TERENCE DORNELES TRENNEPOHL. Assim escreve o jurista pernambucano: *“À sanção jurídica sempre esteve atribuída uma função repressiva de condutas ilícitas objeto de estudos da Teoria Geral do Direito. Essa orientação porém suporta uma reversão com a obra de NORBERTO BOBBIO, Dalla Struttura alla Funzione, 1977. Esta obra realiza a divisa de HEIDEGGER: ir além do que o pensador pensou para descobrir e enfrentar o que nele restou impensado. BOBBIO, que fora até então um estruturalista, ao modo de KELSEN, passou a estudar a função, ou seja, o elemento teleológico presente na normatividade jurídica. Enfrentou, em caráter pioneiro, ao menos pelo seu invulgar aprofundamento, o tema das sanções positivas, cujo objeto não é reprimir comportamentos, como nos ilícitos penas, mas incentivá-los, como nos incentivos fiscais (isenções e reduções do tributo)”* – Prefácio, in Terence Dorneles TRENNEPOHL, **Incentivos...**, op. cit., p. 17.

quanto estas últimas podem ser reforçadas por “sanções positivas” ou por “sanções negativas”¹⁹⁴.

Dentro desse contexto, uma vez observado o Direito sob a sua perspectiva funcional – evidenciando revestir-se, assim, de uma função promocional –, exige-se uma releitura da noção de sanção, ou melhor, um redimensionamento do seu conceito, para também abarcar e conferir outro relevo às “sanções positivas”.

Desse modo, tal como anteriormente afirmado, páginas atrás, a sanção, entendida como consequência normativa ou, ainda, como efeito jurídico, representa tanto um castigo quanto um prêmio ou vantagem, conforme a ideologia da norma jurídica considerada. Garante, portanto, ao ordenamento jurídico, “[...] *ao menos em potência, a eficácia de suas próprias prescrições*”¹⁹⁵.

Nessa mesma linha de raciocínio, de assegurar o cumprimento dos comandos normativos, MIGUEL REALE entende que sanção “[...] *é toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório*”, de modo que, sem restringir o seu conceito, compreende a sanção como “[...] *aquela consequência querida, desejada, posta com o fim específico de tutelar uma regra*”¹⁹⁶.

Como “[...] *medidas tendentes a assegurar a execução das regras de direito [...]*”, as sanções, como assevera o saudoso professor de Filosofia do Direito da USP, podem ser “[...] *preventivas, repressivas ou premiaias [...]*”, do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, podendo, prossegue o autor, “[...] *contar ou não com a*

¹⁹⁴ Em suas palavras, o jusfilósofo italiano esclarece: “*Ainda que, de fato, as normas negativas apresentem-se habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas apresentem-se predominantemente predispostas ao (e aplicadas para o) fortalecimento das normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Em um sistema jurídico, muitas das normas reforçadas por sanções negativas são normas positivas (comandos de dar ou de fazer). As técnicas de encorajamento do Estado assistencial contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Em outras palavras, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Portanto, podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos*” (sic) – **Da estrutura...**, op. cit., p. 6.

¹⁹⁵ Edmar Oliveira ANDRADE FILHO, **Infrações e sanções tributárias**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 48.

¹⁹⁶ **Filosofia...**, op. cit., p. 260.

*obediência e a execução espontânea dos obrigados*¹⁹⁷. Como consequência de uma norma jurídica, “[...] a sanção visa a dar condições de eficácia do direito porque sem elas as normas jurídicas não passariam de normas de cunho moral”. Apta está, portanto, a regular a vida em sociedade, cumprindo, assim, as mais diversas funções no ordenamento jurídico. Daí falarmos em “sanções negativas” e “sanções positivas”.

As sanções em seu sentido negativo são, em linhas gerais, “[...] consequência da violação de um dever-ser que, por vezes, autoriza o uso da força pelo Estado-juiz ou quem lhe faça as vezes”, estando associadas “[...] à ideia de ameaça”, conforme disserta EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO¹⁹⁸.

Em direção semelhante, MARCO AURÉLIO GRECO sustenta que a “[...] punição assume uma feição fundamentalmente de um ‘não faça’”, de maneira que, para ele, “[...] punir significa impedir a conduta”¹⁹⁹.

Por sua vez, as “sanções positivas” funcionam como alavancas do movimento social, denotando, como já tivemos a oportunidade de anotar anteriormente, a ideia de “[...] mérito ou prêmio”²⁰⁰. São importantes instrumentos de realização dos ideais do Estado. E, tendo como cerne a indução de comportamentos desejáveis, passíveis, portanto, de premiação e recompensa, pressupõem “[...] a prática de um ato lícito que esteja conforme com a norma que a prevê como consequência de uma ação”²⁰¹.

Assevera, assim, MARCO AURÉLIO GRECO, que a “sanção positiva” está relacionada ao que se convencionou chamar de “[...] supercumprimento da lei [...]”, que quer significar, como escreve o autor, que “[...] o agente estará agindo licitamente, mas se, além de agir licitamente, realizar uma conduta mais desejável pelo ordenamento, o próprio ordenamento atribui uma consequência positiva que é a figura do prêmio, da chamada sanção premial”²⁰².

Do raciocínio até aqui exposto, e reafirmando o quê, de certa forma, já foi dito, temos que as “sanções positivas” realizam a “função

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 673.

¹⁹⁸ **Infrações**..., *op. cit.*, p. 50.

¹⁹⁹ **Planejamento**..., *op. cit.*, p. 91.

²⁰⁰ **Infrações**..., *op. cit.*, p. 53.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 54.

²⁰² **Planejamento**..., *op. cit.*, p. 90.

promocional do Direito”, funcionando, portanto, como elementos determinantes do chamado “Direito Premiativo”, ou, na expressão cunhada por NORBERTO BOBBIO, “Direito Premial”, assimilada por MARIO G. LOSANO²⁰³.

Assim, sob a perspectiva da sua “função promocional”, retomando o que foi anotado no início deste item, o Direito deixa de apresentar uma imagem puramente protetora-repressiva, escorada no uso de técnicas desencorajadoras, que contêm uma ameaça, para passar a estabelecer mecanismos de encorajamento de condutas alinhadas aos padrões e valores reputados como relevantes pela sociedade, por meio da concessão de prêmios ou vantagens. E é justamente dentro desse contexto que se nota a diferença existente entre o ordenamento com função protetivo-repressiva e o ordenamento com função promocional, característico do Estado contemporâneo, em que se empregam mais frequentemente as técnicas encorajadoras²⁰⁴.

Do que refletimos até o momento, podemos notar, portanto, que o Direito, em sua função promocional, promove o dirigismo social,

²⁰³ **Da estrutura...**, *op. cit.*, p. XLI e 9.

²⁰⁴ Em relação às técnicas de encorajamento e de desencorajamento, oportunas são as palavras de NORBERTO BOBBIO: “*Em relação a um sistema normativo, os atos humanos podem distinguir-se em atos conformes e atos desviantes. Pois bem, em relação aos atos conformes, a técnica do desencorajamento visa proteger o seu exercício, tutelando a possibilidade de fazer ou não fazer, caso se trate de atos permitidos, a possibilidade de fazer, caso se trate de atos obrigatórios, e a possibilidade de não fazer, caso se trate de atos proibidos. Em relação aos atos desviantes, a técnica do desencorajamento tem por alvo, atribuindo-lhes determinadas conseqüências, apenas os atos desviantes por defeito, os atos propriamente não-conformes, e limita-se a tolerar – não lhes atribuindo qualquer efeito jurídico – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes (as chamadas ações superrogatórias). Ao contrário, a técnica do encorajamento visa não apenas a tutelar, mas também a provocar o exercício dos atos conformes, desequilibrando, no caso de atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade de não fazer, tornando os atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes. Quanto aos atos desviantes, essa técnica considera – atribuindo-lhes determinadas conseqüências – os atos desviantes por excesso, isto é, os atos superconformes, enquanto se torna cada vez mais tolerante em relação a certos atos desviantes por defeito” – **Da estrutura...**, *op. cit.*, p. 14-15. E, realçando a transformação no modo de se realizar o direcionamento social, arremata o jusfilósofo italiano: “*Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precipuo impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalcitrantes*” – *Ibidem*, p. 15.*

constituindo, inegavelmente, importante ferramental para o Estado atuar no âmbito das atividades econômicas.

Importante questão que se põe, a esta altura, é aquela relativa à forma pela qual se expressa a “função promocional do Direito”, ou seja, aquela atinente aos instrumentos por meio dos quais o Estado, atuando no plano psicológico, induz comportamentos.

E, nesse sentido, NORBERTO BOBBIO leciona que o teor promocional do Direito pode ser exercido mediante os prêmios, em oposição às penas, e os incentivos, contranota dos desincentivos. Por incentivos, entende o jusfilósofo italiano as “[...] *medidas que servem para facilitar o exercício de uma determinada atividade econômica*”, acompanhando-a em sua formação. Enquanto isso, os prêmios são as “[...] *medidas que visam oferecer uma satisfação àqueles que já tenham realizado uma determinada atividade*”, sendo concebidos em seguida, num momento em que a atividade já fora realizada²⁰⁵. Dito de outra forma, mais sucinta, como expedientes típicos de manifestação da “função promocional do Direito”, o prêmio “[...] *é uma resposta a uma ação boa*” e o incentivo é um recurso para “[...] *obter uma ação boa*”²⁰⁶.

Dessa maneira, como anota NORBERTO BOBBIO, a “[...] *função do ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos*”²⁰⁷. É exatamente esse raciocínio – de direção, ou melhor, indução de comportamentos – que norteia a tributação com teor extrafiscal, cujos objetivos são assegurados não pela coação, mas pelo respeito à liberdade dos indivíduos, encorajados que são a praticar condutas sintonizadas com as políticas públicas implementadas pelo Estado.

3.4 A estrutura da norma premiativa

Já afirmamos páginas atrás, no item 2.2, e na segura companhia de PAULO DE BARROS CARVALHO, JOSÉ ROBERTO VIEIRA e AURORA TOMAZINI, que todas as normas jurídicas

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 72.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 72-73.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 79.

apresentam esquematização formal idêntica. É a chamada “*homogeneidade lógica das unidades do sistema*”.

No entanto, em relação à norma premiativa, consideramos necessário examinar o seu arquétipo mais cuidadosamente, e não nos atermos à simplista afirmação de que apresentam estrutura lógica idêntica à das demais.

Para tanto, socorremo-nos, num primeiro momento, das lições de NORBERTO BOBBIO; e, em seguida, apoiamo-nos nas formulações de TERENCE DORNELES TRENNEPOHL, que, trabalhando o juízo hipotético de HANS KELSEN, contrapondo-o ao juízo disjuntivo de CARLOS COSSIO, e examinando, ainda, a estrutura da norma jurídica em FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, destacou a existência da “sanção positiva” (premiativa) e posicionou-a na estrutura da norma jurídica, tanto de acordo com a teoria de CARLOS COSSIO quanto na visão da doutrina de PONTES DE MIRANDA.

Aqui, de modo complementar, entendemos terem lugar também as reflexões de LUÍS EDUARDO SCHOUERI, no que diz respeito à estruturação normativa das chamadas “normas tributárias indutoras”²⁰⁸; em que pese o estudo desenvolvido pelo professor da USP tenha, assumidamente, enfoque pragmático²⁰⁹.

No item anterior, afirmamos que NORBERTO BOBBIO distingue “prêmio” de “incentivo”. Tal distinção é conceitualmente significativa, na medida em que, como acentuou o autor, apenas o “prêmio” se insere na categoria de “sanção positiva”, de modo que a sua antítese, ou seja, a “pena” enquadra-se na “sanção negativa”. Em relação ao “incentivo”, a sua contranota, o “desincentivo”, leciona o

²⁰⁸ As “normas tributárias indutoras” são instrumentos de intervenção sobre o domínio econômico, prestando-se “[...] à correção das deficiências do mercado quanto à implementação da Ordem Econômica prescrita na Constituição”. Ainda nos dizeres de LUÍS EDUARDO SCHOUERI, tais normas “[...] não se identificam por critérios teleológicos, mas a partir de sua função”, ou seja, trata-se de “[...] um aspecto das normas tributárias, no qual se destaca uma de suas funções, a indutora”. E, sob essa perspectiva, afirma o autor, desempenham “[...] seu papel privilegiando o comportamento desejado ou discriminando o indesejado, direcionando, daí, o ambiente econômico ou social” – **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 204 e 355-356.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 30.

jusfilósofo italiano, “[...] *de modo algum pode ser inserido no conceito de sanção negativa, por mais que o ampliemos*”²¹⁰.

Desse modo, a sanção, tanto em sentido positivo, como em sua acepção negativa, enquanto reação, ou melhor, consequência jurídica dos comportamentos humanos, pressupõe a existência de uma norma primária – no sentido hartiano, explica NORBERTO BOBBIO, – que estabelece uma conduta, cuja observância ou transgressão determinará a sua atuação, sendo o encorajamento ou o desencorajamento um efeito derivado²¹¹.

Por sua vez, “[...] *no caso do incentivo e do desincentivo, o encorajamento ou o desencorajamento são as intenções principais: nem um nem outro pressupõe uma norma primária*”²¹².

Sob perspectiva das “sanções” e das “não-sanções”, então, “prêmio” e “pena” enquadram-se na primeira categoria, enquanto os “incentivos” e “desincentivos” pertencem a esta última. No entanto, considerados do ponto de vista das técnicas de encorajamento e de desencorajamento, os “prêmios” e os “incentivos” representam, como anteriormente mencionado, as duas formas típicas de manifestação da “função promocional do Direito”²¹³.

E como estamos a tratar do Direito em sua função promocional, desenvolvamos o nosso raciocínio sem nos afastar dessa perspectiva, para investigarmos a estrutura da norma premiativa.

Assim, fixada essa premissa, entendemos como NORBERTO BOBBIO, e concluímos ser possível considerar a fórmula kelseniana de norma jurídica a partir da “função promocional do Direito”, análise essa que não lhe proporciona alterações e não invalida a visão de HANS KELSEN quanto à enunciação estrutural do Direito.

Para justificar a nossa posição, observemos a expressão linguística da estrutura da norma jurídica kelseniana: “Se A, *então deve-ser B*”.

Considerando essa configuração e transplantando as variáveis “A” e “B” para o âmbito das normas premiativas, próprias da

²¹⁰ Da estrutura..., *op. cit.*, p. 72.

²¹¹ *Idem.*

²¹² *Idem.*

²¹³ *Ibidem*, p. 73.

perspectiva promocional do Direito, teríamos que se A é um comportamento lícito e desejado, então, como consequência, devemos ter B, uma “sanção positiva”, que conceda um prêmio. Disso decorre, afirma NORBERTO BOBBIO, que:

Uma norma desse gênero, como norma jurídica, cria, para o destinatário da norma primária, uma pretensão (direito subjetivo, ou interesse legítimo, pouco importa) em relação à administração pública, e, para esta, reciprocamente, o dever [*obbligo*] de consignar o prêmio, no caso de a condição prevista pela norma secundária ter-se verificado (*sic*)²¹⁴.

Lembra-nos, ainda, o jurista italiano, que são duas as principais teorias de HANS KELSEN sob a óptica estrutural: a nomoestática e a nomodinâmica. A primeira refere-se, nas palavras de NORBERTO BOBBIO, à “[...] *teoria da norma jurídica como juízo hipotético, que liga condição e consequência mediante o nexo da imputação*”. Enquanto a última diz respeito à teoria da “[...] *construção em graus do ordenamento*”²¹⁵.

Do ponto de vista formal, “[...] *a proposição ‘se é A, deve ser B’ vale tanto para as sanções negativas quanto para as positivas*”, de maneira que o princípio retributivo (“*Vergeltung*”) é aplicado indistintamente. Ou seja, a estrutura normativa não é afetada se colocada diante da perspectiva promocional do Direito²¹⁶.

Também em relação à teoria da construção em graus, não verificamos qualquer alteração. Isso porque, entendido o Direito como sistema normativo dinâmico, pouco importa o conteúdo da norma jurídica. Como anota NORBERTO BOBBIO, “[...] *que uma norma vise reprimir ou promover é algo que não tem qualquer relevância em relação à estrutura do ordenamento*”²¹⁷.

Examinada a estrutura da norma jurídica em HANS KELSEN, sob o ponto de vista do Direito em sua feição promocional, passemos a avaliar a estrutura da norma premiativa e a existência da “sanção positiva”, com apoio no interessante estudo empreendido por TERENCE DORNELLES TRENNEPOHL.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 74.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 77.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 77-78.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 78.

Corajosamente, esse autor enfrenta a questão da suposta inexistência da “norma premiativa”, nas teorias que concebem a norma jurídica numa estrutura complexa.

Como já tivemos a oportunidade de anotar anteriormente, a norma jurídica apresenta uma estrutura dúplice, formada pela norma primária (endonorma) e pela norma secundária (perinorma), de modo que esta última veicula uma sanção pelo descumprimento da primeira. Em razão disso, as teorias de HANS KELSEN e de CARLOS COSSIO, que expressam a estrutura normativa de forma complexa, não se prestariam a abarcar as “sanções positivas”, tendo em vista que, uma vez cumprida a determinação prescrita na norma primária (endonorma), não se aplicaria a norma secundária (perinorma), de caráter sancionador.

É nesse ponto que reside o desafio encarado por TERENCE DORNELLES TRENNEPOHL, que, percebendo tratar-se apenas de uma questão de posição da “sanção positiva” na estrutura da norma jurídica, concluiu, já adiantamos, pela existência das “sanções positivas” ou “premiativas”, independentemente da teoria adotada.

Iniciando pela teoria egológica de CARLOS COSSIO, é possível sustentar a existência das “sanções positivas” em sua formulação, em que pese o argentino MARIO ALBERTO COPELLO, discípulo de CARLOS COSSIO, defenda a sua inexistência.

Antes de avançarmos, cremos ser necessário apenas situarmos, brevemente, a questão relativa à inadmissão das “sanções positivas” pelo jurista argentino, muito embora já tenhamos adiantado, parcialmente, a problemática.

Em seu excelente *“Incentivos Fiscais no Direito Ambiental”*, TERENCE DORNELES TRENNEPOHL expõe que MARIO ALBERTO COPELLO, calcado nos estudos de seu predecessor, entendia não haver espaço para a “sanção positiva” na teoria egológica do Direito, “[...] pois esta deveria estar, necessariamente, na endonorma, no preceito”²¹⁸. Assim, tendo em vista que, na teoria de CARLOS COSSIO, a sanção está contida na “perinorma”, COPELLO não considerava possível, aqui com razão, alocar a sanção, no caso, positiva, na primeira norma, ou seja, na “endonorma”, tipicamente voltada ao comportamento; o que não significa, contudo, que assista

²¹⁸ *Incentivos...*, *op. cit.*, p. 50.

razão ao argentino quanto à inexistência de “sanções positivas” na estrutura da norma.

A ideia de COPELLO, num primeiro momento, seduz, pelo emprego da lógica estrutural da norma complexa, que apresenta na norma secundária (perinorma) a veiculação de uma sanção pelo descumprimento (ilícito) da norma primária (endonorma). No entanto, o raciocínio não persiste, num olhar mais apurado, que leve em consideração o grau de evolução e intervenção do Estado, e, ainda, em última instância, de nossa parte, a “função promocional do Direito”.

A sanção, de fato, está contida na “perinorma”. Entretanto, lembremos, tal como já afirmamos anteriormente, que a sanção, entendida como consequência normativa, comporta um sentido negativo e, também, positivo, compreendendo, assim, tanto um castigo ou pena quanto um prêmio ou vantagem. Sob essa óptica, então, não só é possível como, também, necessária, a inclusão da “sanção positiva” ou “premiativa” na estrutura da norma jurídica, alocando-a na “perinorma”.

Em sentido contrário, porém, TRENNEPOHL deslocou, na teoria egológica do Direito, a “sanção positiva” para a “endonorma”. Desse modo, cumpre-nos registrar a posição da “sanção premiativa” na estrutura da norma de CARLOS COSSIO, por meio da esquematização formal elaborada por TRENNEPOHL, que assim esclarece:

Dado o juízo disjuntivo por ele proposto, a sanção positiva estaria substanciada na endonorma, pois a conduta positiva seria premiada.

Dafí, para se compreender melhor, se assim visualizado:

Endonorma: Dado A → deve ser P. Sendo P → deve ser Sanção Positiva.

Ocorrendo a conduta desejada, é de se premiar o bom, para citar Hans Kelsen²¹⁹.

Digna de menção também é a esquematização formulada por TRENNEPOHL em relação à estrutura da norma em FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, cuja composição se revela bastante simples:

²¹⁹ *Ibidem*, p. 51.

Em Pontes de Miranda, [...] a estrutura da norma não é diferente. A estrutura da norma apresenta estrutura bastante simples e de fácil compreensão.

Ao mandamento previsto na norma, deverá decorrer um comportamento humano. O silogismo demonstra a regra:

Dado A → deve ser P. Sendo P → deve ser Sanção Positiva²²⁰.

Portanto, diante de todo o exposto, notamos que, seja pela via da análise sob a perspectiva promocional do Direito, seja do ponto de vista da sua posição na estrutura normativa, a “sanção positiva” ou “premiativa” faz-se presente na arquitetura da norma jurídica, em que pese a divergência dos seus pressupostos em relação à “sanção negativa”.

Ainda, de forma complementar, tal como já anunciamos no início deste item, as reflexões de LUÍS EDUARDO SCHOUERI, acerca das chamadas “normas tributárias indutoras”, muito embora não desafiem as “sanções positivas”, parecem-nos servir bem para melhor compreendermos a estrutura das “normas premiativas”.

Isso porque, em nossa humilde opinião, guardadas as devidas particularidades, visualizamos semelhanças entre o desenho normativo proposto pelo professor da USP e as esquematizações formuladas por TERENCE DORNELES TRENNEPOHL, cada qual atinente ao seu objeto de estudo.

Partindo também da estrutura dúplice da norma jurídica – composta pela norma primária (ou endonorma) e pela norma secundária (ou perinorma), o professor da USP, ao destacar a função indutora da norma tributária, verifica em sua estrutura normativa, “[...] *um novo desdobramento da norma primária*”²²¹; de modo que, nesse caso, existirão duas normas primárias, a nosso ver, autônomas²²²: “[...] *uma primeira norma primária, na qual se fará presente a própria indução, [...] que, do ponto de vista jurídico, nada mais é que uma*

²²⁰ *Ibidem*, p. 52.

²²¹ Luís Eduardo SCHOUERI, **Normas tributárias**..., *op. cit.*, p. 31.

²²² Dissemos autônomas porque tanto a “primeira” norma primária quanto a “segunda” norma primária apresentam, cada qual, seu próprio substrato fático e sua respectiva consequência jurídica, de modo que, com o devido respeito ao professor LUÍS EDUARDO SCHOUERI, não nos parece adequado entender a função indutora da norma tributária como um “*novo desdobramento da norma primária*”, por denotar que uma decorre da outra, o que, de fato, não acontece, muito embora constituam as “*duas faces da mesma moeda*”.

*ordem para que o sujeito adote certo comportamento*²²³; e uma segunda norma primária voltada para a não adoção do comportamento prescrito pelo legislador, em detrimento de outro, também lícito, permitido pela ordem jurídica, do qual resulta uma obrigação tributária, colocando, assim, o indivíduo, em uma situação mais onerosa.

Em relação à norma secundária, ela não é alterada, vindo a incidir regularmente no caso de descumprimento da obrigação tributária veiculada na segunda norma primária.

A dinâmica normativa das “normas tributárias indutoras”, no caso da segunda norma primária, é, portanto, assim explicada por LUÍS EDUARDO SCHOUERI:

Não perfazendo o comportamento, nasce uma obrigação tributária, que colocará o sujeito passivo em situação mais onerosa que aquela em que se situaria se adotado o comportamento prescrito pelo legislador. Finalmente, não se altera a norma secundária, já que do descumprimento da obrigação tributária, surgirá a providência sancionatória, aplicada pelo Estado²²⁴.

E, por meio de um exemplo bastante ilustrativo, bem sintetiza o seu posicionamento:

[...] tome-se a cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana, exigido de forma progressiva, em virtude de o imóvel não atender à sua função social (artigo 182 da Constituição Federal). Claramente, busca-se estimular a destinação do imóvel à sua função social. Assim se podem apresentar as regras de conduta:

²²³ Luís Eduardo SCHOUERI, **Normas tributárias...**, *op. cit.*, p. 31. Ousamos discordar de LUÍS EDUARDO SCHOUERI, quanto à caracterização da norma de indução como uma norma primária. Em nosso humilde sentir, tendo em vista que a sanção representa tanto um castigo quanto um prêmio ou vantagem, a norma que visa à indução de comportamentos, premiando as condutas desejáveis, é, em verdade, uma norma secundária. Norma primária, nesse caso, é apenas a regular, a de incidência. E, aqui, cabe, ainda, outra observação: em que pese o professor da USP tenha realizado a sua análise a partir das noções de norma primária e norma secundária, entendemos ser possível, também, avaliar a questão do ponto de vista das normas de comportamento e das normas de estrutura. É, enfim, estudo que caberia ser desenvolvido.

²²⁴ *Idem.*

- Ser proprietário de imóvel no perímetro urbano do Município no dia 1º de janeiro do ano civil e fazer o imóvel cumprir sua função social (primeira norma primária);
- Ser proprietário de imóvel no perímetro urbano do Município no dia 1º de janeiro do ano civil e não fazer o imóvel cumprir sua função social Proprietário paga IPTU, em alíquotas progressivas, ao Município (segunda norma primária);
- Ser proprietário de imóvel no perímetro urbano do Município no dia 1º de janeiro do ano civil e não fazer o imóvel cumprir sua função social e Proprietário não pagar o IPTU progressivo ao Município Coação estatal (norma secundária) (*sic*)²²⁵.

Diante da hipótese apresentada acima, verificamos, portanto, que a primeira norma primária, no esquema do professor LUÍS EDUARDO SCHOUERI, seria aquela que conteria, sob a perspectiva de TERENCE DORNELES TRENNEPOHL, a “sanção positiva”: não pagamento do IPTU por cumprimento da função social do imóvel urbano.

Dessa forma, em que pese a esquematização das “normas tributárias indutoras” não aludir à “sanção positiva”, entendemos que, por se tratarem de instrumentos aptos a incentivar os indivíduos (contribuintes) que adotam comportamentos desejados, a “sanção premiativa” pode ser considerada, em certa medida, inserida em tal estrutura, de modo que tal consideração não comprometeria em nada o raciocínio desenvolvido por LUÍS EDUARDO SCHOUERI.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que tenhamos alertado na nota introdutória a nossa opção por promover um estudo que privilegie a norma jurídica sob a sua perspectiva lógico-estrutural, deixando de ingressar campo dos tributos, as proposições a que nos dedicamos no presente artigo permitem concluir, claramente, que os instrumentos jurídico-tributários, por envolverem aspectos econômicos e financeiros, podem ser empregados como mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico. Eis uma primeira conclusão.

Contudo, reforçando esse raciocínio, o exame da estrutura lógica da norma jurídica e a consideração da “norma premiativa”, com

²²⁵ *Idem.*

destaque da função promocional do Direito, conduzem à outras importantes conclusões.

A norma jurídica possui estrutura lógica, que se edifica numa relação de “imputação” ou de “causalidade jurídica”, ou seja, consubstancia um juízo hipotético condicional, voltado à regulação das relações intersubjetivas. Em face disso, a norma jurídica pode servir de técnica de motivação social, de modo que, sob essa perspectiva, é da sua essência provocar no indivíduo consequências sociopsicológicas tendentes a induzir comportamentos sociais, estimulando-os ou desestimulando-os.

No que diz respeito, especificamente, à “norma premiativa”, verificamos que essa espécie de norma é caracterizada pela concessão, no consequente normativo, de uma vantagem ou prêmio, como técnica motivacional de indução de comportamentos desejáveis. Para chegar a esse raciocínio, devemos entender a sanção em sentido amplo, de consequência que se agrega à norma, abrangendo tanto a ideia de pena, punição ou castigo quanto a ideia de prêmio ou vantagem.

O Direito, então, como demonstrado, não se restringe a adotar apenas normas jurídicas com “sanções negativas”; faz uso também de normas jurídicas que comportam “sanções positivas”, como forma de direcionamento social.

Desse modo, em complementação à concepção estrutural do Direito, em que este é visualizado sob um ponto de vista protetor-repressivo, passa-se a pensá-lo, também, em sua perspectiva funcional, o que evidencia a consagração da chamada “função social do Direito”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Infrações e sanções tributárias**. São Paulo: Dialética, 2003.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de: Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação Alaôr Caffé Alves. 4. ed. rev. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O instituto da isenção como instrumento de extrafiscalidade.

Projeção: Revista Brasileira de Tributação e Economia. Brasília: Associação Brasileira de Técnicos de Tributação, nº 11, p. 32-38, out. 1976.

_____. **Teoria da norma tributária**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

COPI, Irving Marmer. **Introdução à lógica**. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento fiscal e interpretação da lei tributária**. São Paulo: Dialética, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral**. Tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: RT, 1983.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. Edição universitária. Volume III, J-P, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Incentivos fiscais no direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, José Roberto. **A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto**. Curitiba: Juruá, 1993.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. Prefácio Geraldo Ataliba; apresentação de Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Noeses, 2010.

_____. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE (DO DIREITO DE PROPRIEDADE AO DIREITO À PROPRIEDADE)

WALDYR GRISARD FILHO²²⁶

1. INTRODUÇÃO

Na raiz histórica da propriedade é ela um direito (quase) absoluto²²⁷, podendo seu titular exercitá-lo como melhor lhe aprouvesse, levando em conta, apenas, seus interesses pessoais. Tem ele um sentido personalíssimo, individualista, aspecto valorizado tanto no Direito Romano (754 a.C. a 565 d.C.) como no Código Napoleônico (1807) – que serviram de matriz às legislações modernas, aí incluídas as da América Latina, conseqüentemente o Código Civil brasileiro de 1916 -, com ênfase na exclusividade, perpetuidade e soberania, quebrando paradigma mais antigo, quando

²²⁶ Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito do UNICURITIBA. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Sócio Fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família e seu Diretor Nacional (Comissão de Ensino). Autor de diversas obras e artigos jurídicos. Advogado e Consultor em Curitiba.

²²⁷ Ensina Maria Helena DINIZ, que a “propriedade não tem um caráter absoluto porque sofre limitações impostas pela vida em comum”. **Curso de Direito Civil brasileiro**, vol. 4 – Direito das Coisas -, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990-1991, p. 171. Para Orlando GOMES, é um *direito absoluto*, “porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandona-la, aliena-la, destruí-la, e, ainda, se lhe convém limita-lo, constituindo, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros. O que lhe é próprio é esse poder jurídico de dominação da coisa, que fica ileso em sua substancialidade ainda quando sofre certas limitações.” **Direitos reais**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 97.

a forma originária da propriedade tinha feição comunitária. O indivíduo era a própria razão de ser do Mundo. Desta forma, garantia-se ao proprietário a mais ampla liberdade e poderes no que diz respeito ao uso de sua propriedade. A origem desta concepção do direito de propriedade é, pois, bem conhecida: a ideologia liberal capitalista que privatiza e individualiza a propriedade, estandarte supremo do individualismo, privilegiando o uso e o gozo segundo livre vontade do proprietário.

O sentido de propriedade tal qual herdou nosso Código Civil, teve na era romana sua fonte histórica, que inaugurou a noção individualista da propriedade, apesar de ter conhecido duas formas de propriedade coletiva: a da *gens* e da *família*. Nos albores da cultura romana a propriedade era coletiva, da cidade ou *gens*, onde o indivíduo possuía limitada porção de terra (1/2 hectare), sendo alienáveis somente os bens móveis. Com o desaparecimento desta propriedade, sobreveio a da família, que, pouco a pouco, foi sendo aniquilada ante o crescente fortalecimento da autoridade do *pater familias*, que, de modo absoluto, individualista e exclusivo, passou a gerir todo o patrimônio familiar, nos moldes capitalistas.

E assim se manteve por muito tempo.

As revoluções burguesas, cada vez mais e profundamente explorando o proletariado, aumentando as desigualdades sociais, fizeram com que se questionasse²²⁸ a propriedade privada pela formulação da noção de sua função social. O conceito nasce do acirramento das desigualdades sociais e da crescente consciência e reivindicação do povo por igualdade plena. Ao direito de propriedade sobrevém o direito à propriedade.

A passagem do Estado Liberal ao Estado Social (*welfare state*), onde todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados por impostergáveis exigências coletivas, conduziu a uma nova definição do direito de propriedade. Sua caracterização como direito absoluto foi ultrapassada e evoluiu para um sistema de limitações decorrentes de confrontações com

²²⁸ O Estado capitalista e suas relações sociais, regidas pelo processo de acumulação, sofrem enfrentamento da Doutrina Social da Igreja (*Summa Theologica*), das contribuições de Karl MAX, para quem a causa das injustiças sociais é a propriedade privada, e Léon DUGUIT, jurista e sociólogo francês, a quem se atribui atuação decisiva na elaboração do conceito de função social das propriedades.

interesses públicos, com o escopo de impedir que o exercício do direito de propriedade nos moldes de então acarretasse prejuízos ao bem-estar social.

Não mais se cogita daquele direito absoluto, exclusivo, mas de seu exercício em conformidade com os interesses sociais, em conta de princípio constitucional.

A teoria jurídica, revolucionária, de que a propriedade privada deve cumprir sua função social, vem de Léon DUGUIT²²⁹, expendida nas primeiras décadas de séculos passados. O proprietário não é, em verdade, titular de um direito subjetivo, mas, apenas, o detentor da riqueza, uma espécie de gestor da coisa, que deveria ser socialmente útil²³⁰, nesta dimensão:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social da riqueza mobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.²³¹

As lições de DUGUIT colhem de imediato agasalho nas constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919,

²²⁹ Sobre as críticas às lições de DUGUIT, ver Giselda Maria F. Novaes HIRONAGA. **Estudos de Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 105-106.

²³⁰ *Apud* Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO. **Novos aspectos da função social da propriedade no direito público**. In Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Salvador: 1996, p. 68 (v. tb. In RDP 84/39).

²³¹ GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In Gustavo TEPEDINO (Coord.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 402. Registra Elimar SZANIAWSKI, que "A idéia de a propriedade dever cumprir, necessariamente, uma função social, surgiu com o advento do Cristianismo. O pensamento precursor do conceito de função social da propriedade tem sua gênese na concepção cristã de propriedade, na especulação tomista do *bonum commune*, cujo pensamento foi conservado, substancialmente imutável, no moderno pensamento pontifical, expresso nas atuais encíclicas sociais. As correntes filosóficas do naturalismo e do individualismo, conceberam a propriedade como um direito natural dentro de uma conceituação abstrata." **Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social**. In Revista de Direito Privado, vol. 3 junho-setembro. São Paulo: Ed. Ver. Dos Tribs., 2000, pp. 126-156.

conhecida como a Constituição de Weimar.²³² Para Hely Lopes MEIRELLES, a propriedade continua a ser *um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem estar da comunidade*.²³³ Processa-se, então, uma relativização ou publicização, melhor, uma socialização do direito de propriedade.

A propriedade individualista substitui-se pela propriedade de finalidade socialista.²³⁴

2. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Sem embargo de todas as constituições brasileiras, desde 1824 até nossos dias, consagrarem a propriedade privada como direito individual, fizeram-no, entretanto, sob realidades socioeconômicas diversas.

Pela Carta de Lei de 25 de março de 1824, o Imperador Dom Pedro I manda seja observada a Constituição Política do Império, em que, dentre as Garantias dos Direitos Civis, consagra o direito de propriedade em toda sua plenitude:

Art. 179 – A inviolabilidade dos Direitos Civis, e políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

.....
 XXII – É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da propriedade do Cidadão, será elle previamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indenmisação.

²³² PASSOLD, César Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**, 2ª ed. Florianópolis: Ed. Estudantil, 1988, p. 43. Para conhecer a ideologia e a cultura da República de Weimar e compreender o paradoxo desta república que surgiu do caos de um pós-guerra, acalentadora dos sonhos de uma justiça social e convivência humana, v. a obra de Rita THALMANN. **A república de Weimar**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.

²³³ *In* **Direito administrativo brasileiro**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 509.

²³⁴ Assim se manifesta Maria Helena DINIZ. Ob. loc. cit.

A propriedade, nesta ordem, era um direito absoluto, excepcionado apenas pela possibilidade de desapropriação por exigência do bem comum, mediante prévia indenização em dinheiro. Adverte André Osório GONDINHO não se confundir a prerrogativa expropriatória do Estado com o princípio da função social, porque aquela pode ser exercida, inclusive, sobre bens que cumprem sua função social e isto porque a desapropriação não possui a natureza de sanção.²³⁵

A primeira das constituições republicanas, promulgada a 24 de fevereiro de 1891, manteve o mesmo espírito da precedente – art. 72, § 17 (a plenitude do Direito de Propriedade) –, limitando o direito de propriedade aos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, assegurada a prévia indenização.

A limitação ao direito de propriedade ganhou constitucionalidade ao advento da Constituição de 16 de julho de 1934, inspirada no modelo da Constituição de Weimar²³⁶:

Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 17) É garantido o direito de propriedade, *que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo*, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou commoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem publico o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior.

(o grifo não é do original)

De vida curta, as situações jurídicas não-patrimoniais não foram eficazmente tuteladas, pois não regulamentado o princípio como determinava o *caput* do artigo.

²³⁵ GONDINHO, André Osório. **Função social...** Ob. e loc. cit., p. 407.

²³⁶ Constituição de Weimar (11.08.19), art. 153: “A propriedade obriga. Seu uso também deve servir ao bem da comunidade.”

Implantado o Estado Novo, a Constituição de 10 de novembro de 1937 não reproduziu o espírito da que lhe fora anterior, assegurando

O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício. (art. 122, nº 14)

Pela Lei Constitucional nº 5, de 10 de março de 1942, o texto acima sofreu modificação, permitindo ser suspensa a garantia constitucional atribuída à propriedade uma vez declarado o estado de emergência.

A funcionalidade da propriedade privada ao bem estar social foi restaurada com a Constituição redemocratizadora do país de 1946, como princípio da ordem econômica e social:

Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância no disposto no art. 141, § 16 [É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.], promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

A função social da propriedade – expressão utilizada pela primeira vez em textos constitucionais - foi mantida pela Constituição de 1967 como princípio da ordem econômica e social (art. 157, III), assegurando, entretanto, o direito à propriedade privada na conformidade de seu art. 150, § 22. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve inalterada a questão (arts. 160, III e 153, § 22, respectivamente).

A Constituição de 1988, na esteira das duas últimas, conferiu nova dimensão à matéria. Ao mesmo tempo em que assegurou, como garantia individual e coletiva, o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII), logo após condicionou tal garantia a um comando de que ninguém pode escapar (*ius cogens*), necessário à manutenção da ordem social: *a propriedade atenderá sua função social* (art. 5º, inc. XXIII), com caráter de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV). A

propriedade privada e sua função social constituem, ainda, princípios à ordem econômica e social da República:

Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
II – propriedade privada;
III – função social da propriedade;
.....

Na mesma ordem de preocupação, tratou o legislador constituinte de prever os requisitos mediante os quais a propriedade de bens imóveis, urbanos (art. 182) ou rurais (art. 186), cumprem sua função social. A função social da propriedade urbana pontua-se na pessoa humana, pela proteção do direito fundamental da habitação e da salvaguarda ambiental da ampla proteção à natureza, local de sua vivência, e será cumprida mediante o atendimento das exigências fundamentais da ordenação urbana. A função social da propriedade rural, também centrada na pessoa humana, releva-se no seu bem estar e se manifesta através do binômio posse-trabalho, na produtividade e na proteção ambiental. Tal função será cumprida mediante o aproveitamento racional e adequado dos recursos naturais.

Desta forma, resta claro que todo o direito de propriedade, nos regimes constitucionais modernos, está ligado à função social, fórmula universalmente adotada que se funda na convicção de que a propriedade não pode ser utilizada em detrimento de toda a comunidade. O conceito de direito de propriedade insculpido na Constituição de 1988 não mais se conforma com a tradicional noção de direito subjetivo de propriedade. O princípio da função social da propriedade por ela estabelecido passa a compor o novo desenho, e próprio, do instituto da propriedade. Quer isto dizer que apenas a propriedade que cumpre sua função social está protegida pela Constituição, seja como um direito ou como uma garantia fundamental, seja, também, como “um novo instrumento que, ... ,

possibilita a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social.”²³⁷

Enfim, a noção de função social da propriedade acabou por tornar-se em categoria jurídica nuclear na determinação do conteúdo da propriedade.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Lembra Paulo Luiz NETTO LÔBO, marco teórico de toda esta quadra²³⁸, que o direito civil, de todos os ramos do direito no mundo romano-germânico, era o mais distante do direito constitucional. Era a verdadeira constituição do homem comum, “máxime após o processo de codificação liberal”, infenso às mudanças sociais, políticas e econômicas com que conviveu. “Parecia que as relações jurídicas interpessoais, ..., não seriam afetadas pelas vicissitudes históricas, permanecendo válidos os princípios e regras imemorais, pouco importando que tipo de constituição política fosse adotada.”, diz o autor.

A civilística mais recente tem demonstrado a erronia desta visão estática, atemporal e desideologizada do direito civil, inserindo-o na Constituição jurídico-positiva pela investigação dos fundamentos de sua validade jurídica, que dela devem ser extraídos, como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. Opera-se, assim, uma mudança substancial de atitude: *deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código Civil* (p. 100).

Desta forma, os princípios fundamentais do direito civil, elevados ao plano constitucional, passam a ser por este condicionados; de outra forma, ficam submetidos aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos, imprescindível, hoje, para a compreensão do moderno direito civil.

Nos códigos civis do Estado liberal o cidadão paradigmático era o cidadão dotado de patrimônio. Ao Estado cabia disciplinar as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional,

²³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 96.

²³⁸ **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação Legislativa, nº 141, ano 36 – janeiro/março 1999. Brasília: Senado Federal, p. 99-109.

de sujeitos de direitos formalmente iguais, sem considerar suas desigualdades reais. Este modelo de codificação e a ausência de uma constituição econômica, que permitiam a exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerou reações e conflitos, resultando no advento do Estado Social.

Caracteriza-se o Estado social pela inserção na Constituição da regulação da ordem econômica e social, limitando o poder político e o poder econômico, projetando para além do indivíduo a tutela dos direitos, com inegáveis reflexos sobre o direito civil. Assim o social passou a dominar o cenário constitucional do século XX, orientando a atuação do Estado ao interesse coletivo. Se o Estado e a sociedade mudaram, o mesmo não aconteceu com os códigos civis, que continuaram amarrados à ideologia do Estado liberal, persistindo na hegemonia dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.

Se estes valores efetivamente mudaram, os códigos civis tornaram-se obsoletos, pela completa incompatibilidade com a nova orientação jurídico-ideológica constitucionalmente estabelecida. A multiplicidade de relações da vida moderna não condiz com o engessamento dos códigos, exigindo microcodificações interdisciplinares impossíveis de subordinação ao exclusivo campo do direito civil. São exemplos disto os novos direitos do consumidor e da criança e do adolescente.

Se antes o paradigma era o cidadão dotado de patrimônio, a prevalência deste sucumbiu à pessoa humana, sujeito em si, abstraído de sua dimensão real. A patrimonialização das relações no Estado moderno torna-se incompatível com o princípio fundante da República, a dignidade da pessoa humana, condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais. Daí dizer-se da repersonalização²³⁹ do direito civil, no sentido de repor a pessoa humana no centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário, diz o autor ao início desta parte referido.

Neste contexto, o direito de propriedade, ao lado das outras principais categorias do direito civil (família e contrato), submete-se a um juízo de constitucionalidade. Dest'arte, há um novo perfil da propriedade, incompatível com a antiga noção de ser um direito

²³⁹ Sobre repersonalização no direito civil, leia-se, do mesmo autor, **A repersonalização das relações familiares**, in *O direito de família e a constituição de 1988*. Carlos Alberto BITTAR (coord.). São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-81.

absoluto, *erga omnis*. O texto constitucional inovou-o de forma considerável, no sentido de funcionalizar a propriedade privada aos valores sociais e existenciais, condicionadores do sujeito proprietário; vale dizer, um estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender à função social constitucionalmente estabelecida.

Na transposição do Estado liberal ao Estado social, quebraram-se velhos e arraigados paradigmas do direito civil. Conceitos, natureza e finalidades de seus institutos básicos (propriedade, família e contrato) opõem-se aos legados do individualismo jurídico e do liberalismo oitocentista. Substitui-se o indivíduo proprietário pela pessoa humana. Revela-se a função social da propriedade, com a natureza de princípio próprio e autônomo, impondo limites aos poderes internos ou econômicos estruturantes do domínio (uso, gozo e disposição). No plano funcional da propriedade, após a Constituição de 1988, e que passa a integrar a estrutura jurídica do instituto, constituindo o seu aspecto dinâmico, o aspecto ideológico.²⁴⁰

A partir deste momento, a função da propriedade torna-se social, protegendo mais o interesse coletivo que o particular.

Elevada a função social à categoria de regra fundamental, instrumentaliza todas as normas infraconstitucionais, estabelecendo um novo parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. Assim, o conteúdo da função social da propriedade é informado pelo próprio texto constitucional.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Assinala Luiz Edson FACHIN, Ministro do Supremo Tribunal Federal, que “Dentre os dilemas que os fatos impõem perante o direito neste final de século, situa-se a análise sobre a função social da propriedade”²⁴¹.

Com a mesma preocupação, pergunta Paulo NALIN: o que é funcionalizar um instituto jurídico? Responde: na perspectiva da Constituição Federal de 1988, significa oxigenar as bases

²⁴⁰ Sobre o significado das expressões *função* e *social*, colher a lição de RODOTÁ, *apud* Orlando GOMES. Ob. cit., p. 107-108.

²⁴¹ FACHIN, Luiz Edson. **A cidade nuclear e o direito periférico**. RT Ano 85, jan/96, v. 723/107-110.

fundamentais do Direito com elementos externos à sua própria ciência (sociologia, filosofia, economia, história, ética), revelando-se instrumentos de análise do Direito em face de sua função, com o objetivo de atender às respostas da sociedade, em favor de uma ordem jurídica e social mais justa. É quebrar a hermeticidade do Direito em sua estrutura, outrora mais preocupado com os seus aspectos formais das regras que com sua eficácia social. Por isto, giza o autor, a função perseguida é a social.²⁴² É, *lato sensu*, a proteção do ordenamento jurídico aos pobres e desamparados, “mediante adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada das riquezas”²⁴³ É a aplicação, concreta, do princípio da igualdade substancial.

O conceito de função social da propriedade tem sua gênese a partir de uma formulação histórica, fruto da evolução dos tempos.²⁴⁴ O conceito de propriedade sofreu influências de natureza política, filosófica e ideológica, provocando interpretações e doutrinas diversas. A noção clássica de um direito proprietário absoluto cedeu àquela evolução para firmar um conceito atual do direito de propriedade e de seu exercício conforme uma função social.

Reconhecendo a Constituição que a propriedade deve cumprir uma função em prol da sociedade como um todo, abriu-se o debate acerca do alcance deste princípio, parecendo a alguns tratar-se de um mero indicativo, simples programa, de conteúdo vago, sem força cogente e a outros de norma concreta de conteúdo certo e determinado (a Constituição não contém normas despidas de eficácia), que dá origem a um novo desenho, a uma nova concepção, do instituto da propriedade, como dito acima, ao invés de se revelar uma mera restrição ao exercício do direito ao proprietário. Neste viés, a partir da Carta de 1988, somente é garantida a propriedade particular que cumpra sua função social. A controvérsia desaparece ao relembrar-se o enunciado no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: ‘As normas definidores dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.’

²⁴² NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.** Curitiba: Juruá, 2001, pp. 216-217.

²⁴³ SILVA, Américo Luiz Martins. **A ordem constitucional econômica.** Porto Alegre: Lúmen Júris, 1996, p. 42.

²⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade, o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição.** RF Ano 1989, v. 306/73.

Os princípios fundamentais expostos pela Constituição Federal, e dentre eles o da função social da propriedade, não podem ter comprometida sua aplicabilidade por uma regra programática. Se são apenas programáticos os princípios essenciais do ordenamento jurídico-constitucional, dependentes de regulamentação hierarquicamente inferior, abandona-se-o à arbitrariedade do legislador, do juiz e demais operadores do direito, a decisão de aplicar ou não o princípio constitucional. Os princípios não existem para serem apenas contemplados, mas aplicados efetivamente à realidade social. Se assim forem, contemplativos, então, serão realmente vazios e inúteis.

O festejado autor referido no parágrafo de abertura deste item, ensina que a função social da propriedade corresponde a uma *formulação contemporânea da legitimação do título que encerra a dominialidade*²⁴⁵. Vale dizer, a tutela da situação proprietária passa pelo respeito à situação não-proprietária. Justifica-se por isto o estudo e a interpretação do Código Civil à luz da Constituição Federal, como visto acima da lição de Paulo Luiz NETTO LÔBO: só será socialmente funcional a propriedade que, respeitando princípio fundante da República, o da promoção da dignidade humana, contribuir para a constituição de uma sociedade justa e solidária, diminuindo a pobreza e as desigualdades sociais.²⁴⁶

Daí que o direito de propriedade não é atribuído em função da sociedade, mas deve ser exercido em função dela. Não é a sociedade uma negação do direito subjetivo da propriedade privada, antes veemente razão de tutela e garantia desta mesma propriedade privada. Basta, para evidenciar sua importância, a imprescindibilidade do princípio à realização dos fundamentos da República e dos direitos fundamentais do Homem.

O princípio da função social, como garantia fundamental do cidadão, constitui um parâmetro interpretativo de todo o ordenamento

²⁴⁵ Ob. e loc. cit., p. 108.

²⁴⁶ Registra Gustavo TEPEDINO que “a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” (grifos no original) **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro** em seu Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 48.

jurídico, pela clara opção constitucional pelos valores existenciais. A pessoa prevalece sobre qualquer valor patrimonial, diz Pietro PERLINGIERI:

A caminho da “despatrimonialização” do Direito Civil. – Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).²⁴⁷

Está-se, portanto, diante de uma nova propriedade, fragmentada pela pluralidade de situações jurídicas em que se dá o exercício do domínio e inserida em um sistema em que perde a sua centralidade de direito por excelência, absoluto, peculiar a um projeto social global individualista. As propriedades (a modo de exemplo, a urbana, a rural, a acionária, a intelectual, a de bens de consumo e incorpóreos) estão unificadas por sua função social, implicando uma verdadeira *propriedade vinculada*²⁴⁸. Isto mostra que a propriedade mudou, decorrentemente da mudança do projeto social global, agora centrado na pessoa humana.

Nas múltiplas propriedades insere-se a função social no seu âmago, compondo-lhes uma nova moldura, funcionalizado-as aos interesses não proprietários, vertidas àqueles que atendam aos valores sociais e existenciais. Não se diz com isto que houve uma espécie de derrogação da propriedade privada, conspiração ou golpe adverso à liberdade do proprietário, que continua existindo, mas impõe-se-lhe um freio anti-social, permitindo a seu titular usar, gozar e dispor de seus bens, desde que o faça de maneira a realizar a dignidade da pessoa humana.²⁴⁹

²⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 33.

²⁴⁸ ALPA, Guido. **Istituzioni di diritto privato**, 2ª ed. Turim: UTET, 1997, p. 625.

²⁴⁹ Em análise crítica a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre recusa do réu a exame compulsório de DNA, afirma Maria Celina BODIN DE MORAES: “o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece sempre os limites intransponíveis, para além dos quais há apenas ilicitude.” **Recusa a exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade**. In *A nova família: problemas e perspectivas* (Vicente Barreto org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 194.

Trata-se, na tentativa de minimizar o dilema pressentido por Luiz Edson FACHIN e assentar a concretude do princípio da função social, de reconhecer, que na perspectiva do direito civil-constitucional, o Código Civil perdeu seu papel de constituição do direito privado ante a definição constitucional de princípios outrora exclusivamente de seu império. Diante disto deve-se esforçar o intérprete no redesenho conceptual qualitativamente diverso da propriedade. Como? Na Constituição precedente já era prevista a função social da propriedade como princípio geral. Na presente, a propriedade privada e a função social despontam como direitos e garantias individuais e princípio geral da atividade econômica. Tornam-se, assim, princípios fundamentais do ordenamento jurídico, de conteúdo constitucionalmente certo e determinado, a orientar o intérprete.

Pode-se dizer, enfim, que a função de carácter social da propriedade molda o estatuto proprietário na sua essência, constituindo o título justificativo dos poderes do titular. Sua funcionalidade altera a estrutura do domínio, incidindo sobre seu conteúdo, compondo seus limites internos e atua como critério de valoração ao exercício do direito. A propriedade que não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento, que submete os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais.

Assim deve ser entendida da função social, como essência qualitativa do direito de propriedade, “depositária de todo o grande edifício social.”²⁵⁰

5. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

É consabido que o direito de propriedade não mais se reveste do carácter individualista, absoluto, perpétuo, como o foi no Direito Romano, levado ao extremo. Ao tempo em que se declara a sua existência, fica submetido a uma função social, que lhe impõe restrições a contrabalançar o absolutismo precedente. O atual regime constitucional, enquanto reconhece por expresse o direito de propriedade (art. 5º, XXII, como direito fundamental) baliza-o às

²⁵⁰ SODRE, Ruy de Azevedo. **Função social da propriedade privada**. São Paulo“Ed. Rev. Dos tribs., s/d, p. 46, *apud* Giselda Maria F. Moraes HIRONAGA. Ob. cit., p. 103.

exigências sociais (art. 5º, XXIII, idem), ditando parâmetros à conceituação desta noção (arts. 182 e 186).

Porque não nega o direito de propriedade, é que se estabelecem restrições ao seu exercício em razão do aproveitamento por toda a coletividade. Sacrifica-se o particular em prol da sociedade. “Estas limitações,” diz Elimar SZANIAWSKI, “tendo por fundamento o interesse público, confinam o exercício do direito de propriedade, na busca paulatina do equilíbrio do interesse privado e individual do proprietário, com o interesse social da coletividade.”²⁵¹

Este contraponto destina-se a assegurar o exercício de direitos sociais, garantindo a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da propriedade privada e de sua função social (art. 170, II e III), que se põem como grandes limites. O primeiro, a ser respeitado na ordem jurídica. O segundo, parâmetro ao seu exercício.

A par destes princípios, estabelece a Constituição Federal de 1988 outros limites, ajustando-os à realidade social. São, a exemplo, as regras limitadoras à política de desenvolvimento urbano, submetida aos planos diretores das cidades (art. 182). Sujeita-se a propriedade, nesta seara, às exigências fundamentais da ordenação das cidades, expressas no plano diretor municipal, para que cumpra sua função social. Inaproveitado economicamente o imóvel, impõe-se ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado medidas coercitivas, v. g., o IPTU progressivo (art. 182, § 4º).

A política desapropriatória (art. 184) para reforma agrária de imóvel que não esteja cumprindo sua função social, cujos parâmetros define claramente (art. 186), com exclusão dos que refere nos números do art. 185, é outro veemente exemplo da incidência limitativa constitucionalmente estabelecida pela função social.

Regula o texto Maior a usucapião urbana e a rural (arts. 183 e 191). Institui limitações em defesa do patrimônio cultural do povo brasileiro (art. 216 e §§), define os espaços de proteção ambiental (art. 225) e das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (art. 231).

²⁵¹ Ob. cit., p. 132.

Observa-se de todas estas regras, além de manterem as vedações dos arts. 176 e seguintes, a Constituição Federal alarga o âmbito das limitações ao exercício do direito de propriedade em razão absoluta do interesse social: a defesa da vida, do meio ambiente, da moradia, do patrimônio histórico e cultural como valores básicos e indispensáveis para a sociedade, diante dos perigos decorrentes de excessos e de danos.

Narra Caio Mário da SILVA PEREIRA, que embora vissem os romanos na propriedade um direito ilimitado, em que se incorporava a liberdade de fazer o *dominus* o que quisesse, ressaltavam que tal faculdade podia encontrar limitações provindas de princípios especiais.²⁵² As limitações sempre existiram (conflitos de vizinhança, instituição de servidões). Em nosso direito pré-codificado, diz o autor antes referido, continha numerosas restrições ao direito de propriedade, por razões de segurança pública (proibição de cultivar perto de fortificações), de política administrativa (alinhamento predial), servidões. Portanto, não é de hoje que o exercício do direito de propriedade sofre inúmeras e variadas limitações.

Já na Constituição de 1946, em fórmula genérica, a propriedade estava condicionada ao bem-estar social e a lei, respeitado o direito de propriedade, promoveria a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. A reforma de 1967 considerou o assunto na ordem econômica, baseada em certos princípios, dentre eles o da função social da propriedade, o que persistiu na de 1969.

Atingindo a função social a configuração estrutural da propriedade, colocando-se como seu elemento qualificante, modifica o seu conteúdo e cria condições peculiares para a legitimidade das limitações que impõe ao domínio, limitações que derivam imediata e predominantemente da utilidade social do bem. Pode-se dizer, hoje, que não existe no Brasil pós Constituição de 1988 um direito de propriedade absoluto a conferir ao *dominus* a opção de usar, gozar e dispor do que lhe pertence em desconformidade com os princípios estampados nos arts. 5º e 170, primacialmente, da Constituição Federal, além de outros referidos. Destarte, a propriedade privada no Brasil ingressa em uma nova era, submetendo-se a uma **função social**.

²⁵² SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**, vol. IV, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 74.

6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

Pelo que foi exposto, conclui-se:

1. Na sistemática da Constituição Federal de 1988, o direito de propriedade não é mais um direito absoluto, intangível, sagrado, mas em contínua mudança, implicando para o seu titular empregá-lo respeitando a dignidade da pessoa humana, contribuindo para o crescimento da sociedade, a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais. O legislador constituinte optou claramente pelos valores existenciais em superação ao individualismo.

2. A propriedade descrita no Código Civil, precisa, agora, ser relida à luz dos princípios constitucionais.

3. A Constituição Federal, ao mesmo tempo em que assegura o direito de propriedade (utilizada a expressão no seu sentido mais amplo, bens ou direitos) como uma garantia fundamental do cidadão, condiciona-o a que atenda sua função social, constituindo o binômio – propriedade e função social – princípios da ordem econômica e social. A concepção contemporânea do domínio, que agrega a função social, opõe-se desta forma à tradicional do Séc. XVIII. E, como direito fundamental, não pode ser abolido, por constituir-se em cláusula pétreia.

4. Assim, o princípio da função social estabelecido pela Constituição de 1988 é elemento estrutural do domínio, incidindo sobre o seu conteúdo, que passa a ter um novo desenho, de sorte que somente a propriedade que cumpre sua função social está protegida pela Constituição Federal.

5. A função social da propriedade é regra fundamental da Constituição Federal, instrumentalizadora de todo o tecido constitucional e de todas as normas infraconstitucionais, criando parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. Dest'arte, o direito de propriedade submete-se a um juízo de constitucionalidade, que o funcionaliza.

6. A função social da propriedade corresponde a uma formulação contemporânea da legitimação do título que encerra a dominialidade: a tutela da situação proprietária passa pelo respeito à situação não proprietária.

7. A função de caráter social da propriedade molda o estatuto proprietário na sua essência, constituindo o título justificativo

dos poderes do titular. Sua funcionalidade altera a estrutura do domínio e atua como critério de valoração ao exercício do direito. A propriedade que não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento, se não se submete aos princípios fundamentais. Ao revés, todas as garantias, prerrogativas e privilégios que o direito brasileiro confere à propriedade, estão limitadas, a partir de 05 de outubro de 1988, à propriedade que cumprir com sua função social.

8. A Constituição Federal ao declarar a existência do direito de propriedade, balisa-o ao elemento social, que se coloca como seu elemento qualificante, modificando o seu conteúdo e criando condições peculiares para a legitimação das limitações. O princípio da função social vige no Brasil como fundamento das limitações ao direito de propriedade.

REFERÊNCIAS

- ALPA, Guido. **Instituzioni di diritto privato**, 2ª ed. Turin: UTET, 1997
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Novos aspectos da função social da propriedade no direito público**. In Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Salvador: 1996
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Recusa a exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade**. In A nova família: problemas e perspectivas (Vicente Barroso, Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1992
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 4 – Direito das Coisas, 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1990-1991
- FACHIN, Luiz Edson. **A cidade nuclear e o direito periférico**. In RT Ano 85, jan/96, v. 723/107-110
- GOMES, Orlando. **Direitos reais**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000
- GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In Problemas de direito-civil constitucional. Gustavo Tepedino (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2000
- HIRONAGA, Giselda Maria F. Novaes. **Estudos de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 22a. ed. São Paulo: Malheiros

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno. Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional.** Curitiba: Juruá, 2001

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **A repersonalização das relações familiares.** *In* O direito de família e a constituição de 1988. Carlos Alberto Bittar (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1989

_____. **Constitucionalização do direito civil.** *In* Revista de Informática Legislativa, nº 141, ano 36, jan-mar 1999. Brasília: Senado Federal, 1999

PASSOLD, César Luiz. **Função social do Estado contemporâneo,** 2ª ed. Florianópolis: Ed. Estudantil, 1988

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil,** vol. IV, 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

SILVA, Américo Luiz Martins. **A ordem constitucional econômica.** Porto Alegre: Lúmen Júris, 1996

SODRE, Ruy de Azevedo. **Função social da propriedade privada.** São Paulo: RT, s/d

SZANIAWSKI, Elimar. **Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social.** *In* Revista de Direito Privado, vol. 3, jun-set. São Paulo: RT, 2000

TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade, o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição.** RF Ano 1989, v. 306/73

_____. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro.** *In* seu Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

THALMANN, Rita. **A república de Weimar.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988

O DIREITO E O DEVER DE COOPERAÇÃO NO NOVO CPC

FELIPE HASSON²⁵³

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, que recebeu sanção presidencial em 16 de março de 2015, traz novos ares ao processo civil, adequando-o à era do Estado Constitucional e representando a concretização do direito ao processo justo (MARINONI ET AL, 2015). Em linha com a hermenêutica constitucional do ordenamento jurídico, a jurisdição que se revela através do processo e que representa invariavelmente a efetivação do poder estatal, não poderia ficar imune à “virada copernicana” que se inicia a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O processo, que viabiliza a aplicação do direito material, não poderia, por óbvio, seguir logica diversa daquela determinada pela Constituição, que solidificou como fundamento da Republica a dignidade da pessoa humana, fundamento esse que transpassa todo o ordenamento jurídico e que recoloca a pessoa na sua concretude como centro das preocupações deste ordenamento (FACHIN, 2008).

Nesta esteira, o novo CPC também operou a virada axiológica da visão patrimonialista oitocentista, para uma ótica que visa propiciar o pleno desenvolvimento humano realizada a partir da

²⁵³ Advogado. Mestre em Direitos fundamentais e democracia pela UniBrasil. Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Arbitragem e Direito Internacional Privado do UniCuritiba. Professor de Direito Internacional Privado na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem.

centralidade da dignidade da pessoa concretamente considerada, o que se reflete também no processo. Isto porque não se pode conceber um processo que seja alheio ao seu produto²⁵⁴, ou seja, um processo que vise a aplicação e proteção dos direitos fundamentais no plano material, mas que não o faça através de garantias e respeito a tais direitos no âmbito processual e procedimental.

Com vistas à positivação destas garantias fundamentais no processo, o novo CPC traz em seu livro I, Título Único, as *Normas fundamentais e da aplicação das normas processuais*, e em seu capítulo I trata especificamente das normas fundamentais do processo civil. Neste título, destaca-se para este trabalho, especialmente, os artigos 1º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10º²⁵⁵, e busca-se, a partir da aplicação destes dispositivos, vislumbrar os possíveis desdobramentos à luz dos demais dispositivos do código, com especial atenção à questão da cooperação das partes no processo. Nesta análise, pretende-se elucidar este objeto de pesquisa através da comparação da cooperação prevista no código brasileiro com outros diplomas processuais bem como com o instituto da arbitragem, para ao final responder a três questionamentos principais: (a) o que

²⁵⁴ Neste sentido ver: ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁵⁵ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

se entende por cooperação das partes no processo; (b) qual a extensão do direito/dever de cooperação; e (c) quais são os possíveis desdobramentos da aplicação deste princípio, especialmente no que diz respeito à produção de provas e ao instituto do *iura novit cúria*.

2. O PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL E A COOPERAÇÃO DAS PARTES

Na historiografia do Estado, identificam-se três formas adotadas por este: O Estado Jurisdicional, típico do período medieval, onde o poder estatal se manifestava pelo Rei-Juiz, que não produzia diretamente as leis (que derivavam da natureza e se conhecia como *ius comune*) mas que exercia seu poder ao julgar e aplicar essas leis comuns, e que encontrava sua soberania na ausência de instancia superior que o julgasse, ao passo que a sua legitimação decorria de explicações metafísicas (HESPANHA, 2001). O Estado Jurisdicional é ultrapassado pelo Estado de Direito, que tem a sua pré-história entre os séculos XVII e XVIII²⁵⁶, e que se consolida no século XIX, constituindo modelo no qual o Estado toma para si o poder de legislar e de criar o direito, além do poder de julgar. Antonio Manuel Hespanha distingue os dois períodos tendo por base o papel do jurista, que no Estado Jurisdicional atuaria como coqueiro, no sentido que este não interfere na natureza das coisas, mas apenas cria condições para que a natureza se desenvolva e siga seu curso. O direito portanto nasce da natureza da vida em sociedade, e cabe ao Estado-Juiz aplicar esta lei natural. De outro lado, no Estado de Direito, o jurista atuaria como um jardineiro, eis que atua diretamente na natureza buscando um estado idealizado, e portanto produzindo leis que não mais decorreriam puramente da natureza. (HESPANHA, 2001, p. 1186)

Já no século XX, toma corpo a ideia do Estado Constitucional, fruto da tensão existente no poder dado ao Estado para legislar e da ausência de controle do ente soberano, que se reflete em violações aos direitos fundamentais dos cidadãos. O constitucionalismo surge nos últimos momentos do século XVIII mas terá sua consagração na

²⁵⁶ Conforme a lição de Pietro Costa, o período que antecede o Estado de Direito estaria compreendido entre o surgimento do Iluminismo e a Revolução Francesa. Ver COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In O Estado de Direito: História, teoria, crítica. Costa, P e Zolo, D, orgs., trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

segunda metade do século XX. Segundo Pietro Costa, o desafio era “*tutelar os sujeitos, continuando a pressupor o axioma da soberania absoluta do Estado e da coincidência da ordem com a volição estatal*” (COSTA, 2010, p. 249), o qual teria sido vencido pelas teorias de Lhering e Jellinek sobre a autolimitação do Estado.

O Estado Constitucional busca promover barreiras ao poder soberano estatal, através da positivação de princípios e regras fundacionais do Estado, que devem ser obrigatoriamente respeitados na criação das leis, e que tem como personagem central a pessoa humana e a sua dignidade²⁵⁷. A partir da teoria de Kelsen, - que se caracteriza por distinguir os planos do ser e do dever ser, e assim definindo o Estado como ordenamento ou sistema normativo que “estabelece competências e ônus dos sujeitos de direito” (COSTA, 2010, p. 251) – a Constituição se perfaz como norma fundamental que se encontra no topo da pirâmide hermenêutica, de modo que todo o ordenamento deve ser lido e interpretado à luz dos mandamentos e disposições contidas na carta constitucional. Como nota Costa,

O resultado desta afirmação é de notável importância. Se a lei aplica a constituição como o regulamento aplica a lei, torna-se possível um controle jurisdicional da lei, voltado a apurar a sua conformidade à constituição [...]. Graças à Stufenbautheorie o intangível *sancta sanctorum* da tradição oitocentista – a lei como expressão da soberania parlamentar – é submetido ao exame de um órgão judiciário. Não apenas a administração, mas também a legislação, é manifestação de um estado sub lege. (COSTA, 2010, p. 252)

No Brasil, a Constituição de 1988 representa sem dúvidas um marco temporal do verdadeiro Estado Constitucional em terras tupiniquins. E a partir dela, gradativamente, passam-se a interpretar e mesmo editar as demais leis que formam o ordenamento jurídico

²⁵⁷ Costa leciona que a proteção dos direitos fundamentais decorre da própria ideia de democracia moderna, eis que na democracia aonde todos são juridicamente iguais (igualdade formal dos sujeitos privados), pressupõe-se o direito das maiorias, dos “muitos” sobre os “poucos”. “*A democracia política é o cavalo de Tróia da ordem liberal-parlamentar: entrega por vias legais o poder a uma maioria que, destruindo a liberdade-propriedade, arrasa os fundamentos da ordem civil.*” In COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. P. 247

brasileiro, conferindo a este verdadeira unidade sistemática. Como explicita o professor Luiz Edson Fachin,

A Constituição, com os valores ali consagrados, inspirou a edição de leis esparsas que vieram regulamentar seu conteúdo, bem como, adequar aos seus princípios disposições legais preexistentes. Ademais, novo foi o cenário jurídico-político, pois a Constituição veio residir no centro do ordenamento social, e se aplica direta e imediatamente nas relações privadas. Nela está o centro irradiador, uma vez que a edição de leis posteriores não cria, propriamente, novos direitos – cujas normas definidoras podem ser construídas a partir da hermenêutica constitucional –, mas, na verdade, regulamenta e explicita o conteúdo latente no texto constitucional. Daí a importância em preservar a Constituição, colocando-a a serviço da efetividade dos direitos e garantias individuais, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais, da prevalência dos direitos humanos, numa sociedade que busca tornar-se, realmente, fraterna e sem preconceitos. (FACHIN, 2008. P. 6-7).

Logo, o processo no Estado Constitucional não poderia ficar alheio à esta nova leitura e hermenêutica, pois, como dito, o processo representa o instrumento de efetivação dos direitos materiais, de modo que seria ilógico um processo que pretendesse garantir a aplicação dos direitos fundamentais, mas que não fosse ele próprio permeado por estes direitos. Como defende Marinoni,

Deixar de relacionar o processo com os fins da jurisdição somente teria cabimento caso fosse ele visto em uma dimensão interna e não externa, ou melhor, caso o processo fosse compreendido isento dos seus fins e independentemente dos objetivos da jurisdição. (MARINONI et al., 2015. P. 486).

Seguindo-se nesta linha, ao se entender o processo como possuidor de uma dimensão externa, “de atuação dos fins do Estado”, mister se faz o seu desenvolvimento de modo a permitir e “propiciar a efetiva participação de todos os seus participantes”, em prol de um processo que se legitime como justo e que por conseguinte legitime de igual maneira o exercício do poder jurisdicional. Como bem nota Maria Carolina Silveira Beraldo,

sob os influxos de uma preocupação axiológica, os sistemas processuais passaram paulatinamente a incorporar posições valorativas que deram ensejo ao instrumentalismo e à publicização do processo” (BERALDO, 2011, p. 457).

Neste viés, o novo CPC traz a disposição do artigo 6º, que define que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Da mesma forma, o artigo 10 prevê que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Ambas disposições se dirigem a garantir um procedimento com a efetiva participação das partes, o que encontra respaldo na ideia do devido processo legal. Se a ideia do legislador era criar mecanismos de legitimação do processo e da decisão que dele decorre, dentro de uma ótica democrática e, especialmente, constitucional, a garantia da participação das partes no convencimento do juiz se mostra como elemento essencial. Nesta linha se manifesta Candido Dinamarco, ao afirmar que

A participação é que legitima todo processo político e o exercício do poder. Para a efetividade do processo, colocada em termos de valor absoluto, poderia parecer ideal que o contraditório fosse invariavelmente efetivo: a dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressa-se na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta da verdade dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo como o juiz: não basta que tenham aquelas a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas. (DINAMARCO, 1996, p.285)

Da lição de Dinamarco, extrai-se uma proximidade entre a ideia da cooperação como decorrente do princípio do contraditório, que seria interpretado de forma extensiva e que teria uma dimensão

mais ampla de contraditoriedade, como defende Leonardo Cunha Carneiro. Para este autor,

Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito. (CARNEIRO, 2013)

O princípio do contraditório por sua vez, decorre do art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, que preveem que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, e assegura o exercício do contraditório e da ampla defesa. Este conceito de devido processo legal ou *due process of law*, que tem suas origens na Inglaterra do século XIII do Rei Joao Sem Terra, engloba a existência de um procedimento legítimo e previamente definido, além da garantia do contraditório e da ampla defesa. Marinoni, Arenhardt e Mitidiero defendem que a citada disposição constitucional institui o direito fundamental ao processo justo no direito brasileiro. Em suas palavras,

O direito ao processo justo constitui princípio fundamental para organização do processo no Estado Constitucional. É o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas e para a formação de precedentes. (MARINONI et al, 2015. P. 489)

Logo, o Estado constitucional contemporâneo, que se compromete com os direitos fundamentais do cidadão em todas as suas esferas, e que portanto se classifica como um Estado *sub lege* (COSTA, 2010, p), não mais somente no aspecto da administração pública mas em toda a sua extensão como ente e aparato normativo (COSTA, 2010), deve necessariamente contar com um processo justo e que não somente leve em consideração, mas que tenha como bases fundantes, os direitos humanos elevados à categoria de fundamentais pela Constituição Federal. Como explicita Aharon

Barak, ainda que se defenda uma aplicação puramente vertical dos direitos fundamentais²⁵⁸, o Poder Judiciário é uma das dimensões do Estado, e, portanto, estaria vinculado a estes direitos, não podendo promover um processo ou proferir uma decisão que fosse contrária a estes (BARAK, 2001, p. 25).

3. A COOPERAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Diversos são os diplomas processuais que trazem disposições relativas à necessidade de um comportamento colaborativo/cooperativo das partes na condução do processo e na busca pela verdade material. Ainda que a ideia de cooperação pareça ser mais comum nos países de tradição da *common law*, também em países de tradição civilista o princípio foi incluído nas legislações.

A vinculação feita superficialmente da cooperação aos sistemas de *common law* decorre da maior incidência do princípio dispositivo no *common law procedure*. No entanto, como grande parte da doutrina processualista defende, a distinção entre o processo civil entre os sistemas é apenas parcialmente válido. Mauro Capelletti ao tratar do assunto, explicita as dificuldades de diferenciação entre os sistemas,

Uma primeira dificuldade de caráter objetivo é oferecida pela inexistência de um direito processual civil da Europa Continental que possa contrapor-se, como um todo unitário, ao *common law procedure*. A contraposição *common law/civil law* é uma abstração que apenas de modo aproximado trata de expressar uma verdade. (CAPELLETTI, 2001, p. 11).

Mais importante ainda é a segunda dificuldade apontada por Capelletti, que certamente deve ser levada em conta na realização da presente análise. Segundo o autor,

²⁵⁸ A aplicação vertical se dirige somente ao Estado nas suas relações com os particulares. Discussão existe no campo do direito privado, relativamente à possibilidade de eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aplicação em relações interprivadas). Neste sentido ver: FACHIN, *Teoria crítica do Direito Civil*; TEPEDINO, e BARAK, *Human Rights in Private Law*.

Uma segunda dificuldade de caráter objetivo que se agrega, pois, à assinalada multiformidade dos sistemas processuais europeu-continentais – uma multiformidade que, além do mais, encontra-se também, se bem que talvez menos acentuada, no âmbito da família de common law – consiste na bem conhecida e profunda diferença que existe entre os sistemas jurídicos, substanciais e processuais, dos países de civil law por um lado, e dos países de common law, por outro. Não apenas, pois, é extremamente problemático a individualização das duas entidades homogêneas (common law – civil law) contrapostas, mas, mesmo admitida tal individualização, tratar-se-ia, de todo modo, de duas entidades profundamente diferentes e, por conseguinte, não facilmente comparáveis entre si. Acrescentem-se, além do mais, as dificuldades de caráter subjetivo: quem for especialista em estudo jurídico-comparativo saberá muito bem quais e quantos são os perigos de confusão que podem se apresentar em toda tentativa de comparação jurídica. (CAPELLETTI, 2001, p. 13)

Levando-se em conta a ressalva quanto à comparação apontada por Capelletti, cabe a análise de outros diplomas processuais que tragam expressamente o princípio da cooperação, não para nos apoderarmos do conteúdo valorativo dado a tal princípio em cada uma das jurisdições que o abarcaram, mas sim para contrapor as possíveis concepções e leituras que decorrem dele, e que possibilitem o estabelecimento de um diálogo entre estas leituras e a cultura processual brasileira, que seja apta a clarear a extensão e as consequências deste princípio no processo civil brasileiro.

Inicia-se portanto a análise com o caso português, que seria um sistema processual mais próximo do brasileiro, não só pela sua estrutura geral mas também pela utilização do mesmo idioma. No caso de Portugal por exemplo, o princípio cooperativo encontra guarida na Lei 33/95, que autoriza o Governo português a rever o Código de Processo Civil, e que enuncia no seu artigo 6º que

As alterações à lei processual deverão consagrar o dever de cooperação para a descoberta da verdade, a par da necessidade de uma adequada ponderação, em termos de proporcionalidade, eticamente fundada, entre o direito à reserva da intimidade da vida privada e a obtenção da verdade material e os direitos e interesses da contraparte, dentro do seguinte quadro:

Portanto, o legislador português (Assembleia da República) adotou o dever de cooperação das partes como princípio norteador

do processo civil português, determinando situações específicas em que tal princípio poderia ser mitigado em vista da ponderação com outros direitos fundamentais tais como integridade física e moral, sigilos de correspondência, telecomunicações ou profissional.

O citado artigo 6º da Lei 33/95 teve seu reflexo principalmente no artigo 266 do CPC português, que estipula em sua primeira alínea (1) que os magistrados, mandatários judiciais e as partes devem cooperar entre si, visando a obtenção breve e eficaz de uma justa composição do litígio. Ainda mais interessante é a previsão da alínea quatro (4) que determina que o juiz deve também colaborar para a remoção de qualquer obstáculo que se encontre no caminho da parte e que condicione o eficaz exercício da faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual.

Maria Carolina Silveira Beraldo, ao comentar o citado artigo lusitano, aduz que “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as *próprias partes cooperar entre si*, concorrendo para se obter – como tem de ser! – com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.” (BERALDO, 2011, p. 460)

O princípio da cooperação também aparece no processo civil alemão, principalmente a partir da reforma de simplificação de 1976 da ZPO, que de acordo com Reinhard Greger apenas concretizou um já existente dever de cooperação, que podia ser deduzido dos §§ 139 e seguintes do CPO (GREGER, 2012, p. 132). No ZPO, a partir da reforma de 1976, o dever geral de colaboração vem expresso no § 282, I.

No processo civil Inglês, a cooperação também aparece como princípio fundamental do processo, - reforçando a ideia da existência mais comum dessa disposição na *common law* – desde a reforma do *Civil Procedure Code* de 1998. Os artigos 1(3) e 1(4) do código inglês tratam especificamente da colaboração das partes e do juízo no atendimento do *Overriding objective* definido quando da reforma de 1998, de prestação jurisdicional justa e com custo proporcional.

Neste sentido, o artigo 1(3) determina que “as partes tem o dever de ajudar a corte a aprofundar o objetivo primordial”²⁵⁹,

²⁵⁹ [trad. do autor] *Duty of the parties*

1.3 *The parties are required to help the court to further the overriding objective.*

enquanto que o artigo 1(4) trata dos deveres da Corte na administração dos casos, determinando uma postura ativa dos juízes, em cooperação com as partes. O artigo traz expressamente que,

1.4.

(1) a Corte deve aprofundar o objetivo primordial através da administração ativa dos casos;

(2) a administração ativa inclui –

a. encorajar as partes a cooperarem entre si na condução do procedimento;

b. identificar as questões em estágio inicial”²⁶⁰

Nota-se que o código inglês prevê a cooperação como elemento essencial para o atingimento do objetivo primordial traçado para o processo civil inglês de prestação jurisdicional justa e com custos proporcionais, ao mesmo tempo que da conteúdo valorativo ao princípio que se dirige à prestação justa e com eficiência nos custos. Ou seja, a cooperação no processo civil inglês deve ser lida sempre em vista do objetivo primordial determinado, se perfazendo ao mesmo tempo em ônus e direito das partes, que pode influenciar diretamente no resultado do julgamento.

²⁶⁰ [trad. do autor]

1.4

(1) *The court must further the overriding objective by actively managing cases.*

(2) *Active case management includes –*

(a) *encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings;*

(b) *identifying the issues at an early stage;*

(c) *deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others;*

(d) *deciding the order in which issues are to be resolved;*

(e) *encouraging the parties to use an alternative dispute resolution(GL)procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure;*

(f) *helping the parties to settle the whole or part of the case;*

(g) *fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case;*

(h) *considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it;*

(i) *dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion;*

(j) *dealing with the case without the parties needing to attend at court;*

(k) *making use of technology; and*

(l) *giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently.*

Diante da pluralidade de concepções possíveis do princípio da cooperação conforme encontrado em outras jurisdições, resta determinar exatamente qual seria a concepção no processo civil brasileiro, tendo em conta a cultura social e jurídica brasileira, e levando em consideração a teleologia da norma acrescida ao ordenamento pelo Novo CPC brasileiro.

4. A EXTENSÃO DA COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Contextualizada a questão da cooperação dentro do Estado Constitucional e seu emprego no direito comparado, volta-se a análise à questão mais prática e pragmática que envolve o princípio, no sentido de definir a extensão (e, por conseguinte, os limites) da cooperação dentro do novo processo civil brasileiro.

Inicialmente, faz-se necessária a definição do que se entende pelo termo cooperação dentro do processo civil. Não se pode negar que, culturalmente, a cooperação em um processo que visa determinar direitos e obrigações entre duas partes que se colocam em posição de duelo não é um conceito simples de ser entendido, e que, certamente, será alvo de inúmeras interpretações e aceções diferentes, uma vez que passe a vigorar de fato no ordenamento jurídico pátrio. Como podem partes adversárias, que buscam um resultado positivo para si e que invariavelmente na grande maioria das vezes irá representar um resultado negativo para a parte contrária, colocarem-se em posição colaborativa para o bom andamento do processo, visando um provimento jurisdicional que seja justo e conectado com a verdade?

Esse aparente paradoxo já foi alvo de debates em outros momentos. Mesmo durante o debate legislativo em torno do projeto do Novo Código, a questão gerou controvérsias e foi alvo de alterações entre o projeto originalmente esboçado no Senado Federal e aquele enviado à Câmara dos Deputados, e posteriormente quando da passagem final pelo Senado, novamente foi objeto de alterações.

O primeiro projeto trazia o princípio na redação do artigo 5º, que previa:

Art. 5º. As partes tem direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que

profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

No entanto, quando do envio do projeto à Câmara dos Deputados, a redação do então PLS 166/2010 contava com redação diversa, que suprimiu a expressão *entre si* e que previa portanto a cooperação apenas em relação ao juiz. Essa alteração, de certo modo, não pode ser considerada de todo incompreensível, haja vista que *a priori* pensa-se no processo como uma guerra entre as partes, aonde o modelo de resultado ganha/perde faz com que os atores direcionem as suas energias para a realização de atos que garantam o seu sucesso, o que, como dito, mostra-se paradoxal à ideia de colaboração entre eles.

Logo, para que a cooperação como princípio processual seja culturalmente aceita, e, mais do que isso, compreendida e aplicada corretamente em prol de um processo mais humano e justo, é imprescindível o preenchimento deste vetor com o correto conteúdo valorativo, que será capaz de indicar quais são os comportamentos esperados e não esperados dentro do processo colaborativo, e conseqüentemente, qual é de fato a extensão e o limite da normatividade deste princípio.

Versando sobre este ponto, Maria Carolina Silveira Beraldo entende que “*Não há, e nem pode haver qualquer duvida com relação à extensão do dever de cooperação: as partes tem, sim, o dever de cooperar entre si.*” (BERALDO, 2011, p. 459).

Mas como se define essa cooperação? Ou ainda, o que se entende por cooperação dentro de um contexto adversarial, onde a vitória de um representa a derrota do outro? Seria possível exigir das partes um comportamento colaborativo ainda que isso possa representar eventual prejuízo (seja processual ou material) para as mesmas?

Samuel Bowles e Herbert Gintis, ao tratarem sobre as origens da cooperação humana, definem o vocábulo da seguinte maneira: “*By cooperation we mean an individual behavior that incurs personal costs in order to engage in a joint activity that confers benefits exceeding these costs to other members of one’s group.*” (BOWLES et GINTIS, 2002, p. 2).

Se partirmos da ideia exposta acima, nota-se que o conceito de cooperação envolve (a) uma conduta individual que gera custos pessoais, (b) visando o engajamento em uma atividade conjunta e que (c) conferem benefícios a outros membros do grupo que superam os custos incorridos.

Uma análise superficial do conceito ora esboçado poderia contribuir no sentido considera-lo inapto a determinar um principio eficaz dentro do panorama processual, eis que exigiria da parte uma conduta que incorre em custos para si, visando benefícios que atingiriam os demais membros do grupo em grau de superação dos custos incorridos. E é exatamente nessa acepção que, a nosso ver, causa a insegurança debatida quanto à viabilidade da exigência da cooperação dentro de um processo de cunho adversarial. É dizer, que o principio da cooperação encontra resistência quando parece exigir da parte uma conduta onerosa para si, visando benefícios dirigidos a outros membros do grupo social, e que, aparentemente, não seriam aproveitados por aquele que pratica a conduta.

Nesta linha, Beraldo explora a experiência portuguesa desde a introdução do CPC de 2006, que apontou através de relatório do Ministério da Justiça português uma

grande dificuldade cultural dos advogados portugueses na apreensão do real alcance da cooperação. [...] os objetivos de colaboração entre as partes tem sido de difícil implementação, e 'os principais motivos apontados são os quadros mentais actuais, difíceis de alterar, o desconhecimento destes mecanismo e a falta de compreensão do que eles significam'(BERALDO, 2011, p. 460).

Para Lúcio Grassi de Gouveia, que já defendia a existência da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro ainda sob a égide do código de 1973, busca elucidar o significado do significante “cooperação intersubjetiva” no direito processual, ao aduzir que se trataria de *“trabalho em comum, em conjunto, de magistrados, mandatários judiciais e partes, visando a obtenção, com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio.”* (GOUVEIA, 2009, p. 35)

Já Fredie Didier Jr. aprofunda o alcance da cooperação quando, ao tratar do tema, defende uma dimensão do principio da cooperação que seria capaz de reformular o sistema processual, caracterizando-o como um processo *colaborativo*, em oposição aos

modelos *dispositivo* e *inquisitivo* que vigoravam nas diferentes jurisdições. Segundo o autor,

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo da partes. O contraditório é valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deve ser observada para que a decisão seja válida. (DIDIER JR, 2015, p. 125)

Na mesma esteira, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma a concepção dialógica que envolve o princípio da cooperação no processo, aduzindo que a colaboração esperada seria *“vivificada por permanente dialogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão.”* (OLIVEIRA, 2003, p. 27)

A partir da visão exposta por Didier Jr e Alvaro de Oliveira, clareia-se a noção da concepção do termo *cooperação* no âmbito processual, que estaria ligada diretamente à ideia de diálogo entre os sujeitos do processo, de modo que as partes participem efetivamente e tenham paridade de armas no que se refere à formulação de argumentos e na participação do convencimento do juiz, visando, em última análise, tanto a legitimação do processo como a possibilitar um provimento jurisdicional justo e que se aproxime ao máximo da verdade. Segundo Beraldo, *“a previsão explícita do dever de cooperação não pode significar, para os interpretes, imposição benéfica ao direito das partes em litígio. Ao contrário, cristaliza a confiança na capacidade das partes de contribuir para a resolução da lide com rapidez, eficiência e probidade.”* (BERALDO, 2011, p. 460)

Grassi de Gouveia, ao discorrer sobre o tema, reforça a ideia da cooperação no âmbito de um processo dialógico que seria responsável por instituir uma comunidade de trabalho. Segundo ele,

O princípio da cooperação, considerado a trave mestra do processo civil moderno, leva frequentemente a falar de uma ‘comunidade de trabalho’ (Arbeitsgemeinschaft) entre as partes e o tribunal para a realização da função processual. [...] Destina-se a transformar o

processo civil numa 'comunidade de trabalho' e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados." (GOUVEIA, 2009, p. 36)

Esta visão do processo como comunidade de trabalho que responsabiliza e envolve partes e tribunal em uma perspectiva dialógica, "*privilegiando tais aspectos em detrimento de um enfoque estratégico e duellístico*" (GOUVEIA, 2009, p. 36), e as consequências que decorrem deste pensamento, tais como colocadas por Gouveia "*[d]a possibilidade de adequação das regras processuais quando inadequadas para a justa composição do litígio, da atenuação da preclusão na alegação de fatos (apesar de o processo civil brasileiro ser dotado de forte carga de preclusividade) e na prevalência do mérito sobre a forma*" (GOUVEIA, 2009, p. 36), remetem a uma forma de resolução de conflito que tem se mostrado cada vez mais útil, e que consequentemente tem angariado cada vez mais espaço, que é o procedimento arbitral.

A contraposição da Arbitragem ao processo judicial se mostra interessante na presente análise, pois se presta à contradizer - ou mediar, dentro da ideia de uma construção dialética do pensamento - empiricamente o aparente paradoxo entre a cooperação das partes na condução do processo e a busca pela "vitória" de uma tese sobre a outra numa estrutura de resultado pautada no modelo "ganha/perde". O aporte da arbitragem na presente discussão é indubitável: um procedimento que ocorre à partir de uma convenção das partes, que é escolhido e controlado pelas partes (REDFERN and HUNTER), em cooperação constante entre estas e os árbitros, inclusive, mas não se limitando à definição de cronogramas de trabalho, formas de apresentação e produção probatória, organização de audiências, definição dos pontos controvertidos (o termo de arbitragem - ou ata de missão no Regulamento CCI - que pode se equiparar com um despacho saneador é feito em total cooperação entre partes e árbitros), atenuação da preclusão e definição de regras procedimentais.

O procedimento arbitral nasce portanto de um acordo processual entre as partes, e não só possibilita mas determina a estas, em cooperação constante com o julgador, o dever da condução do processo de forma justa e equitativa. Não obstante a intensa cooperação entre as partes litigantes (indispensável para o andamento do procedimento), ainda mantém-se a disputa nas questões de mérito, em um dialogo constante e muito menos

formalista, que busca de fato atender às partes na resolução de seus conflitos, através de uma decisão que seja legítima e justa, alcançada a partir da participação efetiva de todos os envolvidos. A arbitragem, ainda que seja meio heterocompositivo de resolução de disputas – e assim caracterizando-se como um processo destrutivo das relações sociais, segundo a teoria de Morton Deutsch, pois seria responsável por um “enfraquecimento ou mesmo rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida” (DEUTSCH, 1973) – costuma render decisões que são aceitas com maior facilidade pelas partes, dado o grau da sua participação tanto na condução do procedimento como na formação do convencimento do árbitro. Na mesma linha que defende Gouveia em relação ao processo civil, a arbitragem pode ser considerada caracterizada pelo prestígio à

ideia de instrumentalidade do processo, evitando a supervalorização das regras técnicas em detrimento dos princípios fundamentais do direito processual, buscando uma humanização do processo, de modo a que este consiga ser para todos os membros da sociedade um eficiente meio ético e técnico de pacificação social, dotado de efetividade, que é obtida através da cooperação entre os sujeitos processuais para a busca do que se convencionou chamar de verdade real, se bem que entendamos que nenhum processo garante a descoberta da referida verdade.” (GOUVEIA, 2009, p. 37).

Ora, o sucesso e a expansão da arbitragem no Brasil e no mundo demonstram empiricamente que é possível a condução de um processo sob regime de cooperação entre as partes e entre elas e o juiz, ainda que cada um dos polos processuais pretenda a sobreposição da sua tese sobre a tese adversária, dentro duma dimensão duelística do modelo ganha/perde.

Portanto, ultrapassado o primeiro paradoxo aparente: é possível a realização de um processo dialógico e cooperativo visando uma decisão mais justa e condizente com a verdade real, ainda que as partes litigantes assumam, naturalmente, a posição de adversários em duelo relativo ao mérito da causa e do direito material a ser considerado aplicável ao caso. No entanto, tal constatação não esgota o problema proposto por este ensaio. Resta saber, agora, no que consiste de fato a cooperação, ou seja, estabelecer a relação entre a teoria e a prática, através do preenchimento do conteúdo valorativo do princípio e os seus reflexos nas relações processuais.

Segundo Didier Jr., *“o mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado”* (DIDIER JR, 2015, p. 127). Partido desta premissa, o autor divide os deveres de cooperação em “deveres de esclarecimento, lealdade e proteção”, para na sequência explorar a dimensão destes deveres tanto em relação às partes, como em relação aos julgadores.

Pelo dever de esclarecimento, entende-se uma dupla dimensão: tanto as partes tem o dever de redigir sua pretensão com clareza e coerência²⁶¹ - colaborando com a parte adversa no sentido de possibilitar o entendimento da controvérsia na sua totalidade, e, a partir daí, desenvolver seus argumentos de defesa – , como o tribunal teria o dever de *“se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo”*, como também *“esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes.”* (DIDIER JR, 2015, p. 128). Dentro do dever de esclarecimento, o autor também considera o dever de consulta, como variante do dever de informação, e que impediria o *“órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se.”* (DIDIER JR, 2015, p. 129).

Já no que tange ao dever de proteção, que o autor qualifica também como uma variante do dever de prevenção, este se aplicaria em quatro áreas: *“explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de certa atuação pela parte.”* (DIDIER JR, 2015, p. 130). Por fim, a lealdade se refletiria como desdobramento lógico do princípio da boa-fé processual, de modo que pode-se inferir que para o citado autor, a cooperação concentra uma série de deveres, que contribuem para a dialogicidade do processo.

Entretanto, os deveres expostos no pensamento de Didier Jr. já poderiam ser vislumbrados no código de 1973. Como bem nota

²⁶¹ Uma crítica possível à esta ideia de dever de esclarecimento das partes se dá no âmbito do processo nos Juizados Especiais, aonde é cada vez mais comum a atuação de partes desacompanhadas de advogados, e que formulam com grande frequência pretensões obscuras, desconexas e incoerentes, que impedem a parte ré de exercer plenamente seu direito de defesa, e aonde atualmente não há qualquer esforço na cooperação das partes, quanto menos dos magistrados.

Grassi de Gouveia, os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio já podiam ser deduzidos, ainda que não estivessem expressos sob um significante de *cooperação* positivado. Ao dever de esclarecimento, por exemplo, Gouveia cita os arts. 130, 131, 339, 340, I e 342 do CPC/73, como formas previstas pelo diploma que determinam o esclarecimento, seja na produção de provas, seja no livre convencimento motivado (GOUVEIA, 2009, p. 34). Este autor também traz exemplo do dever de prevenção, nos arts. 282 e 283 do CPC/73, que determinam a emenda da inicial por parte do autor.

Quanto ao dever de consulta, Gouveia também defende sua existência previa no ordenamento processual brasileiro, que se caracterizaria como “*o dever do juízo ou tribunal de consultar as partes sempre que pretenda conhecer da matéria de fato ou de direito, de rito ou de mérito, sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem*” (GOUVEIA, 2009, p. 34), mas que em nosso entendimento não fica tão evidente, haja vista a possibilidade de decisões *ex officio*, bem como da recepção do instituto do *iura novit cúria* pelo sistema processual brasileiro, que será analisado com maior profundidade adiante. Finalmente, quanto ao dever de auxílio, Gouveia sustenta que o mesmo encontra-se contemplado por exemplo nos arts. 355 e 360 do CPC/73, que tratam da exibição de documentos ou coisas em poder da parte ou de terceiros.

Reinhard Greger será responsável por aportar uma noção diferente de *cooperação*, que contribui para a dialética deste estudo. Segundo este autor,

Seria equivocado relacionar a ideia de *cooperação* no processo à colaboração harmônica das partes ou à imagem do juiz como terapeuta social. A aceitação do princípio da *cooperação* também não é equiparável à necessidade de existir um dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*) processual geral das partes, como defendeu Stürner. Ainda, o dever de fornecer informações (*Informationserteilungspflicht*), se considerado em estreita relação com o princípio da *cooperação*, diz respeito apenas a um lado da *cooperação*. Princípios processuais são mais do que apenas instruções para as partes do processo – eles são ideias fundamentais, que determinam globalmente o termo e o caráter de um processo judicial e definem o conjunto de orientações ao comportamento das partes.” (GREGER, 2012, p. 125)

Para Greger, o princípio da cooperação conta também com um conteúdo positivo, que derivaria de uma compreensão fundamental da ciência processual moderna, de que *“o processo civil trata de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais – isto é, entre o juiz e as partes de um lado e as partes entre si de outro.”* (GREGER, 2012, p. 125). Esta concepção seria responsável por fornecer as bases para deveres e ônus processuais, não somente das partes, mas também do juiz.

Reinhard Greger também defende a ideia de uma comunidade de trabalho, conforme exposto por outros autores também citados, que decorreria da necessidade de interação entre os envolvidos na relação processual visando atingir o fim processual de aplicação do direito material e restauração da paz perturbada. Para ele,

uma compreensão adequada do princípio da cooperação não dilui o controle das partes, nem conduz a um *mixtum compositum* do princípio do dispositivo com o princípio inquisitório. Ao contrário: justamente porque no processo civil existe o princípio dispositivo, o juiz deve cooperar com as partes e elas não podem promover ou permitir uma descoordenação. (GREGER, 2012, P. 126).

A análise do alcance do princípio da cooperação operada por GREGER se mostra interessante, pois dimensiona o princípio em diferentes concepções no que se refere ao comportamento do juiz e o comportamento entre as partes. No que toca ao juiz e a sua relação com as partes, a cooperação enseja uma *“interação com as significativas atividades das partes”*, enquanto que entre as partes, *“a exigência de cooperação ao invés de determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que delas participem.”* (GREGER, 2012, p. 126)

Para Greger, portanto, o princípio da cooperação não significa, ao menos em relação as partes entre si, que estas *“devam oferecer o seu processo em íntimo companheirismo (Zweisamkeit) – essa seria uma utopia alienígena”* (GREGER, 2012, p. 126).

5. PROBLEMATIZAÇÕES POSSÍVEIS E DESDOBRAMENTOS PRÁTICOS;

Dentro do panorama explorado nas sessões anteriores, resta neste momento a reflexão sobre os possíveis efeitos e desdobramentos práticos da inserção positiva do princípio da cooperação no processo civil brasileiro, em especial no que tange aos artigos 6º e 10º, e as possíveis leituras do texto normativo a influir na condução dos processos judiciais.

Nesta linha, abrem-se duas questões que já eram objeto de intenso debate na doutrina e que, com a promulgação do novo código, voltam à tona como possíveis desdobramentos, a saber, o instituto do *Discovery*, *testemunhos escritos* e *cross-examination*, no que se refere à produção probatória, decorrente do artigo 6º; e o instituto do *iura novit cúria*, como desdobramento da aplicação do artigo 10º.

5.1. Da questão probatória

O artigo 6º do Novo CPC prevê que:

“Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Diante do texto normativo, colocam-se duas questões principais: (a) a leitura do artigo em comento pode trazer alterações no regime probatório vigente no processo civil brasileiro? (b) Seriam admissíveis no processo brasileiro institutos típicos da common law, decorrentes da cooperação entre as partes?

No que se refere ao primeiro questionamento, é possível a interpretação do artigo no sentido de se alterar o regime probatório, principalmente no que se refere à exibição de documentos em poder da outra parte. Tal alegação poderia ser extraída do mandamento de colaboração *entre as partes* para a obtenção de decisão de mérito justa e efetiva.

Ora, se as partes tem o dever de cooperar para uma decisão *justa*, significa que todos os elementos probatórios que possam elucidar a questão para o juízo devem ser trazidos aos autos, independentemente da parte que detenha a posse de tais provas. Esta interpretação implica numa relativização da regra geral do ônus

probatório²⁶² ao mesmo tempo que se aproxima dos institutos do Discovery americano ou do Disclosure inglês. Ali Marossi, ao discorrer sobre o Discovery aponta que *“the collaboration of parties in these matters can shape the outcome of every dispute”* (MAROSSO, 2009, p. 513).

O grande problema no que toca a cooperação e a produção de provas está nos casos em que a parte não tem acesso aos documentos ou testemunhas necessárias para a comprovação do seu direito, que estão em poder da parte adversa, a qual será prejudicada na sua causa se apresentar a prova requerida, produzindo “prova contra si”. Esta situação por óbvio não é nova no processo brasileiro, que conta com a possibilidade da exibição de documentos no seu sistema atual. No entanto, a norma inscrita no artigo 6º pode e deve representar uma alteração na forma que se valora a necessidade de apresentação de provas que estão em posse da parte adversa, já que denota um *dever de cooperação*. Como coloca MAROSSO,

The rule of collaboration is a duty to be observed by both parties. Adjudication cannot take place in a vacuum; it can function properly only if the parties are willing to cooperate with the tribunal by furnishing it with all necessary and relevant facts by way of evidence. (MAROSSO, 2009, p. 516)

Portanto, há que se refletir sobre a possibilidade de um escopo ampliado para a produção de provas ordenadas pelo juízo, eis que a norma do artigo 6º tornaria teoricamente um dever da parte a colaboração, o que automaticamente faria com que os requisitos para a concessão de ordem de exibição de documentos fossem “abrandados”, visando possibilitar à parte que faça a prova da sua alegação ainda que não tenha controle da prova.

Por outro lado, pode-se também considerar que a decisão *justa* para qual as partes devem colaborar não englobaria uma decisão aonde a parte fosse “obrigada” a fazer prova contra si. A nosso ver, a dignidade da pessoa aplicada ao processo pode ser utilizada como argumento para justificar ambos os lados, e

²⁶² Regra esta que também foi dinamizada pelo novo diploma processual. Ver DIDIER JR.

certamente será interessante o acompanhamento do desenvolvimento da jurisprudência neste sentido.

Outra questão que pode ser levantada relativamente à cooperação das partes para uma decisão justa e efetiva reside na prova testemunhal e sua produção. Não se pode olvidar que um dos princípios do novo processo civil brasileiro é também a prestação jurisdicional dentro de um tempo razoável, devendo as partes cooperar igualmente para este fim.

Ora, nesta esteira, a adoção pelo Brasil dos *written statements*, ou testemunhos escritos, também pode ser de grande valia, e também depende diretamente da colaboração das partes. Os testemunhos escritos – que são comuns no processo norteamericano, bem como nos procedimentos arbitrais – visam tornar o procedimento mais célere, através do envio dos depoimentos por escrito das testemunhas arroladas, que serão analisados pelo juiz para verificação de contradições e inconsistências, que depois poderão ser exploradas oralmente pelos advogados e pelo juiz através da chamada *cross-examination* ou exame cruzado, que também representaria uma significativa mudança no regime probatório brasileiro.

A grande vantagem dos depoimentos escritos é a eficiência, tanto no que tange ao tempo como no que tange aos custos relativos ao processo (já que dependendo do teor dos testemunhos, não haveria necessidade de oitiva presencial, o que economiza tempo e dinheiro). Logo, em transigindo as partes pela apresentação de testemunhos escritos – em verdadeiro negócio jurídico processual – estariam as mesmas colaborando para o bom andamento da causa e para a sua eficiência temporal e econômica.

5.2 O *iura Novit Curia*

Já no que toca ao instituto do *iura novit cúria* a discussão pode se mostrar ainda mais problemática, até pelas inconsistências trazidas pelo próprio código no que se refere à possibilidade de julgamento de ofício pelo juiz *versus* o dever de cooperação e o mandamento contido no artigo 10 do novo diploma.

O *iura novit cúria* é um instituto que prega que “o juiz conhece o direito”, e sendo assim, pode aplica-lo independentemente da

arguição feita pelas partes, e também independentemente de consulta às partes sobre o fundamento utilizado.

Muito já se discutiu sobre o instituto no Brasil, e a doutrina aparenta dividida neste ponto. Para alguns o instituto representa o poder de livre convencimento do juiz independente das alegações da parte, enquanto que para outros, representa uma violação do contraditório e do devido processo legal.

Vallisney de Souza Oliveira entende pela aplicabilidade do princípio, ao afirmar que

Apesar de polêmico quanto à extensão e à aplicabilidade, é muito invocado no Direito Processual o adágio segundo o qual o juiz conhece o direito, assentado na expressão latina *iura novit curia*, que se afigura na verdade como verdadeiro princípio processual específico acerca dos poderes do juiz. O preceito significa que o julgador não está limitado às regras jurídicas indicadas pelas partes, pois, diante da presunção de que conhece o direito, cabe-lhe aplicar as normas *ex officio*. (SOUZA OLIVEIRA, 2013)

A corrente doutrinária que defende(ia) a aplicação do *iura novit curia* considera dever do juiz aplicar o direito tecnicamente e conforme o seu conhecimento, independentemente da arguição do fundamento pela parte. Como explica Souza Oliveira,

A presunção do ponto de vista objetivo, fundado neste adágio, é fator de garantia e segurança para as partes que levarão sua causa para um profissional especializado, para alguém que ingressou na magistratura por méritos e presumidamente com notável saber jurídico e, portanto, plenamente apto a, como representante do Estado, aplicar o melhor direito e a justiça. (SOUZA OLIVEIRA, 2013)

De fato, se analisado objetivamente, não haveria razão para se negar a aplicabilidade do *iura novit curia*, pois não se poderia limitar o juiz à utilização de fundamentos desenvolvidos pelas partes, sob pena de minar a própria função do juiz de aplicar o direito posto em prol de uma “autonomia da vontade das partes” em limitar o direito aplicável àquilo que foi alegado. Ou seja, é natural que o juiz se vincule aos pedidos e aos fatos, mas não às fundamentações e argumentos trazidos pelas partes.

No código de 1973, a dicção do artigo 126 previa implicitamente a possibilidade de aplicação do iura novit cúria, caracterizando-a inclusive como um dever implícito do juiz, ao determinar que

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

O artigo em comento manda que o juiz aplique as *normas legais*, sem limitar-se àquelas arguidas pelas partes em suas submissões. Portanto, ainda que não tenha havido debate entre as partes sobre uma determinada norma legal que seja considerada aplicável pelo julgador, é dever deste aplica-la.

Diante deste panorama, duas questões se abrem: (i) inicialmente, há que se aclarar qual seria o “problema” da aplicação do principio que ensejaria uma mudança operada pelo novo diploma; e (ii) o que de fato muda com o Novo Código de Processo Civil e como isso decorreria também do dever de cooperação?

Em relação ao primeiro ponto, a critica ou ponto de tensão que reside na aplicação do iura novit cúria seria o fato de as partes serem “surpreendidas” com uma decisão que se embasou em fundamentos utilizados pelo juiz e que não foi dada às partes a possibilidade de debate sobre tal fundamento. Em uma época em que o solipsismo judicial gera uma série de críticas por parte da doutrina e dos defensores de uma teoria da decisão²⁶³, o julgamento com base em fundamentos não submetidos ao contraditório deve ser repellido.

Neste ponto, há que se concordar que se o novo processo civil pretende prestigiar os princípios constitucionais e se colocar como instrumento de efetivação das garantias constitucionais, a participação das partes envolvidas na formação do convencimento do juiz é de fundamental importância. De tal modo que, a critica não se volta diretamente à possibilidade de aplicação do principio do iura novit cúria, mas sim até que ponto a sua aplicação representa a violação do direito fundamental ao devido processo legal, e principalmente à ampla defesa e ao contraditório.

²⁶³ Neste sentido STRECK, Lenio. Verdade e Consenso.

Passando-se a redação do Novo Código, nota-se a alteração operada pelo anteriormente citado artigo 10, que parece colocar um obstáculo ao princípio *iura novit cúria* no Brasil, ao determinar que:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Ora, se o juiz não pode decidir com base em fundamento que não tenha sido debatido pelas partes, conseqüentemente o fato de “o juiz conhecer o direito” não o possibilita de aplicar esse conhecimento sem sujeitá-lo ao contraditório. É dizer que, sendo o processo um instrumento de efetivação de garantias constitucionais, não pode esse transcorrer sem a participação efetiva das partes interessadas, principalmente no que se refere aos fundamentos utilizados como base da decisão, sob pena inclusive de outros desdobramentos vislumbráveis no que se refere por exemplo aos efeitos da coisa julgada.

Mas qual a relação do mandamento do artigo 10 e o dever de cooperação como princípio processual? Absolutamente toda. A redação do referido artigo e a vedação ao *iura novit cúria* decorre, a nosso ver, diretamente da concepção do dever de cooperação, que no caso, se estabelece entre o juiz e as partes, e do qual derivam os deveres de informação e lealdade, bem como do contraditório. A leitura do artigo 10, portanto, não impossibilita a aplicação do *iura novit cúria*, mas sujeita a sua aplicação ao prévio debate com as partes.

No procedimento arbitral, por exemplo, a aplicação do *iura novit cúria* é rara, principalmente por conta do dever de cooperação implícito ao procedimento. Como explicam HOBÉR e SUSSMAN,

“[...] the principle of iura novit cúria (that is, that ‘the court knows the law’), which is generally accepted in court proceedings in civil law countries, rarely if ever has application in international arbitrations. The fact that this principle does not apply serves to avoid the risk that the arbitrators might surprise the parties by deciding a case on the basis of law that had not been argued by any party.” (HOBÉR and SUSSMAN, 2014, p. 16).

Por outro lado, não obstante o mandamento do artigo 10, o novo código contradiz a referida normativa, quando da possibilidade em outros artigos para que o juiz decida de ofício, criando aparente antinomia no sistema processual. Exemplo encontra-se no artigo 376, que trata da alegação de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, que deverá ser feita pela parte, se assim determinar o juiz.

Não se sabe ao certo se a questão do artigo 376 passou despercebida pelo legislador, já que o texto normativo do artigo manteve-se idêntico ao antigo artigo 337, ou se de fato pretendeu-se manter a possibilidade de aplicação de ofício pelo juiz de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Em nossa opinião, pela leitura do artigo 10, e considerando-se que o mesmo encontra-se na sessão dos princípios fundamentais do processo, o artigo 376 deve ser lido tendo-se em conta o dever de cooperação, e portanto, deve o magistrado submeter ao debate das partes o direito considerado aplicável e os fundamentos que formarão o seu convencimento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS;

Diante de todo o cenário histórico exposto, e da evidente mudança de paradigma do novo processo civil brasileiro, entramos a partir de agora na era do processo constitucionalizado, com a pessoa e sua dignidade tidos como centro do ordenamento jurídico.

Em linha com um processo permeado pelas garantias fundamentais e que busca ser justo, efetivo e legítimo, o dever de cooperação das partes se mostra como pilar fundamental, e a correta carga valorativa deste princípio deve ser buscada tendo como norte justiça, efetividade e legitimidade. Será interessante acompanhar a evolução do instituto e a sua aplicação pelas cortes quando da entrada em vigor do novo diploma processual, bem como os desdobramentos que serão explorados pelas partes e seus advogados com base no vetor da cooperação entre partes e juiz.

No que se refere aos aspectos práticos dos possíveis desdobramentos, tanto a questão probatória como a questão do *iura novit cúria* devem ser refletidas a partir da ideia de cooperação, e deverão alterar o processo brasileiro na medida em que se prestarem para conferir maior justiça, efetividade e legitimidade ao

procedimento, o que se mostra com certo grau de subjetividade. Da mesma forma que o procedimento do *Discovery* e dos testemunhos por escrito podem tornar os procedimentos mais eficazes, deve-se ponderar se ainda se manterão justos e legítimos. Dentro destes valores, todas as alterações já testadas em processos comparados podem e devem ser bem-vindas.

REFERENCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo-valorativo**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARAK, Aharon. **Constitutional human rights and private law**. In Friedman, D. *Human Rights in Private Law*. Portland: Hart Publishing, 2001.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. **O dever de cooperação no processo civil**. *Revista de Processo*. Ano 36, vol. 198, ago/2011. São Paulo: RT, 2011.

CAPELLETTI, Mauro. **O processo civil no direito comparado**. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Lider, 2001.

CARNEIRO, Leonardo Cunha. **O princípio contraditório e a cooperação no processo**. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em 29/04/2015.

COSTA, Pietro. **O Estado de Direito: uma introdução histórica**. In *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. Costa, P e Zolo, D, orgs., trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes**. New Haven: Yale University Press, 1973

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introducao ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996

FACHIN, Luiz Edson. **Questoes do direito civil brasileiro contemporaneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GREGER, Reinhard. **Cooperacao como principio processual. Revista de Processo. Ano 37, vol. 206, abr/2012. Sao Paulo: RT, 2012.**

GOUVEIA, Lucio Grassi. **A funcao legitimadora do principio da cooperacao intersubjetiva no processo civil brasileiro. Revista de Processo. Ano 34, vol. 172, jun/2009. Sao Paulo: RT, 2009.**

HESAPANHA, Antonio Manuel. **Os juristas como couteiros: a ordem na Europa occidental dos inicios da idade moderna. "in" HESAPANHA, António Manuel. A política perdida: ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2009.**

HOBÉR, Kaj; SUSSMAN, Howard. S. **Cross-examination in international arbitration: nine basic principles. Oxford: Oxford University Press, 2014.**

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo Civil: teoria do processo civil. Vol. 1. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.**

MAROSSI, Ali Z., **The Necessity for Discovery of Evidence in the Fact-Finding Process of International Tribunals, *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2009, Volume 26 Issue 4) pp. 511 - 531**

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. ***Redfern and Hunter on International Arbitration (Fifth Edition)*, 5th edition (Nigel Blackaby, Martin Hunter, Constantine Partasides, Alan Redfern; Oxford University Press 2009)**

SOUZA OLIVEIRA, Vallisney. **Juiz não está limitado às regras indicadas pelas partes.** Disponível em:

<http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-noticia.php?tipo=imprensa¬icia=159&data=2013-01-23&titulo=juiz-nao-esta-limitado-as-regras-indicadas-pelas-partes>. Acesso em 10/07/2015.

O DIREITO ECONÔMICO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO: A NECESSÁRIA TUTELA ESTATAL DO SUPERENDIVIDAMENTO PARA A EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

MARIANA MENDES CARDOSO OIKAWA²⁶⁴

1. INTRODUÇÃO

É tema do presente artigo “o Direito Econômico e a proteção do consumidor superendividado: a necessária tutela estatal do superendividamento para a efetivação dos princípios constitucionais da ordem econômica”. Este se justifica pelo constante agigantamento do número de indivíduos superendividados²⁶⁵ e pelos indesejados

²⁶⁴ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada. Professora dos cursos de graduação em Direito e em Relações Internacionais do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professora visitante em diversos cursos de MBA e de especialização em Curitiba e região. Membro do Grupo de Pesquisa “A Regulação Contemporânea do Direito de Propriedade Empresarial e Estado, Modelo Econômico e Apropriação de Bens na Sociedade Pós-Moderna” do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

²⁶⁵ Segundo resultados publicados pelo Banco Central do Brasil (BACEN), “o endividamento das famílias cresceu entre 2007 e 2014 de 29% para 46% da renda disponível” (Relatório de Inclusão Financeira 2015. **Banco Central do Brasil**, 2015. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/Nor/reiincfin/RIF2015.pdf>>. Acesso em 16/12/2015.). Ainda, segundo resultados da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC), publicados pela Fecomércio Paraná, 85,7% das famílias curitibanas estão endividadas, das quais cerca de 27% consideram-se muito endividadas, sem condições de fazer frente aos pagamentos. (Pesquisa de

efeitos que decorrem da configuração destas situações de superendividamento, especialmente no que se refere à dignidade destes consumidores.

Em linhas gerais, tem-se por objetivo principal analisar a sociedade hodierna e o papel que o consumo e o endividamento nela ocupam, situando neste panorama as situações de superendividamento. Como consequência deste exame, objetiva-se demonstrar a emergente necessidade de promoção de efetiva tutela destes casos como forma de promover o resgate da dignidade e da cidadania dos indivíduos superendividados, garantindo o equilíbrio do sistema socioeconômico e a plena observância dos princípios norteadores da ordem econômica.

Para tanto, tratar-se-á essencialmente do consumidor superendividado, iniciando com o estudo da sociedade de consumo e de endividamento para, posteriormente, adentrar na realidade indigna vivenciada por este indivíduo que se encontra totalmente desprotegido pelo Estado. Na sequência, far-se-á uma breve análise dos fins, dos fundamentos e dos objetivos da ordem econômica, tendo por base o arcabouço principiológico constitucional.

Sedimentados os tópicos anteriores, passar-se-á a discorrer sobre a possibilidade e a necessidade de que pelo Estado seja conferida uma efetiva tutela ao superendividamento. Em sendo o Estado o agente normativo e o regulador da atividade econômica, interessa demonstrar que a proteção do consumidor superendividado não se trata apenas de uma opção do ente público, mas uma verdadeira obrigação constitucional deste.

2. O CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

Em sendo o principal objeto deste artigo a análise do papel do Direito Econômico na proteção do consumidor superendividado, importante é delinear as principais características do superendividamento, dando especial destaque ao indivíduo que vivencia tal situação.

2.1 Uma sociedade de consumo, de crédito e de dívidas

Parte-se aqui do entendimento de que o superendividamento do consumidor reflete a posição que este ocupa na sociedade. Assim, para que seja possível uma real compreensão do papel que é ocupado pelo consumidor, em especial aquele que se encontra superendividado, na sociedade, essencial se mostra seja realizada, ainda que perfunctoriamente, uma análise desta.

Com o advento da Revolução Industrial, inaugura-se uma nova forma de produção. Fala-se, a partir de então, em produção em massa, a qual necessitava, para garantir os interesses da nova classe industrial, ávida pelo lucro, de um consumo igualmente massificado. Assim, visando fomentar a demanda pelos produtos produzidos pela elite industrial, passa-se a induzir a mudança de hábitos nos indivíduos, introduzindo-os na era do consumo em larga escala.

O consumo, dada à proporção que assume, para além de se tornar motor da economia, passa a alterar os contornos da própria sociedade. Nas palavras de Jean Baudrillard, “o consumo surge como modo ativo de relação, como modo de atividade sistemática e resposta global, que serve de base a todo o nosso sistema cultural” 266. Emerge, neste contexto, o que o autor pioneiramente denominou de “sociedade de consumo”²⁶⁷.

A chamada “sociedade de consumo”, como bem anota Zygmunt Bauman, considera os indivíduos pura e simplesmente consumidores. Cria-se neles um novo processo de identificação, afastado de toda e qualquer individualidade, segundo o qual o “ser” confunde-se com o “consumir”, vigorando a lógica de que se é o que se compra²⁶⁸.

Neste contexto social, em que se confundem identidade e consumo, a ideia de pertencimento torna-se inegavelmente ligada ato de consumir. Em uma sociedade dita “de consumo”, aquele que não pode consumir, dela obviamente não faz parte. Nas palavras de Erich

²⁶⁶ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1981. p. 11.

²⁶⁷ Atribui-se a Jean BAUDRILLARD a criação do termo “sociedade de consumo”. Afirma-se que este a utilizou pioneiramente em sua obra “A sociedade de consumo”, publicada em 1970.

²⁶⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 87 e 88.

Fromm, “tem-se a impressão de que a própria essência de ser é ter, de que se alguém nada tem, não é”²⁶⁹.

No influxo deste movimento de integração à sociedade por meio do consumo de bens, ganha máxima relevância o crédito. Se de um lado estava a incessante busca pelo lucro, de outro se verificava, em que pese à avidez dos indivíduos pelo consumo, a falta de capital para fazer frente a todos os bens desejados. A oferta de crédito desponta, neste contexto, como solução.

Observe-se que, conforme bem destaca Maurizio Lazzarato, o oferecimento de crédito em grande escala decorre do próprio sistema capitalista fundado na massificação do consumo. Nas palavras do autor, “o funcionamento mundial das finanças, dispositivo central do capitalismo, requer a generalização do crédito”²⁷⁰.

Dissemina-se, a partir de tal momento, o crédito. Aproveitando-se da ânsia pelo consumo, valendo-se do argumento do desenvolvimento econômico, este novo elemento é inserido na sociedade, mudando completamente os seus rumos. E tamanha é a importância assumida por ele, que Zygmunt Bauman atualmente afirma que hoje se vivencia não a sociedade de consumo, mas sim a “sociedade de consumo e de crédito”²⁷¹.

Ocorre que ao crédito corresponde, necessariamente, uma dívida, pelo que se pode afirmar que emerge o endividamento como natural consequência da equação oferta de crédito e busca dos indivíduos pela inclusão social pela via do consumo de bens. Entretanto, tamanha é esta busca, e tamanha é a oferta, que o endividamento acaba por não mais configurar uma exceção, mas apresenta-se, atualmente, como uma constante social.

²⁶⁹FROMM, Erich. **Ter ou ser**. Rio de Janeiro: LTC, 1987. p. 35.

²⁷⁰LAZZARATO, Maurizio. Atualmente vigora um capitalismo social e do desejo. In: **Página 12**. 20 de dezembro de 2010. Entrevista concedida a Pedro Lipcovich. Tradução de Anne Ledun. Disponível em < <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/39543-atualmente-vigora-um-capitalismo-social-e-do-desejo-entrevista-com-maurizio-lazzarato>>. Acesso em 28 de dezembro de 2015.

²⁷¹BAUMAN, Zygmunt. Sociedade do consumo e do crédito não funciona mais. In: **Consultor jurídico**. 27 de janeiro de 2012. Entrevista concedida a Sílvia Boccanera. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-27/ideias-milenio-zygmunt-bauman-sociologo-polones>>. Acesso em 29 de dezembro de 2015.

2.2. O superendividamento

Ultrapassadas as iniciais considerações sobre o papel do crédito e do endividamento na sociedade hodierna, passa-se a buscar a necessária delimitação conceitual ao instituto em discussão. Deve-se destacar, neste momento, que a construção de um conceito de superendividamento pode seguir dois distintos caminhos, doutrinariamente denominados objetivo e subjetivo.

Objetivamente deve-se considerar “sobreendividados aqueles cujo grau de esforço ultrapassar um certo nível (valor crítico), a fixar normativamente”²⁷². Segundo tal visão, a adoção de um conceito objetivo perpassa pelo estabelecimento de uma quantificação, de sorte que, em sendo determinado número atingido, normalmente um percentual dos rendimentos do indivíduo, configurado estaria o quadro de superendividamento.

Tem-se observado no âmbito jurisprudencial a adoção de um critério objetivo para fins de caracterização dos quadros de superendividamento, em especial daqueles decorrentes da contratação do chamado crédito consignado. O Poder Judiciário brasileiro tem afirmado que o comprometimento de mais de 30% (trinta por cento) dos rendimentos do indivíduo por dívidas com instituições financeiras, debitadas estas de forma automática dos seus vencimentos, é suficiente para denunciar uma situação de superendividamento²⁷³.

Evidentemente que o estabelecimento de um conceito objetivo mostra-se de grande dificuldade, além de reduzida eficácia. O superendividamento é bem mais que um número, devendo ser tratado de acordo com a situação subjetiva apresentada. A configuração do inadimplemento pressupõe uma série de elementos,

²⁷² OBSERVATÓRIO DO ENDIVIDAMENTO DOS CONSUMIDORES. **Endividamento e sobreendividamento das famílias**: conceitos e estatísticas para a sua avaliação. Coimbra, 2002. Disponível em <http://oec.ces.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2013. p. 15.

²⁷³ Neste sentido, os acórdãos proferidos nos seguintes autos: Agravo de Instrumento nº 70047212519 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Apelação nº 0001593- 44.2011.8.26.0369 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Agravo de Instrumento nº 433912020118190000 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Agravo de Instrumento nº 8053234 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

os quais não podem ser reduzidos ao atingimento de determinado percentual de endividamento.

Além disso, pode-se afirmar, que o atingimento de uma determinada cifra, ou percentual, não representa os mesmos efeitos para distintos indivíduos, uma vez que devem ser consideradas a sua situação e a sua formação profissional, o número de familiares e a sua situação e formação profissional, patrimônio anteriormente amealhado, dentre outras dezenas de fatores.

O conceito construído segundo aspectos subjetivos, por sua vez, vincula, o superendividamento à impossibilidade do indivíduo de pagar as suas dívidas, sem que seja colocada em risco a sua própria subsistência, assim como a da sua família. Exclui-se deste conceito, portanto, qualquer elemento objetivo. Livre de qualquer número ou percentual, tal conceituação baseia a configuração do quadro de superendividamento à análise casuística, observadas as peculiaridades de cada caso apresentado.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, considera-se superendividado o indivíduo que, tendo agido de boa-fé, vê-se impossibilitado de pagar as dívidas de consumo contraídas sem prejuízo do seu sustento e de sua família. É neste sentido que os conceitos doutrinários se direcionam.

No país, Cláudia Lima Marques é uma das juristas que tem se debruçado sobre o tema. Por tal razão, o seu conceito de superendividamento vem sendo utilizado quase que na totalidade das obras que discorrem sobre o superendividamento. Segundo a autora “o superendividamento pode ser definido como a impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo”²⁷⁴.

Enunciando uma conceituação, vale mencionar a obra de Rosângela Lunardelli Cavallazzi e Heloisa Carpena Vieira de Mello. Segundo estas se encontra em situação de superendividamento o indivíduo, pessoa física, que tenha contraído dívidas, não tenham origem em sua atividade profissional, de boa-fé, cujo passivo seja maior que o ativo, de modo a comprometer a sua dignidade²⁷⁵.

²⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 1236.

²⁷⁵ CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação.

Vale citar, ainda, José Reinaldo Lima Lopes, cuja obra também tem se centrado na questão em foco. Segundo este “o conceito de superendividamento envolve a ideia de falência da pessoa natural; ou seja, uma incapacidade sua de pagar dívidas contraídas a partir de suas receitas”²⁷⁶.

Os conceitos enunciados são simples, porém completos, no sentido de enunciar claramente os necessários requisitos para que se caracterize a situação de superendividamento, quais sejam, o sujeito pessoa física e consumidor, a contratação do crédito de boa-fé e a impossibilidade manifesta de pagamento.

2.3. A realidade indigna dos consumidores superendividados

A compreensão do superendividamento supera a sua mera concepção conceitual, perpassando pela observância dos seus efeitos na esfera individual. A relação particular do consumidor com o crédito por ele contratado é o ponto central para o entendimento questão. Conforme bem afirma Claudia Lima Marques, se, no seio da cultura do endividamento, “viver a crédito é um bom hábito de vida”, pode este mesmo hábito representar a colocação do consumidor e de sua família em uma situação de fragilidade²⁷⁷.

Esta fragilidade decorre do papel que o crédito pode assumir no âmbito das esferas pessoal e familiar do indivíduo. Se por um lado, o crédito e o endividamento dele decorrente podem significar liberdade, por outro, podem levar ao aprisionamento do indivíduo e de sua família²⁷⁸.

In _____; MARQUES, Claudia Lima (Coords). **Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006. p. 328 e 329.

²⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento, uma problemática geral. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 17, 1996. p. 57 e 58.

²⁷⁷ MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento de superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 256.

²⁷⁸ HENNIGEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social. **Revista mal-estar e subjetividade**, Fortaleza, v. 10, n. 4, dez. 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482010000400006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 04 de fevereiro de 2013. p. 12.

Portanto, o superendividamento há que ser estudado no contexto deste papel limitador e excludente que o crédito pode assumir. O endividamento, nos termos anteriormente tratados, “é um fato inerente à vida na atual sociedade de consumo”²⁷⁹. Entretanto, ele pode adquirir, por questões que serão a seguir vislumbradas, ares de problema crônico, passando de um quadro de endividamento normal para os padrões sociais vigentes, para uma situação indesejada de superendividamento.

Neste contexto, apresenta-se importante para a compreensão da extensão dos danos decorrentes da abstenção da tutela ao superendividado, observar de que forma a dignidade deste é desrespeitada. Considerada a realidade social atualmente vivenciada, pode-se afirmar que um dos principais, e mais imediatos, efeitos sobre a dignidade da pessoa humana do consumidor superendividado é decorrência da sua exclusão do mercado.

A afronta à dignidade em razão da retirada do indivíduo do rol dos consumidores dá-se nos mais diversos aspectos, mas especialmente naqueles referentes à esfera social e econômica dos envolvidos. Sobre o tema, vale transcrever a obra de Claudia Lima Marques, segundo quem “o superendividamento é uma crise de solvência e de liquidez do consumidor (com reflexos em todo o seu grupo familiar), crise que facilmente resulta em sua exclusão total do mercado de consumo, comparável a uma nova espécie de *morte civile*: a morte do *homo economicus*”²⁸⁰.

Equivocadamente, a impossibilidade de adimplemento por parte do consumidor superendividado é considerada não adimplemento, ou inadimplemento, pelo mercado. Assim, configurado este suposto inadimplemento, ato subsequente é a inscrição, pelos credores, dos dados deste consumidor nos chamados órgãos de proteção ao crédito. Esta inscrição sabidamente impossibilita a este o acesso a todo e qualquer tipo de crédito, exclusão esta que determina perniciosos efeitos sobre a dignidade da pessoa humana do indivíduo superendividado.

O consumo, hoje, é elemento definidor das suas próprias identidades individuais. É por meio dele que o homem percebe-se, define-se e constrói a sua própria identidade, assim como percebe e

²⁷⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2010. p. 17.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 25.

define o outro, construindo uma identidade deste. Esta lógica de que se é o que se compra, e de que só se é se consome acaba por ignorar socialmente aquele que nada mais pode consumir²⁸¹, afastando o superendividado da efetiva participação na sociedade, e, por consequência, excluindo-o da própria noção de cidadania.

Entretanto, a retirada do consumidor superendividado do mercado possui outra, e talvez mais degradante consequência, qual seja, a impossibilidade deste adquirir os mais básicos produtos e serviços essenciais à sobrevivência própria e de sua família.

Não é incomum, portanto, que todo e qualquer ato de consumo das famílias modernas seja hoje realizado pela via do crédito, cada vez oferecido em maior quantidade e com maior facilidade, sendo ele, inclusive, considerado pelo consumidor moderno um direito subjetivo, uma parte de seu patrimônio. É o endividamento o meio disponibilizado aos indivíduos não apenas para a conquista dos tradicionais sonhos, como a casa própria, mas também para a aquisição de tantos outros produtos e serviços que são constantemente apresentados pela publicidade e também, como consequência, daqueles que são essenciais à manutenção dos mais básicos aspectos da sua vida e de sua família.

Frente a esta realidade, não é difícil perceber a dimensão dos efeitos da retirada deste indivíduo do mercado. Sem acesso ao crédito, aquele que até então se pautava neste para a aquisição da totalidade dos seus bens, essenciais e supérfluos, depara-se com a impossibilidade de manter as condições de subsistência próprias e de sua família. Sem crédito, as mais básicas despesas do indivíduo e de sua família não conseguem ser realizadas, tais como saúde e educação, o que determina uma situação evidente e inquestionável de indignidade.

É, portanto, claro efeito da retirada do mercado do consumidor superendividado a impossibilidade de manutenção de uma vida minimamente digna para si e para a sua família. Tal situação há que se ser repudiada, sob pena de se albergar a direta e

²⁸¹BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 26.

incontestemente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, eixo central do sistema jurídico pátrio, conforme análise subsequente²⁸².

3. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Afirma Paulo Henrique Rocha Scott, em consonância com a majoritária doutrina que se debruça sobre o estudo do tema, que a ordem econômica é o “conjunto de princípios e regras jurídicas que, funcionando harmonicamente e garantindo os elementos conformadores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia”²⁸³. É ela, portanto, que estabelece o arcabouço normativo que indicará a opção do Estado por um ou outro sistema econômico, bem como o seu papel neste²⁸⁴.

Por óbvio não é pretensão do presente trabalho realizar uma exaustiva análise da ordem econômica e financeira constitucional. Contudo, mostra-se o estudo de grande importância para que seja traçado um panorama hermenêutico dos princípios que devem nortear a atividade econômica no país e a atuação do Estado como ente normativo e regulador desta, tendo por norte o tema da necessidade de tutela estatal dos quadros de superendividamento.

3.1 Princípios da ordem econômica

Inicialmente afastada da atuação estatal e entregue inteiramente à iniciativa privada, a organização econômica do Estado

²⁸² Neste contexto, vale a remissão à teoria do mínimo existencial, construção jurídica germânica desenvolvida na primeira metade da década 1950. Em linhas gerais, de acordo com a mencionada teoria, a dignidade da pessoa humana prescinde não apenas sejam observados direitos como liberdade, igualdade e justiça, mas também que seja ao indivíduo efetivamente garantido um arcabouço material mínimo. O mínimo existencial representa, neste contexto, o conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais. In: **XVII Encontro preparatório para o congresso nacional do CONPEDI**, jun. 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro preparatório para o congresso nacional do CONPEDI**.)

²⁸³ SCOTT, Paulo Henrique. **Direito constitucional econômico: Estado e normatização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 31 e 32.

²⁸⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTR, 2001. p. 135.

passa a ganhar importância jurídico-constitucional com o abandono de um modelo econômico-político tipicamente liberal e com a adoção, pelas economias ocidentais, de um modelo social, de caráter intervencionista²⁸⁵. Os Estados passam a incorporar a economia em suas principais diretrizes e a intervir com maior intensidade no domínio econômico. Nasce assim, no início do século XX, as chamadas 'constituições econômicas'²⁸⁶.

É, de acordo com Washington Peluso Albino de Souza, a 'juridicização' constitucional de temas econômicos que caracteriza as denominadas 'constituições econômicas'²⁸⁷. Passa-se, a partir de então, a estabelecer em sede constitucional os fundamentos e os princípios que devem necessariamente nortear a ordem econômica dos Estados.

A Constituição Federal de 1988, uma constituição tipicamente 'econômica'²⁸⁸, traz um título específico sobre o tema, o qual denomina "Da ordem econômica e financeira" (Título VII). Neste título, a Carta Magna aponta como seu fim "existência digna" e como seus fundamentos a "valorização do trabalho humano" e a "livre iniciativa".

Já como princípios da ordem econômica, o artigo 170 da Constituição pátria informa serem eles: (i) o da soberania nacional; (ii) o da propriedade privada; (iii) o da função social da propriedade; (iv) o da livre concorrência; (v) o da defesa do consumidor; (vi) o da defesa do meio ambiente; (vii) o da redução das desigualdades regionais e sociais; (viii) o da busca do pleno emprego; (ix) o do tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte. Tais princípios, bem assevera Luis Roberto Barroso, "devem orientar a atuação do Estado e dos particulares nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo de riquezas do País"²⁸⁹.

²⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 62.

²⁸⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 45, 2006. p. 105.

²⁸⁷ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 207.

²⁸⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 723.

²⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, out./ dez. 2001. p. 193.

Da análise dos fins, fundamentos e dos princípios da ordem econômica conjuntamente com as demais normas constitucionais conclui-se a evidente opção estatal por um modelo econômico capitalista. Não se trata, contudo, de um “capitalismo puro”, mas de um capitalismo que consagra “um Estado Democrático Social de Direito – celebrador de deveres de implementação e compreensão de uma Constituição Econômica voltada à celebração da dignidade da pessoa humana; da justiça social e do pleno emprego”²⁹⁰.

Em outras palavras, ao consagrar a adoção da economia de mercado, a ordem econômica constitucional não abandona, entretanto, os aspectos sociais que a orientam. Os fundamentos e os princípios de índole econômica que a Carta Magna estabelece dirigem a atuação do Estado e dos particulares no sentido de uma economia descentralizada, porém socialmente funcionalizada, tendo por fundamento e finalidade o indivíduo.

É, portanto, inserto em um contexto hermenêutico constitucional que tal arcabouço principiológico há de ser analisado. Se um de um lado apresenta-se o capitalismo, calcado na livre iniciativa, como o modelo econômico escolhido pelo Estado, de outro a prática deste capitalismo deve se arvorar nas questões sociais apontadas pela Constituição Federal, com especial destaque à busca e à preservação da dignidade da pessoa humana.

3.2 O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana

Insta desde logo destacar que não é objetivo deste trabalho realizar uma exaustiva análise da dignidade da pessoa humana. O que se objetiva neste tópico é traçar um panorama do referido princípio fundamental, para que seja possível compreender a necessidade de tutela estatal aos casos de superendividamento.

Em que pese a noção de dignidade da pessoa humana datar da Idade Antiga, pode-se afirmar ser recente a sua positivação. É somente no decorrer do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que a grande parte das constituições ocidentais passa a trazer tal previsão²⁹¹.

²⁹⁰MOREIRA, 2006, p. 106.

²⁹¹SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 72.

Como bem anota Rizzatto Nunes, é a experiência nazista, marcada por atrocidades sem precedentes, que conscientiza a sociedade ocidental da obrigatoriedade de preservação, a qualquer preço, da dignidade da pessoa humana²⁹². Tem início, a partir de então, um movimento pela positivação do referido princípio.

Assim, fundadas no clamor social e político, as constituições ocidentais, em sua maioria, passam a consagrar em seus textos o princípio da dignidade da pessoa humana. Na mesma corrente, o texto constitucional brasileiro de 1988 não só positiva o mencionado princípio, mas eleva-o, pela primeira vez, ao *status* de norma fundamental.

Já em seu artigo 1º, a Constituição Federal passa a apontar a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Tal disposição acaba por alterar os contornos do próprio sistema jurídico até então vigente²⁹³. Nas palavras de Rizzatto Nunes, a opção do constituinte deu à dignidade da pessoa humana contornos de “um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”, não podendo “ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas”²⁹⁴.

No que se refere à ordem econômica constitucional, observe-se que o legislador anota ser a “existência digna” de todos o seu fim, como diferente não poderia ser (*caput* do artigo 170). Ainda que desnecessária tal afirmação face o valor hermenêutico que o princípio da dignidade humana representa no sistema pátrio, ela evidencia ainda mais o incontestável caráter fundamental deste: assim como todas as demais disposições do ordenamento jurídico brasileiro, aquelas que tratam da ordem econômica constitucional devem ser lidas e interpretadas tendo, por objetivo principal, a garantia de vida digna aos indivíduos.

A questão que por vezes se apresenta diz respeito ao que significa o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como à sua própria extensão. Diante da importância assumida, importante se

²⁹²NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48 e 49.

²⁹³SARLET, 2010, p. 75.

²⁹⁴NUNES, 2002, p. 51.

mostra o estabelecimento de um conceito, bem como a análise do seu conteúdo.

Há que se observar que não é a ‘mera’ posituação da dignidade que estabelece, por óbvio, seu conteúdo. Neste sentido, bem anota Carmen Lucia Antunes Rocha²⁹⁵, que “o sistema normativo de Direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão-somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição das pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição”.

O ordenamento jurídico vem, como bem anota Maria Celina Bodin de Moraes, enunciar um valor que já se encontra “cristalizado na consciência coletiva”²⁹⁶. O conteúdo, portanto, da dignidade da pessoa humana não é determinado pela lei, mas sim pelo pensamento social, político e filosófico.

Em que pese esta dificuldade, importantes doutrinadores não se esquivaram da tarefa e conceituaram, em suas obras, conceitos do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. De início, merece citação a definição de Alexandre de Moraes, que, valendo-se do pensamento kantiano, afirma ser aquela “um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”²⁹⁷.

Nesta busca, vale transcrever, novamente, trecho de obra de Ingo Wolfgang Sarlet, cujo conceito parece bastante aplicável à realidade que se apresenta, segundo quem “tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e

²⁹⁵ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Revista de interesse público**, Porto Alegre, n. 4, p. 23-47, 1999. p. 25.

²⁹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 116.

²⁹⁷ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.

consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto quanto todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”²⁹⁸.

É relevante neste conceito a afirmação de que a o princípio da dignidade da pessoa humana implica uma série de direitos e deveres fundamentais, os quais, ao serem observados, garantem a concretização daquele.

4. A TUTELA ESTATAL DO SUPERENDIVIDAMENTO À LUZ DO DIREITO ECONÔMICO

4.1. A necessidade de proteção do consumidor superendividado

Conforme tratado em momento anterior, a dignidade da pessoa humana é o princípio vetor de todo o sistema jurídico pátrio, devendo ser realizado negativa e positivamente em toda e qualquer relação jurídica, pública ou privada, albergada sobre a jurisdição pátria.

É deste caráter de “supraprincípio”²⁹⁹ da dignidade da pessoa humana que decorre o primeiro e mais importante aspecto da sua relação jurídica com o instituto do superendividamento. Conforme acima destacado, a dignidade deve, obrigatoriamente, permear todas as situações jurídicas das quais participam os indivíduos. Não que ser repudiadas, neste contexto, todas as situações sociais que forem de encontro a tal diretiva, como é o caso daquelas que determinam um episódio de superendividamento.

Retome-se, aqui, o conceito subjetivo de superendividamento. De acordo com a já mencionada obra de Claudia Lima Marques, o superendividamento é caracterizado pela impossibilidade do devedor, pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar as todas as

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 9, p. 361 a 388, jan./ jun. 2007. p. 383.

²⁹⁹ NUNES, 2002, p. 51.

suas dívidas, sob pena de colocar em risco a sua própria subsistência, assim como a de sua família³⁰⁰.

O que se observa da análise da conceituação do superendividamento é que este tem origem em uma, ou mais, recorrente relação contratual de endividamento contraída pelo consumidor. Este, contudo, por motivos que não lhe podem ser imputados, não é capaz de realizar o adimplemento obrigacional sob pena de colocar a si e a sua família em situação indigna. Adimplir as obrigações contraídas no contexto do superendividamento, pressupõe retirar do indivíduo e de sua família os mais básicos meios de subsistência.

Não é difícil observar que, diante de tal situação, determinar o adimplemento obrigacional pelos meios administrativos e jurídicos executórios regulares dá ensejo a imediata afronta ao princípio central do ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Ao se permitir o uso dos mecanismos de cobrança existentes para a 'tutela' do superendividamento permite-se, em verdade, seja desconsiderada a finalidade última do sistema jurídico pátrio, qual seja, garantir a todos uma existência digna.

Resta, portanto, clarividente a necessidade de que o Estado promova uma efetiva tutela dos quadros de superendividamento. A medida em que tais situações, em constante crescimento destaque-se, atingem de forma direta e incontestada a dignidade dos consumidores envolvidos (e diametralmente dos familiares destes), mostra-se imperativa a atuação estatal.

4.2. O papel do Estado na efetivação dos princípios constitucionais da ordem econômica

Não tendo dúvidas acerca da necessidade de proteção do consumidor superendividados pelo Estado, resta discutir qual o papel a ser efetivamente ocupado por este. A resposta tem fundamento legal, crê-se, na normatização constitucional do Direito Econômico.

Conforme já tratado em momento anterior, parte-se aqui da inquestionável premissa de que o texto constitucional consagra uma típica economia de mercado, de caráter neoliberal³⁰¹. A atuação

³⁰⁰ MARQUES, 2005, p. 1236.

³⁰¹ SOUZA, 2003, p. 322.

econômica, contudo, deve-se dar à luz dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Como bem destaca Raul Machado Horta, os princípios são, por óbvio, valores que devem orientar todo o sistema jurídico (no caso, toda a ordem econômica pátria). Entretanto, os princípios devem também ser observados como orientadores de efetiva “ação política”, determinando uma atitude positiva do Estado³⁰². Em outras palavras, ao Estado não cabe o papel de espectador, mas de protagonista no que se refere ao respeito e à promoção dos princípios constitucionais, tornando a observância destes objeto de reais políticas públicas. E dentre tais princípios vale destacar o da proteção do consumidor.

Vale ainda observar que, ainda que se tenha adotado um modelo econômico capitalista e liberal, o constituinte autoriza o ente público a intervir no domínio econômico. Entretanto, tal atuação do Estado deve ocorrer tão somente como agente normativo, regulador e fiscalizador³⁰³, restando a atuação direta na economia às situações de excepcionalidade especificamente indicadas no texto constitucional.

Esta intervenção estatal, como pontuado por Miguel Reale Júnior, “é de ser concretizada com respeito aos princípios que regem a ordem econômica”³⁰⁴. Ao Estado cabe, no exercício regular do seu poder de intervenção no domínio econômico, observar e garantir que sejam por todos os observados os princípios constitucionais, os quais devem ser hermeneuticamente considerados à luz da dignidade da pessoa humana.

A ação política estatal deve-se voltar, portanto, de forma preventiva, para a promoção do exercício da atividade econômica que não determine a violação dos direitos dos consumidores e, em última análise, à dignidade destes. E, repressivamente, quando ignorado pelos agentes econômicos o direito dos consumidores a uma vida digna.

³⁰² HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p.296.

³⁰³ MORAES, 2006, p. 725

³⁰⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. **Casos de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 8.

5. CONCLUSÃO

O superendividamento crescente dos consumidores brasileiros e os quadros de indignidade vivenciados por estes evidenciam o total desamparo destes pelo Estado. O país, que nos últimos anos tem investido fortemente em uma política de crescimento econômico fundada na promoção do crédito, não confere suporte ao indivíduo que se coloca em uma típica situação de superendividamento, deixando em risco a sua própria subsistência deste, bem como a de sua família. O consumidor superendividado é, em verdade, abandonado à sua própria sorte, vitimado pelos mecanismos administrativos e jurídicos disponibilizados aos fornecedores para a satisfação de seus contratos.

O quadro atual propõe analisar e tutelar a relação do consumidor superendividado com os seus fornecedores como uma obrigação contratual qualquer, o que determina a inserção daquele e de sua família em uma realidade indigna. A inexistência de tratamento específico para o tema compromete a realização das mais simples e importantes despesas do dia a dia de destes cidadãos (leia-se alimentação e saúde, por exemplo), o que não se deve admitir.

Cabe, frente a este cenário, ao Estado tomar a frente no resgate da dignidade do consumidor superendividado. Esta atuação não deve se dar apenas no âmbito da normatização, mas sim através da utilização dos mais diversos meios de intervenção econômica previstos na Constituição pátria. Ao Estado cabe atuar preventivamente, orientando os consumidores na aquisição de crédito e determinando aos fornecedores que os eduquem financeiramente. Repressivamente, não apenas conferindo o tão aclamado 'acesso à justiça' e a utilização do Código de Defesa do Consumidor, mas punindo os fornecedores que agem em desacordo com os direitos consumeristas e redefinindo as bases da atuação dos entes econômicos no Brasil.

Não se trata, ao contrário do que se pode pensar, da adoção de uma econômica 'planificada'. Trata-se, outrossim, do respeito aos valores constitucionais e, especificamente, ao modelo econômico escolhido pelo Estado: o de uma economia de mercado que prima pela liberdade econômica desde que esta observe o mais caro e fundamental princípio constitucional, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 226, out./ dez. 2001. p. 187 a 212.
- BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1981.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- _____. Sociedade do consumo e do crédito não funciona mais. In: **Consultor jurídico**. 27 de janeiro de 2012. Entrevista concedida a Sílvia Boccanera. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-27/ideias-milenio-zygmunt-bauman-sociologo-polones>>. Acesso em 03 de março de 2012.
- CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli; MELLO, Heloisa Carpena Vieira de. Superendividamento: propostas para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In _____; MARQUES, Claudia Lima (Coords). **Direitos do Consumidor Endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: RT, 2006.
- FROMM, Erich. **Ter ou ser**. Rio de Janeiro: LTC, 1987.
- HENNIGEN, Inês. Superendividamento dos consumidores: uma abordagem a partir da Psicologia Social. **Revista mal-estar e subjetividade**, Fortaleza, v. 10, n. 4, dez. 2010. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482010000400006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 04 de fevereiro de 2013.
- HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- LAZZARATO, Maurizio. Atualmente vigora um capitalismo social e do desejo. In: **Página/ 12**. 20 de dezembro de 2010. Entrevista concedida a Pedro Lipcovich. Tradução de Anne Ledun. Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/39543-atualmente-vigora-um-capitalismo-social-e-do-desejo-entrevista-com-maurizio-lazzarato>>. Acesso em 01 de março de 2012.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Crédito ao consumidor e superendividamento, uma problemática geral. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, v. 17, 1996.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento de superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Prevenção e tratamento do superendividamento**. Brasília: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 19 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os princípios constitucionais da atividade econômica. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 45, 2006. p. 103 a 111.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OBSERVATÓRIO DO ENDIVIDAMENTO DOS CONSUMIDORES. **Endividamento e sobreendividamento das famílias: conceitos e estatísticas para a sua avaliação**. Coimbra, 2002. Disponível em <http://oec.ces.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/estudo_parte2%20cap_1.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2013.

Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor. **Fecomércio/PR**, out. 2015. Disponível em <<http://www.fecomerciopr.com.br/wp-content/uploads/2015/09/PEIC-OUT.pdf>>. Acesso em 10/12/2015.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O “mínimo existencial” no contrato: desenhando a autonomia contratual em face dos direitos fundamentais sociais. In: XVII Encontro preparatório para o congresso nacional do CONPEDI, jun. 2008, Salvador. **Anais do XVII Encontro preparatório para o congresso nacional do CONPEDI**.

Relatório de Inclusão Financeira 2015. **Banco Central do Brasil**, 2015. Disponível em <<http://www.bcb.gov.br/Nor/reincfin/RIF2015.pdf>>. Acesso em 16/12/2015.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Revista de interesse público**, Porto Alegre, n. 4, 1999, p. 23 a 47.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SCOTT, Paulo Henrique. **Direito constitucional econômico: Estado e normatização da economia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTR, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A SADIA QUALIDADE DE VIDA COMO FATOR PREPONDERANTE PARA A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA VIDA HUMANA

REGINA MARIA BUENO BACELLAR³⁰⁵

Com a evolução da raça humana constatou-se que dentre todas as demais existentes no planeta, o homem é uma forma de vida diferenciada.

Por considerar-se diferenciado, seu intelecto, suas emoções, sentimentos, sua maneira de existir e suas necessidades são distintos das demais espécies.

Este estudo não tem como finalidade o aprofundamento nas questões relacionadas a evolução humana, pretende-se tão somente, analisar a sadia qualidade de vida como fator preponderante para a proteção da dignidade da vida do homem.

Assim, como ponto de partida, se faz importante primeiramente uma reflexão sobre o que significa sadia qualidade de vida e dignidade humana.

Ambos os termos possuem um caráter subjetivo com variadas definições dependendo do enfoque que se pretende dar.

³⁰⁵ Advogada Consultora, mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP e especialista em Direito Ambiental. Professora das disciplinas de Direito Ambiental, Direito das Cidades e Direito de Energia no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

A sadia qualidade de vida quando vista sob o enfoque das demais formas de vida, representa a necessidade de se garantir a existência, o abrigo e o respeito à regência da vida de cada espécie. Dar condições para que as espécies existam em um meio natural adequado e sadio.

A respeito, interessante observar que não é possível desvincular qualidade de vida e qualidade ambiental, pois é desta que resulta o equilíbrio necessário para a existência com diversidade e vitalidade de todas as formas de vida.

A qualidade ambiental é um conjunto de requisitos e condições que atestam a saúde do meio ambiente, ou seja, fatores propícios à vida tal qual se encontra nos sistemas vivos do mundo natural, principalmente daqueles elementos que entram no metabolismo dos processos essenciais à vida: ar, água, alimentos, componentes do solo, microclima, entre outros. Nunca é demais insistir em que a qualidade ambiental é pressuposto da qualidade de vida.³⁰⁶

Adotando-se o entendimento de Benjamin, nota-se que “a expressão parece indicar uma preocupação com a manutenção das condições normais (= sadias) do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno (e até natural perecimento) de todas as formas de vida. Em tal perspectiva, o termo é empregado pela Constituição não no seu sentido antropocêntrico (a qualidade de vida humana), mas com um alcance mais ambicioso, ao se propor – pela ausência da qualificação humana expressa – a preservar a existência e o pleno funcionamento de todas as condições e relações que geram e asseguram a vida, em suas múltiplas dimensões.”³⁰⁷

Já ao vincular esta sadia qualidade à forma de vida humana, tem-se como um conceito jurídico indeterminado onde é necessário incluir tudo o que for importante para a sua existência de acordo com a sua evolução e a sociedade que construiu. A sadia qualidade de vida do homem englobará a natureza, as suas construções físicas e intelectuais, sua identidade vista sob a forma de cultura e o ambiente

³⁰⁶ Milaré, Édis. Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

³⁰⁷ Benjamin, Antônio Herman V. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: Canotilho, José Gomes; Leite, José Rubens Morato (orgs). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. SP: Saraiva, 2008

em que exerce o labor. A sadia qualidade de vida representará o atendimento das necessidades do homem em suas variadas dimensões tendo como objetivo primordial o seu pleno desenvolvimento em sociedade.

A Constituição Federal de 1988, ao inserir em seu artigo 225 que “todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida...” reforçou a necessidade da existência da qualidade como elemento essencial para a proteção da vida humana.

Diferentemente das demais formas de vida que dependem somente da qualidade do meio natural, o homem como integrante dos demais aspectos que compõem o meio ambiente, dependerá também de uma boa qualidade nos meios artificial, cultural e do trabalho. Assim, entende-se que é o conjunto da qualidade dos bens contidos em todos os aspectos, que propicia ao homem, a sadia qualidade de vida e o pleno desenvolvimento.

Estando o homem inserido em um contexto diferenciado, pode-se dizer que “a qualidade de vida é um elemento finalista do Poder Público, onde se unem a felicidade do indivíduo e o bem comum, com o fim de superar a estreita visão quantitativa, antes expressa no conceito de nível de vida”.³⁰⁸

Segundo Leme Machado, esta ótica influenciou a maioria dos países, e em suas Constituições passou a existir a afirmação do direito a um ambiente sadio.³⁰⁹

A proteção jurídica desta necessidade vital do *homo sapiens* inicia no momento em que ocorre a constatação de que apesar de ser uma forma de vida diferenciada, a vida humana possui intrínseca dependência dos demais recursos naturais e espécies, e hoje, acrescenta-se ainda, a sua dependência com os demais aspectos que formam o conceito de meio ambiente.

O meio ambiente artificial constitui-se pelas suas construções físicas e intelectuais, é o lugar que acolhe as suas diferenças, onde as necessidades são extravasadas, buscadas e saciadas, é onde o homem se desenvolve formando núcleos de interesse e afinidade.

³⁰⁸ Ramón, Fernando López. El Derecho Ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales. Cuadernos de Derecho Judicial XXVIII, 1994.

³⁰⁹ Machado, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. SP: Malheiros, 2006

Com o meio ambiente cultural o homem se identifica, resgata a sua origem, colhe as experiências do passado e deixa frutos para o futuro, é todo o patrimônio construído que fez história resguardando os fatos importantes da evolução de uma sociedade em determinada época e lugar.

Por fim, no meio ambiente do trabalho o homem busca a sua realização como ser construtor e intelectual, produz para propiciar o desenvolvimento social e econômico do meio em que vive e para receber os recursos necessários para sua existência em sociedade.

Sob o enfoque ambiental, o reconhecimento da necessidade de proteção do indispensável para o homem, surgiu na Declaração de Princípios de Estocolmo, documento que consensou os debates e conclusões havidas na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente em 1972. Com efeito, o Princípio 1, retrata a grande preocupação com o tema:

O homem é ao mesmo tempo criatura e criador do meio ambiente, que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. A longa e difícil evolução da raça humana no planeta levou-a um estágio em que, com o rápido progresso da Ciência e da Tecnologia, conquistou o poder de transformar de inúmeras maneiras e em escala sem precedentes o meio ambiente. Natural ou criado pelo homem, é o meio ambiente essencial para o bem-estar e para gozo dos direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à própria vida. O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene da obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

No mesmo sentido do referido princípio surgido em Estocolmo, a Declaração do Rio de Janeiro – RIO 92, reforça que “os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.”

Vista a qualidade de vida, necessário analisar o que é e qual a abrangência da dignidade humana.

Termo de difícil definição diante de sua amplitude, grandeza e importância. Da mesma maneira que a qualidade de vida, a dignidade

da vida do homem pode ser interpretada sob os mais variados aspectos.

Pode-se entendê-la como um atributo de todo ser humano como respeito à sua existência. Existe por si só, independe de concessão, requisitos ou lei específica. A dignidade surge com o nascimento do indivíduo, sua proteção se materializa através dos direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal ou lei maior de cada país.

Pode ser vista como um mínimo essencial para a existência do ser humano em sociedade. Este mínimo que representa um conjunto de bens, condições e direitos prioritários à garantia de uma vida digna, dependerá da época, lugar e valores sociais.

Para Fiorillo, “ uma vida com dignidade reclama a satisfação de valores (mínimos) fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis ao desfrute de uma vida digna.”³¹⁰

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶

Com a aprovação em 1948 da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, o direito à vida e à tudo o que seja necessário para o desenvolvimento do homem, passam a ser reconhecidos pelas nações do mundo: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Assim, a dignidade humana passa a ser

³¹⁰ Fiorillo, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva

fundamento para as garantias sociais, políticas, econômicas e culturais, representando um valor supremo na vida do homem.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida [...] o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.³¹¹

O legislador constituinte ao declarar como garantias e direitos fundamentais do homem as condições e valores inerentes à sua qualidade de ser humano, respeitou e resguardou as suas necessidades e forma de vida diferenciada, dando-lhe uma tutela adequada para proteção do maior de todos os seus bens, que é a vida.

Segundo entendimento de Silva, “ a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda a experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.”³¹²

A dignidade é parte integrante da vida do homem, sua proteção inicia com a concepção, a semente da vida, e, o acompanha até após a sua morte (quando se refere aos direitos à imagem, honra, nome do de cujus).

O direito à vida é assegurado não só no seu sentido fisiológico, mas também com relação ao atendimento de todas as demais condições e elementos necessários ao bem estar do homem. Existe uma relação indissociável entre o direito à vida e o direito à proteção da dignidade da pessoa humana, o vínculo é inseparável, insubstituível e invalorável.

Segundo Haber “a dignidade da humanidade está estritamente ligada não mais apenas ao garantir do conforto e saúde individual, mas essencialmente e indissociavelmente ligada à própria sobrevivência da humanidade. Trata-se de uma nova dimensão de direitos a serem assegurados, sem eliminar os anteriores, direitos

³¹¹ Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³¹² Moraes, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. SP: Atlas, 2013

intensamente revestidos de ubiquidade, transnacionais e atemporais e que se manifestam, como firmado, em cenários de complexidade.³¹³

Por fim, pode-se concluir que a dignidade "é inerente aos homens, inata a sua natureza de ser humano, é direito constitucional, sua aplicação e eficácia são imediatas, não pode ser alienada, não sofre prescrição, é bem fora do comércio, e a partir da Constituição Federal de 88 torna-se cláusula pétrea. Observa-se que ela é irrenunciável, inalienável, e deve ser reconhecida, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente."³¹⁴

Visto o significado e abrangência de sadia qualidade de vida e dignidade humana, constata-se a impossibilidade de desvinculação um do outro. A vida é o maior bem do homem, mas para que possa aproveitá-la e resguardá-la, obrigatoriamente necessita de um ambiente (visto em seus quatro aspectos) sadio, que lhe proporcione condições de pleno desenvolvimento.

Sendo a vida humana dependente das demais formas de vida e demais recursos naturais, tudo que afete tais bens afetará também o homem.

Vinculando ao caráter fundamental do direito à vida, Cançado Trindade, entende, que o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência – qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver.³¹⁵

O homem não existe por si só, sua qualidade de vida possui uma conexão direta com tudo o que o rodeia e possa lhe proporcionar um bem estar físico, psíquico, econômico e social.

Sendo o homem uma forma de vida diferenciada, alguns atributos de caráter subjetivo lhe dão o sustentáculo para existência

³¹³ Silva, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia. Revista de Direito Administrativo. V.212. abril/junho 1998.

³¹⁴ Haber, Lilian Mendes. O Sobreprincípio da soberana qualidade de vida. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

³¹⁵ Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

em sociedade. O seu intelecto, suas emoções, sua psique, seu organismo, necessitam de condições que lhe garantam e reflitam o mínimo existencial.

Em sintonia com tal entendimento, Sarlet e Fensterseifer refletem que “ o ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, além de ser essencial à sobrevivência do ser humano como espécie natural. De tal sorte, o próprio conceito de vida hoje se desenvolve para além de uma concepção estritamente biológica ou física, uma vez que os adjetivos “digna” e “ saudável” acabam por implicar um conceito mais amplo, que guarda sintonia com a noção de um pleno desenvolvimento da personalidade humana, para o qual a qualidade do ambiente passa a ser um componente nuclear. Nesta perspectiva, cumpre assinalar ainda que a relação entre dignidade e direitos da personalidade é, de fato, muito próxima, em vista de ambos estarem diretamente comprometidos com a concretização da vida humana de forma plena e qualificada (e, portanto, também saudável).”³¹⁶

Importante ressaltar, que neste contexto, abrange-se também as futuras gerações. O direito intergeracional, materializado no dever de solidariedade busca tutelar os reflexos das condutas das presentes gerações nos futuros direitos das próximas gerações. O patamar mínimo essencial a uma existência digna do ser humano também precisará ser respeitado como direito das gerações futuras. A sadia qualidade de vida necessária hoje, também o será para os homens do futuro. A concepção de que somos meros guardiões dos recursos do planeta impõe uma obrigatória autolimitação das condutas humanas.

A sustentabilidade é meta primordial. Condutas equivocadas poderão desastrosamente causar danos irreversíveis às próximas gerações. A cada ato impensado, atitude desmedida, maior a violação e desrespeito à dignidade destas gerações do amanhã.

A Comissão de Brundtland em seus estudos sobre desenvolvimento sustentável reconheceu que “... as pessoas também aspiram legitimamente a uma melhor qualidade de vida. Num mundo onde a pobreza e a injustiça são endêmicas, sempre poderão ocorrer crises ecológicas e de outros tipos. Para que haja um

³¹⁶ Cançado Trindade, Antonio A. Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993

desenvolvimento sustentável, é preciso que todos tenham atendidas as suas necessidades básicas e lhes sejam proporcionadas oportunidades de concretizar as suas aspirações e uma vida melhor.”³¹⁷

Novamente Sarlet e Fensterseifer vem reforçar o pensamento de que

a dignidade humana fundamenta tanto a sociedade já constituída quanto a sociedade do futuro, apontando deveres e responsabilidades das gerações presentes para com as gerações futuras [...] Tal situação se dá em razão de que a proteção ambiental, objetiva garantir condições ambientais favoráveis ao desenvolvimento da vida humana em patamares de dignidade não apenas para as gerações que hoje habitam a Terra e usufruem dos recursos naturais, mas salvaguardando tais condições também para as gerações que irão habitar a Terra no futuro.³¹⁸

Sintetizando esta análise, das considerações tecidas pode-se concluir que a essência tanto da sadia qualidade de vida quanto da dignidade humana, é a proteção à vida.

O direito à vida, garantido pelo artigo 5º da Constituição Brasileira, tutela o homem desde a sua concepção até a morte, neste direito estão incluídos todos os demais direitos e condições mínimas para uma existência digna, preservando-se valores morais e essenciais para o acesso igualitário aos direitos sociais básicos, à equidade, liberdade e pleno desenvolvimento físico, econômico, social, intelectual e espiritual do ser humano.

Nesta dimensão, a qualidade de vida passa a ser vista com um elemento normativo integrante do princípio da dignidade da pessoa humana.³¹⁹

³¹⁷ Sarlet, Ingo Wolfgang e Fensterseifer, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 39

³¹⁸ Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro Comum. 2 ed. Rio de Janeiro: ed. Fundação Getúlio Vargas, 1991

³¹⁹ Sarlet, Ingo Wolfgang e Fensterseifer, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 41

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente um dos maiores desafios da humanidade é a compatibilização do desenvolvimento social e econômico com a proteção do meio ambiente. A tarefa não é fácil, mas, também não é impossível. Urge uma mudança de mentalidade de forma que o homem passe a ter o real entendimento do que os recursos naturais e as outras formas de vida representam para a continuidade de sua própria vida e das futuras gerações.

Em um mundo em constante evolução, com um avanço acelerado de novas tecnologias, imprescindível a garantia de um mínimo de qualidade de vida. A qualidade de vida do homem reflete diretamente em seu pleno desenvolvimento na sociedade e no papel que exerce nela. As experiências históricas revelam que dentre todas as necessidades humanas, o respeito à vida e o atendimento às condições mínimas de sobrevivência e felicidade é o que mais o afeta. Assim, a dignidade da vida humana, garantia fundamental inserida na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Constituição do Estado Federativo do Brasil, busca a proteção e muitas vezes, o resgate da essência do *homo sapiens*, dos valores intrínsecos e imprescindíveis para a garantia de sua individualidade como ser único e diferenciado.

Não há como dissociar sadia qualidade de vida e dignidade humana. Uma é para a outra como a terra é para a semente, a água é para o rio e a natureza é para o homem.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. In: Canotilho, José Gomes; Leite, José Rubens Morato (orgs). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. SP: Saraiva, 2008.

CANÇADO, Trindade, Antonio A. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva.

HABER, Lilian Mendes. **O Sobreprincípio da soberana qualidade de vida**. *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental*, v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. SP: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**: a gestão ambiental em foco. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. SP: Atlas, 2013.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. Campinas: Millennium, 2003.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem Ambiental**. SP: Max Limonad, 2000.

RAMON, Fernando López. **El Derecho Ambiental como Derecho de la función pública de protección de los recursos naturales**. Cuadernos de Derecho Judicial XXVIII, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pág. 39.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da Democracia**. Revista de Direito Administrativo. V.212. abril/junho 1998.

Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro Comum**. 2 ed. Rio de Janeiro: ed. Fundação Getúlio Vargas, 1991.

SOCIEDADE E COMUNIDADE CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DE LUDWIG WITTGENSTEIN

BORTOLO VALLE³²⁰

Uma cultura é como uma grande organização que atribui a cada um de seus membros um lugar em que ele pode trabalhar no espírito do conjunto; e é perfeitamente justo que o seu poder seja medido pela contribuição que consegue dar ao todo. Numa época sem cultura, por outro lado, as forças tornam-se fragmentárias e o poder do indivíduo consome-se na tentativa de vencer forças opostas e resistências ao atrito; tal poder não é visível na distância que percorre, mas unicamente no calor por ele produzido ao vencer o atrito.

Ludwig Wittgenstein. Cultura e Valor.

1. INTRODUÇÃO

Pensar a cultura nestes tempos de transição, nestas sociedades intervalares³²¹ requer considerar, necessariamente, o arcabouço de uma *Teoria do Significado* produzida pelo conjunto das contribuições geradas por uma *Teoria do Conhecimento* que se fez presente a partir daquilo que se convencionou denominar desde o final do século XIX de “giro linguístico”

³²⁰ Professor Dr. Bortolo Valle. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Titular do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e da Faculdade Vicentina de Filosofia – FAVI. E-mail: bortolo.valle@pucpr.br

³²¹ A caracterização é do professor Boaventura de Sousa Santos em sua obra: *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*.

Sob os direcionamentos de tal perspectiva, se pode contrapor a experiência de uma cultura com elementos oportunizados por uma tradição que teve início com Descartes, que foi tipificada por Kant e, de alguma forma, foi retrabalhada pela contribuição de filósofos como E. Mach e Bertrand Russell, experiência que manteve proximidade com elementos surgidos do empirismo, do racionalismo, do positivismo, e igualmente, daquilo que podemos identificar como a “Sociedade” dos mercados econômicos e do liberalismo político inerente a um cosmopolitismo que ora dá sinais de extinção; com aquela formulada desde uma visão que pode ser referida como sendo sua “contra imagem orgânica” que procura realçar o todo, o sistema, a conexão, a peculiaridade, as especificidades culturais, favorecendo o que consideramos especificamente uma “Comunidade”, ou seja, as raízes, os grupos distintos e acolhedores.

Ambas comportam a possibilidade de se derivar categorias culturais nascidas do intercâmbio entre uma Teoria da Significação e uma Teoria do Conhecimento o que equivaleria a perguntar sobre que coisas têm significado no mundo e quais destas podem ser verdadeiras ou falsas. Admitimos ser possível, assim, uma comparação entre os elementos de uma Teoria do Significado e aqueles de uma Teoria do Conhecimento para se realizar o que gostaríamos de considerar como um olhar em perspectiva sobre a Cultura.

No século XX, é forçoso reconhecer o papel desempenhado pelo trabalho filosófico de Ludwig Wittgenstein. Conseguimos reconhecer sua decisiva contribuição quando da elaboração de uma Teoria do Significado conforme expressa na sua primeira e mais conhecida obra o *Tractatus Lógico-Philosophicus*, bem como, a revisão elaborada desta mesma teoria por ocasião da reunião de seus escritos tardios que culminaram no livro *Investigações Filosóficas*. Embora não seja evidente a afirmação de que o modo de significação presente nas *Investigações* tenha procedido a uma superação qualitativa do modo apresentado no *Tractatus*, é inevitável reconhecer que as consequências acabam por determinar diferentes rumos quanto a sua possível aplicação na análise de categorias para pensar a cultura.

Nesta reflexão, pretendemos nos debruçar sobre as noções de linguagem ordinária, jogos de linguagem, seguimento de uma regra e sobre aquela de formas de vida conforme foram dispostas pelo filósofo nas *Investigações Filosóficas* a fim de indicar uma

maneira pela qual é possível refletir os aspectos da vida cultural em nossa sociedade. Sociedade que carrega em seu seio as marcas do embate entre um modelo reconhecidamente em fase final e um que ainda não tem seus traços definidos ou, para ilustrar, sociedade que realça as antinomias entre o modelo de uma experiência marcadamente moderna, calcada sobre os ideais de um iluminismo definido pela autonomia da razão universalista a banir as particularidades, e aquele de uma espécie de iluminismo repensado sobre a égide da identidade do que é singular, do que é próximo, do que é elaborado pelo sinal de pertença e afinidade de cada grupo em sua singularidade.

2. WITTGENSTEIN E ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A CULTURA

Wittgenstein não elaborou *stricto-sensu* uma filosofia da cultura, não pelo menos no sentido de uma reflexão que busca, em um tempo, compreender a cultura enquanto uma realidade em oposição à natureza, ou em outro, como algo a caracterizar as disposições para o desenvolvimento das faculdades inatas do homem mediante o estudo e a elaboração do mundo das letras, das artes, da ciência, da observação ou reflexão, ou ainda, no sentido de uma disposição sobre o conjunto dos aspectos intelectuais, morais e materiais dos sistemas de valor e dos modos de vida que caracterizam uma civilização.

Não obstante, é possível afirmar que o filósofo potencializou em sua vida e por meio de sua obra, um conjunto de expectativas disseminadas pela ampla e complexa força das atividades culturais de seu tempo na medida em que aquelas estão impregnadas de rupturas estimuladas pelos valores e pelo espírito que a civilização recente impôs à tradição. A crítica de Wittgenstein aos valores e ao espírito de seu tempo, modularam insistentes interrogações que conduziram ao coração de sua filosofia, centro identificado por um característico substrato ético com reflexos profundos no fazer cultural.

Vida e obra de Wittgenstein compõem um itinerário de clareza paradoxal, expressam uma *Klarheit* dramática³²², resultado de uma

³²² A experiência cultural de Viena no final do século pode ser representada pelos termos *Wahrheit*, *Reinheit*, *Echtheit*, *Aufrichtigkeit*, *Anständigkeit*, *Treue*, assumidos por figuras como Trakl, Kraus, Schönberg, Klimt, Weininger e outros.

experiência que oscila entre o desejo de uma utopia a inaugurar um tempo de segurança – mais do que isso, de liberdade – e uma espécie de fascínio pela decadência, ambiente com traços apocalípticos, produtores dos acontecimentos que culminaram nas primeira e segunda guerra mundiais. Foi nessa ambiguidade da vida cultural vienense, época “*sortie des ses gondes*”³²³, como a identifica K. Kraus, que Wittgenstein recolheu o material para compor sua primeira obra: o *Tractatus Lógico-Philosophicus*. Nela o autor se lança na única tarefa suportável e justificada, qual seja, a busca de clareza para o pensamento e conseqüentemente a clareza para o mundo. Clareza que nasce da paz conquistada quando os problemas foram dissolvidos pelo trabalho sobre a linguagem. O *Tractatus* é uma espécie de síntese que quer dar por resolvidas as questões pertinentes à vida e ao mundo, conforme convicção registrada pelo autor em seus *Diários*: “Poder-se-ia dizer também que aquele que atinge a finalidade da existência, não tem necessidade de outra finalidade para além da vida. Isto é, aquele que está em paz”³²⁴

Não menos fascinante é o ambiente produtor das *Investigações Filosóficas*, sua obra mais tardia. O desejo de clareza ainda se faz manifesto. O processo de julgamento, elemento constante, do modo pelo qual o mundo é reapresentado, permanece aberto. A ideia de se considerar a linguagem, os simbolismos e os meios de expressão como portadores de representações como (*Darstellungenn*), ou de figuras (*Bilder*), está longe de se afastar das vivências culturais nas décadas posteriores à publicação do *Tractatus*. A matriz que produziu os argumentos das *Investigações Filosóficas* permanece ética (implicada com os determinantes culturais sobre os quais se fundam os limites do mundo), um convite para olhar o que simplesmente existe, motiva a eliminação daquilo que perturba ou impede um olhar imparcial sobre as coisas.

A afinidade entre os conteúdos das *Investigações* e a experiência cultural se ilustra pelas anotações compiladas por von Wright que organizou, depositando numa espécie de sementeira, certos aforismos dispersos, notas não pertencentes diretamente aos textos estruturados de Wittgenstein trazendo à luz o livro conhecido

³²³ Conforme K. Kraus. *Cette grande époque*. Paris: Petit Bibliothèque Rivages, 1990.P. 177.

³²⁴ Conforme L. Wittgenstein no seu Diário em 6 de julho de 1916.

como *Cultura e Valor*³²⁵. Embora o compilador nos alerte que o sentido das notas só se abre diante do conjunto filosófico produzido pelo pensador vienense; entreter-se com o conteúdo de tais notas é, de certo modo, mergulhar nos recônditos da alma do filósofo, recônditos que geraram as *Investigações Filosóficas*. Estas notas são, por si mesmas, esclarecedoras do vínculo entre o filósofo e as preocupações culturais que marcaram a trajetória final de sua filosofia.

O que nos conduz em direção a um exercício de pensamento sobre Wittgenstein como “pensador da cultura” é a convicção de que a questão cultural se desenha como algo de fundamental no conjunto da obra. Desenha-se não num sentido explícito (uma de motivação interna), mas numa perspectiva implícita (motivação externa). Não se trata de considerar a opinião emitida pelo autor sobre, por exemplo, música, literatura, arquitetura, religião ou sobre outros autores, mas de tomar a cultura enquanto um componente que deve nascer do exercício próprio da filosofia que não pode mais atender aos anseios humanos de uma fundamentação ontológica, mas de trabalhar sobre o que é possível dizer da realidade enquanto fato existente, ou seja, passar dos fundamentos do mundo para a explicitação da linguagem.

Podemos afirmar que existe uma prioridade ética a perpassar as convicções do autor expressa tanto no *Tractatus* quanto nas *Investigações*. Mesmo sem ser expressa, a pergunta pelo sentido da vida está presente. Para Wittgenstein a perspectiva ética do mundo é o lugar para onde se dirige toda a formulação lógica. O que o autor pretende é, primeiramente, ter presente que a vida que merece ser vivida é a vida feliz. A felicidade é a única realidade que justifica o esforço do homem para viver honestamente. Nada poderia ser mais ilustrativo da preocupação cultural do autor do que este sinal de implicação recíproca de uma obra e uma vida que se constroem sobre a égide do turbilhonamento cultural característico das primeiras décadas do século XX e que parece dissolver as grandes questões que sempre alimentaram o pensamento na dinâmica da linguagem.

³²⁵ Conforme a tradução de *Vermischte Bemerkungen para Cultura e Valor* da tradução inglesa de *Culture and Value*.

3. SOBRE A SINGULARIDADE DE UMA PERSPECTIVA CULTURAL: A CONTRIBUIÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES FILOSÓFICAS

No *Tractatus* parece estar presente a convicção de que toda a linguagem, ou cada sistema de descrição do universo é uma rede³²⁶ que se lança sobre o mundo. Compreendemos o mundo por meio das aberturas que constituem a rede, mas a forma das aberturas depende de nossa decisão: são nossas convenções semânticas, nosso método de projeção, que determinam a forma de sua abertura. Toda linguagem deve, assinala o autor, ter proposições elementares, porém, quais são elas, é uma variável de cada linguagem. No entanto, isto não é suficiente para tirar do *Tractatus* a acusação de que seu modo de figurar a realidade ainda comporta o desejo de uma linguagem purificada, perfeita a comportar-se como estrutura ontológica do mundo com implicações que poderiam supor que o autor, por extensão, estaria pensando na possibilidade de uma cultura ainda com identidade universal, próxima do ideal transformado em projeto de progresso tal como se apresenta nos imperativos impostos pelo desejo de desenvolvimento presente no “projeto iluminista”.

A singularidade da teoria da linguagem defendida no *Tractatus* nos remete em última instância a uma pergunta fundamental, qual seja: como as proposições se relacionam com o mundo. A identidade desta questão fundante nos leva a concluir que o que está por detrás do *Tractatus* é uma maneira muito particular de considerar o homem. Cada indivíduo pode ser tomado como um exemplar padrão de uma humanidade invariante num constante enfrentamento com o mundo, não o mundo de todos mais o seu mundo. Esta individualidade parece estar presente também em autores da magnitude de Kant ou de Hume. Assim, embora consideremos avanços, no *Tractatus* ainda transparece o ideário de um mundo que imputa responsabilidade a um indivíduo que se vê diluído na “sociedade” pensada universalmente. É evidente que a força da “sociedade” não confere proximidade, não deixa transparecer os laços de pertença limita, assim, o fluxo da afetividade. Não existem os mundos, existe o mundo. Não existem os homens existe o homem. A especificidade da cultura onde se gestou o *Tractatus* parece fazer dele porta voz, ainda, da nostalgia que

³²⁶ Wittgenstein faz referência à metáfora de uma malha conforme T.L.P. 6.341.

determinou a visão cultural tão própria dos modelos que agora parecem não mais responder aos anseios do homem numa sociedade plural e complexa como a que vivemos.

Esta posição parece ser revista pelo autor com a marcha dos acontecimentos de sua vida que o levaram a afastar-se da filosofia tão logo concluiu o *Tractatus*. A experiência no trabalho como professor no interior da Áustria, a retomada da atividade docente a partir de 1929 e o encaminhamento das suas atividades posteriores imprimem uma consciência que culminará com uma mudança significativa no sinal de pertença entre o modo de significar e a dinâmica cultural. Esta mudança passa a ser visualizada no modo como o autor concebe a linguagem na sua obra tardia, ou seja, nas *Investigações Filosóficas*.

Podemos tomar como elementos centrais das *Investigações* alguns conceitos que se mostram elucidativos para nosso propósito. Destacamos: a ênfase dispensada à linguagem ordinária, a noção de jogos de linguagem e o seguimento de regras, bem como à noção de formas de vida. Parece haver uma convicção partilhada de que estes conceitos se amalgamam sobre um pressuposto de natureza pragmática, onde o valor de verdade ou falsidade dos conceitos é conferido não mais pela busca de uma linguagem purificada, válida universalmente, mas pelo acordo partilhado por meio do uso que fazemos de nossas proposições discursivas.

Parece ser possível, então, tomar o conteúdo das *Investigações* como instigador de uma nova experiência do estar no mundo. O compartilhar de uma linguagem sem pretensões de coerência lógica, ou seja, de uma linguagem que traduz a dinâmica do dia-a-dia, elaborada não com o intuito de universalizar mas empenhada em fazer valer os sinais de afinidade estabelecem uma dinâmica de compartilhamento. A arquitetônica emergente faz lembrar a coesão que existe não numa sociedade, mas numa comunidade.

A distinção permite tomar a “sociedade” como comportando a potencialidade de diluir o indivíduo enquanto que a “comunidade” confere ao indivíduo uma identidade singular no exercício de compartilhamento da linguagem. É evidente que tal partilha não se efetiva sem algum tipo de razão; é partilha que se faz no mecanismo de um jogo que pressupõe a existência de regras. A regra não é dada a priori é, antes, produzida no ato de jogar. Mas os jogos todos se aproximam naquilo que os torna parecidos, naquilo que o autor

chamou muito apropriadamente de "ares de família" o que torna compreensível a o conceito pouco explorado mas imprescindível de forma de vida.

A força da comunidade supera nas *Investigações* a força da sociedade que parece ilustrar o *Tractatus*. Isto tem que ser tomado sob o signo daquilo que o autor quer fazer notar quando enuncia a ideia de *unsere aller taglichen Sprache*, traduzida para o inglês por Ascombe como "*our everyday language*" que quando tomada com atenao deixa transparecer sua força na idéia de *aconchego* sentido no ambiente familiar. Não se trata, portanto, de vê-la - e a tentaao é grande -somente como linguagem coloquial. Toma-la nesta última acepcao enfraqueceria o significado cultural que lhe é inerente e que fornece consistência ao modo próprio como o autor pretende seja empregada.

Há na tradicao filosófica que remonta aos modernos e mais especificamente a Descartes um gesto de insistente desconfiança daquilo que é representado pela linguagem ordinária, não é possível para a tradicao confiar o ideal da civilizacao ao falar do dia-a-dia, sinal de barbárie; é antes necessário que a linguagem seja retirada de seu estado diário e conduzida a um estado de rigor que espelhe a civilizacao alcançada pela determinacao de uma razão autônoma capaz de superar a ignorância do que é simplório. Civilizacao parece não combinar com o que é familiar. Seria preciso, então, conduzir a linguagem para fora de seu âmbito familiar, seria preciso introduzi-la no panteão das realidades purificadas; esta é a utopia almejada pela razão instrumental.

Wittgenstein assume nas *Investigaoes Filosóficas* a tarefa de reconduzir a linguagem ao seu *locus familiar*. É aí, que acontece e se processa uma espécie de inversão nos padrões que edificaram a forma da civilizacao moderna e aqueles que estão conjugados para forjar uma civilizacao do homem de nossos dias. Esta inversão, por assim dizer, nos conduz da atitude que nos impelia a olhar para cima para aquela que nos faz olhar para o solo que sustenta nossos pes. Enquanto o elevar-se propugna um sair fora para pertencer o abaixar-se engendra um pertencer para sair fora. Não se trata, simplesmente de um jogo de palavras é antes o sinal de que é possível trazer o homem de volta de seu exílio é isto que se ilustra quando lemos que a tarefa do filósofo é conduzir as palavras do seu emprego metafísico de volta ao seu emprego cotidiano.

Não é possível desconsiderar a força do cotidiano. Não podemos nos iludir atribuindo ao cotidiano um sentido de simplicidade vulgar. O cotidiano é a casa por oposição ao exílio. É claro que após experimentar o exílio tenhamos receio de estar em casa, de nos sentir de novo no lugar de onde nunca deveríamos ter saído. Mas como reconhecer a casa? Sempre estivemos exilados, sempre tivemos sede de um mundo que está para além de nosso território não por vontade própria, mas por pertencer a uma tradição que nos ensinou que éramos estrangeiros em nossa própria casa. O sentimento de que palavras parecem estar longe “fora de um determinado jogo”³²⁷ de que elas devem ser reconduzidas marca indelevelmente o texto das *Investigações*. É ainda o filósofo quem faz a ilustração do exílio ao afirmar que: “um problema filosófico tem a forma: não consigo achar o meu caminho”³²⁸.

O reconhecimento do valor do ordinário, do cotidiano como lar nos devolve a circunstancialidade de nossos ambientes. O jogo reparte o mundo. Mas não se trata das partes do mundo, se trata, antes, do mundo das partes. Quando nos encontramos em casa descobrimos que adiante estão as outras casas, outros mundos distintos onde a regra não segue algum tipo de imperativo universal, mas se potencializa na particularidade de espaços acolhedores.

Talvez possamos afirmar que a maneira como Wittgenstein se refere a essa cotidianidade, devolvendo a linguagem ao seu lugar de proximidade e aconchego familiar, expresse em última instância, a ideia de um engajamento. Wittgenstein, nas *Investigações* parece querer apresentar um indivíduo engajado, um indivíduo pertencente; diferente do indivíduo que se apresenta desprendido, como que *pairando sobre* conforme forjado pelo ego cartesiano. Sabedores de que é o contexto de nossa forma de vida que confere o significado a nossas palavras nos pomos a combater a neutralidade pretensiosa tão característica de uma concepção que poderia ser classificada como individual por buscar o conhecimento tão somente no interior da mente do indivíduo. A ideia de pano de fundo oportunizada pelas formas de vida nos liberta desta espécie de cárcere privado.

³²⁷ Conforme *Investigações Filosóficas* 47

³²⁸ Conforme *Investigações Filosóficas* 123.

4. DESAFIOS: PARA UM HUMANISMO DA CUMPLICIDADE

Partilhamos uma forma de vida. Eis o significado das linhas de um novo signo do pertencimento cultural a estabelecer nossas práticas e modos de relação. A forma de vida é o sinal da existência de uma prática e de um significado que não são meus, porém nossos e nossos de várias maneiras o que sugere uma intensidade do partilhar a viabilizar a coesão da comunidade. Assim, por exemplo, o filósofo alerta que a palavra “dor” adquire seu sentido nos entendimentos entre as pessoas mais do que num aprendizado contemplativo da experiência interior e isto, porque a linguagem com suas regras a determinar os diferentes modos de ser e estar no mundo, é o elemento primeiro e primordial de uma comunidade.

Não estamos no mundo de maneira neutra. A *lebensform* nos conduz na perspectiva de um relato do modo humano de vida, capaz de superar certas distorções em nossas práticas: práticas que são garantidas e impostas por nossas instituições hegemônicas marcadamente individualistas e adeptas da dissolução do homem no universo da sociedade. A força da comunidade, nuclear em *Investigações Filosóficas*, parece assumir para si a tarefa de um novo humanismo. Um humanismo a partir do Wittgenstein das *Investigações* constitui-se num desafio à ação hegemônica da razão instrumental (burocrática e técnica), que marcou nosso passado recente. Este não pode mais ser o tempo do um indivíduo, do ego solipsista e transcendental, mas o tempo de um indivíduo que se articula, que se torna cúmplice.

Nestes tempos de banimento das diferenças. Nestes tempos de combate aos discursos articulados do estranho. Nestes tempos de liquidação do que não é igual, a ideia de cumplicidade nascida no seio do pertencimento a uma forma de vida nos devolve ao nosso chão, resgata nossa diferença, nos conduz de volta a aquilo que é específico de nossa identidade. Retomemos a expressividade do texto usado como epígrafe: trabalhar no espírito de conjunto para que as forças não se tornem fragmentárias e o poder do indivíduo não seja consumido no anonimato de uma racionalidade autossuficiente.

REFERÊNCIAS

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Lógico-Philosophicus*. São Paulo, SP: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

_____. *Investigações Filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. *Diário Filosófico (1914-1916)*. Barcelona: Ariel, 1982.

_____. *Cultura e Valor*. Biblioteca de Filosofia Contemporânea. Lisboa: Edições 70, 1980.

BARRET, Cyril. *Ética y creencia religiosa en Wittgenstein*. Madrid: Alianza Universidad, 1994.

BOUVERESSE, Jacques. *Le mythe de L'intériorité: expérience, signification et langage privé chez Wittgenstein*. Paris: Les Editions de Minuit, 1987.

DIAMOND, Cora. *The realistic spirit: Wittgenstein, philosophy, and the mind*. Oxford: The Mit Press, 1991.

HARDWICK, Charles. *Language learning in Wittgenstein's later philosophy*. Paris: Mouton the Hague, 1971.

KRAUS, K. *Cette grande époque*. Paris: Petite Bibliothèque Rivages, 1990.

PEARS, D. *As ideias de Wittgenstein*. São Paulo, SP: Cultrix-Edusp, 1973.

ZILHÃO, Antonio. *Linguagem da filosofia e filosofia da linguagem*. Lisboa: Colibri, 1993.

PROTAGONISMO JUDICIÁRIO: ANALISANDO A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO ENFRENTAMENTO DE QUESTÕES POLÍTICAS³²⁹

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR EZEQUIAS LOSOSSO

TATIANA DENCZUK³³⁰

DANIEL FERREIRA³³¹

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O acesso ao Poder Judiciário tem sido cada vez maior e gerado o que se tem denominado, inclusive, de “explosão de litigiosidade”. Dentre os assuntos que são levados ao conhecimento

³²⁹ A publicação deste artigo tem por especial escopo prestar (mais) uma homenagem ao Prof. Ezequias Losso. De fato, o homenageado – Mestre que é, foi e sempre será – como ninguém conhece o assunto, como advogado, jurista e ex-parlamentar por alguns mandatos. Ou seja, o tema escolhido está, também, a prestar-lhe as devidas honras, no sentido de esmiuçar a importância do Poder Judiciário, sem, contudo, olvidar do relevo e mesmo da imprescindibilidade da atividade parlamentar séria, proba e comprometida com o interesse público para fins de concretização dos valores, dos princípios e dos objetivos da República.

³³⁰ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Professora de Processo Civil da Faculdade de Direito de Curitiba (Do UNICURITIBA) e integrante do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresarial e Administração Pública” (CNPq/UNICURITIBA).

³³¹ Pós-Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Professor Titular da Faculdade de Direito de Curitiba e Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) e Líder do Grupo de Pesquisa “Atividade Empresarial e Administração Pública” (CNPq/UNICURITIBA).

daquele órgão, entretanto, não se encaixam apenas questões privadas, mas muitas envolvendo o Estado e para tratar de questões que comumente não eram submetidas ao crivo judicial. A título de exemplo, é possível citar questões envolvendo cotas nas universidades, doações por partidos políticos e “situações-problema” concernentes à satisfação de direitos fundamentais, dentre tantas outras.

Em que pese o aumento de acesso poder ser considerado sob seu aspecto positivo, no sentido de que se verifica o exercício de fato da cidadania, é necessário um exame crítico desse protagonismo judiciário a partir da concepção tripartite dos poderes públicos como adotada pela Constituição da República. E nesse contexto é preciso indagar, e responder, se, na atualidade, não estaria o Poder Judiciário, ao enfrentar tais questões, num ou noutro sentido, invadindo a esfera de atuação dos demais órgãos de poder, e, pior, com evidente déficit democrático, pela falta de legitimação por meio do voto.

Além disso, é preciso verificar se o papel destinado ao Poder Judiciário se alterou desde 1988. Isto é, se a partir da garantia constitucional de certos direitos fundamentais o papel do Estado-Juiz se modificou, no sentido de superação do modelo de apenas guardião do Estado de Direito para eventual co-partícipe na concretização de tais direitos, e em favor do destinatário da prestação junto a ele exigida.

Mas não só. Também é preciso analisar se estariam os magistrados em melhores condições de tomar decisões do que os membros dos outros poderes constituídos e saber em que medida estariam (ou não) autorizados a rever as escolhas políticas do executivo e do legislativo, calçadas no voto popular.

2. EXPLOÇÃO DE LITIGIOSIDADE E PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário, confinado desde o século XVIII a uma função mecânica de interpretar leis, começou a ser compelido a potencializar ao máximo sua atividade e é possível dizer que hoje – especialmente após a Constituição de 1988 – “escancararam-se” as portas do Judiciário, vivendo-se uma “explosão de litigiosidade”. Esse novo papel do Judiciário, que passou a intervir em temas antes

restritos ao Legislativo ou ao Executivo, fez com que os casos submetidos à sua apreciação crescessem de forma exponencial.³³²

Esse excesso de litigiosidade pode ser comprovado pelo recente Relatório Justiça em Números 2015, do Conselho Nacional de Justiça, que tem 2014 como ano-base. Referido relatório apontou que, “em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados”, estimando-se que ao final de 2014 o estoque cresça e ultrapasse 71,2 milhões de processos pendentes. Desse número, os casos novos aumentaram 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014. Verificou-se que os casos pendentes (70,8 milhões) “crescem continuamente desde 2009 e, atualmente, equivalem a quase 2,5 vezes do número de casos novos (28,9 milhões) e dos processos baixados (28,5 milhões)”³³³, sendo a Justiça Estadual a detentora de 70% desses casos novos.

Essa alta taxa de litigiosidade pode ser explicada por uma mudança de paradigma, que vem ocorrendo especialmente a partir da Constituição de 1988. Se é certo que a Carta Magna passou a assegurar direitos fundamentais sociais, não menos certo é que ela também criou mecanismos a partir dos quais seria possível reivindicá-los, caso fossem violados, além de dar maior poder ao Judiciário.

Tudo isso – aliado ao fim do regime militar e às eleições diretas – propiciou uma mudança de paradigma, permitindo aos cidadãos uma maior tomada de consciência acerca dos seus direitos e da possibilidade de reivindicá-los, já que garantido constitucionalmente o acesso à justiça.

Nada obstante, é fato que, sem o direito de acesso à justiça, não há como se tornar efetivos alguns direitos no plano concreto. Designado como direito e garantia fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, o direito de acesso à justiça permite buscar, em juízo, a solução que lhe assegure efetivar seus direitos. É

³³² LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. [Discurso por ocasião da posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, realizado em 10 de setembro de 2014]. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>.

Acesso em: 5 jul. 2015.

³³³ **Justiça em números 2015**: ano-base 2014 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: < [http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros)>. Acesso em: 23 set. 2015.

possível afirmar, pois, que o direito de acesso à justiça seria um elemento constitutivo do próprio exercício da cidadania, já que, quando o cidadão é impedido de gozar de certo direito, o acesso à justiça é que vai possibilitar a ele o direito de reivindicá-lo.³³⁴ De outra banda, é possível afirmar que a falta de acesso à justiça é elemento propiciador de conflitos e tensões sociais, que comprometem a própria legitimidade do Poder Judiciário.

Assim, se de um lado a Constituição gerou maior conscientização por parte dos cidadãos, que passaram a buscar mais o Poder Judiciário para a efetivação de seus direitos, por outro lado esse acesso à justiça se ampliou, e esse “escancaramento” das portas do Judiciário nada mais é do que “um signo dos múltiplos conflitos característicos da sociedade moderna” e representa “uma busca do homem comum, do homem do povo, por seus direitos, que descobriu que pode alcançá-los pela via judicial”.³³⁵

Esses direitos não envolvem apenas as relações privadas, mas também aquelas outras, travadas com o Estado, que versam, dentre outras temáticas, sobre direitos fundamentais sociais. E foi exatamente isso que levou a uma ampliação do atuar jurisdicional.

O Poder Judiciário, tradicionalmente tido como um “poder nulo”, a quem cabia apenas o papel de intérprete mecânico das leis, passa a, na sociedade moderna, superar esse papel e adentrar em esferas que seriam tradicionalmente reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo.³³⁶

Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A construção do Estado latino-americanos ocupou-se mais

³³⁴ Nesse contexto, Mauro Cappelletti e Bryant afirmam que o “acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 12.)

³³⁵ LEWANDOWSKI, 2014.

³³⁶ Cappelletti sustenta que já partir da Revolução Industrial algumas tidas como políticas passaram a ser assimiladas pelo Poder Judiciário, pois os direitos sociais não poderiam ser simplesmente atribuídos ao indivíduo, mas exigiriam permanente ação do Estado (CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 41-42.)

com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando converter o judiciário numa parte do aparato burocrático do Estado – um órgão para o poder político controlar – de fato, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores.³³⁷

Mais do que isso. Repita-se, é crescente o número de casos em que o judiciário é chamado ao enfrentamento de “situações-problema” concernentes à satisfação de direitos fundamentais – especialmente no sentido de se determinar à Administração Pública que as desenvolva a certo contento.

Se por um lado é certo que a Constituição Federal de 1988 deixou abertos alguns caminhos para a busca do Poder Judiciário em questões tidas como “políticas” – como as ações declaratórias de inconstitucionalidade, as ações por descumprimento de preceitos fundamentais e as ações civis públicas –, por outro não se pode negar que, têm sido constante a expansão no ajuizamento de ações individuais buscando a prestação de direitos fundamentais.

Nesse seara, é possível verificar inclusive que inicialmente a orientação judicial pátria caminhava no sentido de rejeitar a possibilidade de obtenção de prestações positivas. Entretanto, esse posicionamento mudou, passando-se a conceder essas prestações até mesmo indiscriminadamente e quase que sem critérios, especialmente em matéria de saúde, como nos casos julgados pelo STF em que se deferiu ou confirmou o direito a tratamentos de saúde caríssimos, alguns deles no exterior e mesmo sem comprovação de eficácia.³³⁸

Para Boaventura de Sousa Santos, este novo padrão de intervencionismo judiciário não pretende necessariamente favorecer forças políticas conservadoras ou progressistas, mas trata-se

³³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 21.

³³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 231.

especialmente de um entendimento mais amplo e profundo do controle de legalidade.³³⁹

Ocorre que esse protagonismo por parte do Poder Judiciário traz à tona a discussão se, em havendo a chamada judicialização da política, seria ela legítima e em que limites.

Assim, necessário esclarecer exatamente do que se trata essa chamada judicialização da política. Boaventura de Sousa Santos defende que ela existe "sempre que os tribunais, no desempenho normal de suas funções, afetam de modo significativo as condições da ação política".³⁴⁰ E continua:

Tal pode ocorrer por duas vias principais: uma de baixa intensidade, quando membros isolados da classe política são investigados e eventualmente julgados por atividades criminosas que podem ter ou não a ver com o poder ou a função que a sua posição destacada lhes confere; e outra de alta intensidade, quando parte da classe política, não podendo resolver a luta pelo poder pelos mecanismos habituais de distribuição de recursos do sistema político, transfere para os tribunais seus conflitos internos através de denúncias cruzadas, quase sempre através da comunicação social, esperando que a exposição judicial do adversário, qualquer que seja o desenlace, o enfraqueça ou mesmo o liquide politicamente.

A judicialização da política verifica-se ainda diante de um conjunto de circunstâncias que descentram a atenção da política judiciária para a política do judiciário. Neste caso, o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições de sua efetivação.³⁴¹

Para Luis Roberto Barroso, judicialização "significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder

³³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 22.

³⁴⁰ Idem, ibidem. p. 29.

³⁴¹ Idem, ibidem.

Executivo”.³⁴² Para ele, a primeira causa da judicialização foi a redemocratização, através da Constituição de 1988 que, por sua vez, levou a uma *constitucionalização mais abrangente*, já que passou a contemplar matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Outra causa da judicialização seria o próprio “sistema brasileiro de controle de constitucionalidade”.³⁴³

De todo modo, Barroso aponta, ainda, uma diferenciação entre judicialização e ativismo judicial, afirmando que se tratam de institutos “primos”, pois “vêm da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens”.³⁴⁴ Enfim, que não se confundem. A judicialização seria uma circunstância que decorre do próprio modelo constitucional, pois o Judiciário decide em casos como tais porque era o que lhe cabia fazer; o ativismo judicial, por sua vez, “é uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” e está atrelado a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Uma postura ativista incluiria

[...] (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³⁴⁵

No Brasil, têm sido várias as manifestações de ativismo judicial, o que tem um aspecto positivo, já que se verifica que as demandas populares, a respeito das quais o Poder Público se omitiu e deixou de concretizar, estão sendo atendidas. Afinal, o modelo social de Estado não se estabeleceu apenas em sentido econômico

³⁴² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **REDE. Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

³⁴³ Idem, ibidem. p. 3-4.

³⁴⁴ Idem, ibidem. p. 6

³⁴⁵ Idem.

e, atualmente, a “manutenção de uma democracia de caráter social implica a adoção de uma interpretação moral da Constituição”, apesar do pensamento contrário segundo o qual se daria um ativismo exacerbado ao Poder Judiciário.³⁴⁶

Em suma, a judicialização da política “envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”,³⁴⁷ o que leva, pois, ao (inevitável) questionamento da legitimidade do Poder Judiciário para interferir em assuntos dessa ordem.

3. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Quando se fala em judicialização da política, a legitimidade – ou não – do Poder Judiciário passa a ser questionada geralmente a partir da concepção tripartite dos poderes públicos como adotada pela Constituição da República. Ou seja, a partir dessa previsão normativa é preciso indagar se não estaria o Poder Judiciário, num ou noutro sentido, invadindo a esfera de atuação dos demais órgãos de poder, e, pior, com evidente *déficit* democrático, pela falta de legitimização por meio do voto.

Niklas Luhmann define a legitimidade como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.³⁴⁸ Mas ainda assim permanece em aberto se

dessa disposição se encontra uma causa psicológica relativamente simples – como que uma satisfação interior quanto a uma troca de obediência contra uma “participação democrática” – ou se essa disposição é o resultado dum elevado número de mecanismos sociais que identificam conjunturas muito heterogêneas de motivos.³⁴⁹

³⁴⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 180.

³⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **REDE. Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009, p. 3. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

³⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Côte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 30.

³⁴⁹ Idem, *ibidem*.

Qual seria, então, a legitimidade do Poder Judiciário para inclusive invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, daqueles que foram escolhidos pelo povo?

4. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A legitimidade do Poder Judiciário para interferir em questões políticas pode ser explicada primeiramente, filosoficamente, mediante consideração de ser o Estado constitucional e democrático. Logo, produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem: constitucionalismo e democracia. O constitucionalismo exprime o poder limitado e respeito aos direitos fundamentais; democracia significa soberania popular, governo do povo, poder fundado na vontade da maioria.³⁵⁰

Nesse sentido, Tanya K. Kozicki de Mello esclarece que enquanto a democracia diz respeito ao poder político e seu exercício entre os cidadãos, o constitucionalismo diz respeito às limitações à deliberação coletiva: “A democracia apela à soberania popular e à capacidade de autogoverno e de autodeterminação coletiva; o constitucionalismo, a direitos infranqueáveis e que precisam ser postos a salvo da investida das maiorias eventualmente tiranizadoras.”³⁵¹

Jordão Violin entende em mesmo sentido:

Estado de Direito e democracia correspondem, em suas origens, a dois conceitos diametralmente opostos de liberdade: a negativa, que impõe a limitação da autoridade estatal; e a positiva, que depende do exercício dessa autoridade. Enquanto o Estado de Direito implica a

³⁵⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **REDE. Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009, p. 11. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

³⁵¹ KOZICKI DE MELLO, T. K. **(Re) articulando constitucionalismo e democracia**: para compreender o espaço de realização dos direitos fundamentais. 2011, p. 11. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2011. Disponível em:

<http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1872>

Acesso em: 15 jul. 2015.

limitação do Estado, a democracia significa a mobilização da sociedade para exercer o poder.³⁵²

Destarte, é impossível entender democracia apenas como a prevalência da regra da maioria, pois, se assim o fosse, chegar-se-ia à conclusão que o constitucionalismo não é democrático, à medida em que “subtrai da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários”.³⁵³

De conseguinte, é necessário estabelecer o sentido do termo “democracia”. Kozicki de Mello afirma que a democracia não se caracteriza nem pelo consenso, tampouco pela falta de discussão: “ao revés, suas características seriam precisamente o embate permanente, o dissenso, o confronto e o enfrentamento, a busca pelo convencimento do outro.”³⁵⁴

Mas é claro que isso não diminui as situações de tensão que podem surgir entre os poderes de Estado: de um lado, textos constitucionais que asseguram a realização dos direitos fundamentais e, de outro, a convivência entre os poderes eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais.³⁵⁵

É nessa esfera que surgem as discussões a respeito da legitimidade do Poder Judiciário, especialmente diante de teses contrárias através das quais se sustentaria que o contramajoritarismo – no sentido de que o Poder Judiciário estaria usurpando poder da maioria – colocaria em risco a democracia.

³⁵² VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 71.

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 18.

³⁵⁴ KOZICKI DE MELLO, T. K. **(Re) articulando constitucionalismo e democracia**: para compreender o espaço de realização dos direitos fundamentais. 2011, p. 16-17. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2011. Disponível em:

<http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1872>

Acesso em: 15 jul. 2015.

³⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 23.

Contudo, mostra-se viável conciliar democracia e constitucionalismo, pois além da soberania ser do povo (e não do legislativo), a Constituição limita a atuação do legislativo e do executivo.

Nessa esteira, Lenio Luiz Streck afirma, inclusive, que a Constituição já nasce paradoxal, eis que, ao mesmo tempo em que surge para conter o absolutismo do rei, transforma-se em mecanismo para conter o poder das maiorias.³⁵⁶

O constitucionalismo se refere à imposição de limites às decisões majoritárias em favor de um consenso fundado em valores do poder constituinte e, nesse contexto, é possível afirmar que o constitucionalismo é essencialmente antidemocrático.³⁵⁷

Nesse contexto seria idôneo sustentar que a legitimidade do Poder Judiciário estaria condicionada à falha da democracia, pois atuaria onde restasse comprometido o diálogo e, portanto, houvesse prejuízo na definição dos valores da sociedade:

Com isso, dá-se o reconhecimento de um papel institucionalmente forte para a atuação do Poder Judiciário: ele ficaria incumbido de fazer prevalecer o princípio democrático, encarregando-se de proteger a soberania popular, sem, contudo, gozar da possibilidade de emitir juízos de valor substantivos para dela subtrair a disposição sobre direitos tidos como moralmente intangíveis.³⁵⁸

Emerson Gabardo ressalta, ademais, que a democracia só não seria conciliável com o constitucionalismo a partir de uma perspectiva positivista “em que se presume que só será democrática a vontade das pessoas expressas plebiscitariamente”, bem como que o constitucionalismo só não será conciliável com a democracia se

³⁵⁶ Idem, *ibidem*. p. 17.

³⁵⁷ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 82.

³⁵⁸ KOZICKI DE MELLO, T. K. **(Re) articulando constitucionalismo e democracia: para compreender o espaço de realização dos direitos fundamentais**. 2011, p. 46. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tede_busca/arquivo.php?codArquivo=1872> . Acesso em: 15 jul. 2015.

considerado como uma manifestação exclusiva do sistema legal-representativo e não da “própria essência da Constituição”.³⁵⁹

A atuação do Poder Judiciário, inclusive, poderia tornar ainda mais expressiva a realização dos direitos fundamentais sociais: “para que se logre uma efetiva e mais expressiva realização dos direitos sociais, torna-se imperiosa uma gradual intervenção ativa e prolongada do Poder Judiciário, integrada às ações de outros atores estatais e da sociedade civil.”³⁶⁰

Diante disso, caberia ao Poder Judiciário colocar freio à maioria apenas se e quando ela excedesse os limites impostos pela Constituição e/ou deixasse de assegurar os direitos por ela contemplados e, nesse contexto, não se coloca em risco a democracia, mas, ao contrário, a via judicial pode representar “papel central para a realização do próprio ideal democrático”, especialmente em países como o Brasil, em que o projeto democrático foi por tanto tempo adiado.³⁶¹

Destarte, ainda que com um viés de solução provisória, o espaço contramajoritário se propõe/impõe como primeira possibilidade de concretização de direitos, o que não descarta uma futura modificação do arranjo institucional e que faça reconduzir o debate para a arena política.³⁶²

Logo, a Constituição deve desempenhar dois papéis: “estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação ampla, o governo da maioria e a alternância no poder”, bem como proteger direitos fundamentais, “mesmo que contra a

³⁵⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 181.

³⁶⁰ FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, abr./jun. 2003.

³⁶¹ KOZICKI DE MELLO, T. K. **(Re) articulando constitucionalismo e democracia**: para compreender o espaço de realização dos direitos fundamentais. 2011, p. 12. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2011. Disponível em:

<http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1872>
Acesso em: 15 jul. 2015.

³⁶² *idem*

vontade circunstancial de quem tem mais votos”.³⁶³ Por sua vez, o “Estado de Direito não se resume ao modelo de representação política, assim como a democracia não se basta no governo da maioria”.³⁶⁴

É que a democracia não se resume ao princípio majoritário, como bem se infere do seguinte exemplo, mentado por Barroso: “se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número”.³⁶⁵ Aí entraria o segundo papel da Constituição, no sentido de proteger valores e direitos fundamentais.

Além disso, convém lembrar que a constituição, ao “regular a organização e o modo de exercício do poder político, serve de limite e de vínculo da maioria”, mas o princípio da maioria não significa prepotência, tampouco imunidade do Poder Legislativo ou do Executivo quando violam as normas constitucionais: “o princípio da maioria não está assentado no absolutismo da maioria ou na opressão das minorias. O conceito de democracia não pode ser reduzido ao governo da maioria. O direito da maioria deve respeitar o das minorias, pois, em uma democracia, uma minoria pode, ocasionalmente, tornar-se maioria”.³⁶⁶

Outrossim, o fato de que o caráter democrático dos processos legislativo e executivo seja submetido a limitações e condicionamentos reais não justifica a conclusão de que não se deva salvaguardar a legitimação democrática e representativa e que isto não possa ser realizado através de todas as formas de criação do direito, inclusive jurisprudencial.³⁶⁷

³⁶³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **REDE. Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009, p. 11-12. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

³⁶⁴ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 81.

³⁶⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **REDE. Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009, p. 12. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

³⁶⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 79-80.

³⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 96.

O conceito de legitimidade usado na Idade Média, como sinônimo de usurpação e tirania, perdeu seu fundamento moral com a positivação do direito, que se impôs no século XIX.

Hoje ele significa a convicção, realmente divulgada, da legitimidade do direito, da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões, ou do valor dos princípios que as justificam. Mas apesar de tudo isso só se conseguiu chegar a uma pergunta: como é possível divulgar a convicção real da legalidade ou da força compulsiva desta decisão, quando só alguns é que decidem?³⁶⁸

Desse modo, nas sociedades tradicionais, de outrora, a legitimação do poder se fundava em um poder imposto, que poderia ser a lei, a força ou a religião, mas nas sociedades pós-tradicionais essa legitimação se encontra nos próprios grupos e indivíduos, razão pela qual exige consenso, que seria exatamente a realização dos valores constitucionais.³⁶⁹

É claro que, nesse sentido, a fonte de legitimação da função jurisdicional é diversa da dos poderes políticos, que são ligados à vontade majoritária, mas nem por isso é menos concreta e fundamental, especialmente porque “tem a potencialidade de ser profundamente radicada nas necessidades, ônus, aspirações e solicitações quotidianas dos membros da sociedade”.³⁷⁰

Nessa seara, oportuno o pensamento de Ronald Dworkin, no sentido de que “se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas, mas como se está considerando apenas uma pequena parte de decisões políticas, seria possível afirmar que “alguns cidadãos ganham mais do que perdem”.³⁷¹ Para ele, a transferência de atribuições do Poder Legislativo para o Poder Judiciário pode ser inclusive mais benéfica para as minorias que não participam genuinamente do processo democrático, pois os ricos normalmente

³⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 29.

³⁶⁹ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 96.

³⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 103-104.

³⁷¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 30-31.

teriam mais influência sobre o legislativo que os pobres e “transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres”. Deste modo, os juizes, ao proteger questões individuais, acabariam por conceder maior poder político às minorias.³⁷²

E isso porque nenhum instrumento jurídico garante que os interesses dos eleitores serão adequadamente representados e as eleições, por si sós, não legitimam quaisquer escolhas políticas, sobretudo se não levam em conta valores constitucionais. Ademais, o voto popular não significa necessariamente apoio às decisões que o eleito tomará em seu mandato.³⁷³

Atribuir ao juiz a função de implementar direitos que os demais poderes insistem em ignorar contribui sobremaneira para ampliar o direito de participação popular. Isso porque o Judiciário se torna verdadeiro palco de debate e cobrança, a última instância a quem o cidadão pode aceder para ver concretizados os direitos constitucionalmente garantidos. Trata-se de uma forma de democracia direta, em que se assegura a participação do povo na tomada de decisão.³⁷⁴

Assim, na sociedade brasileira, de democracia política incipiente, em que décadas de autoritarismo desorganizaram a vida social e desvalorizaram a cidadania, a atuação do Judiciário, em vez de manter “os indivíduos à parte da república, pode se constituir, dependendo dos operadores sociais, em uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas”.³⁷⁵

Além disso, os poderes eleitos, além de estarem diretamente vinculados à representação política, também se encontram-se vinculados a outras influências: “necessidade de aprovação popular, resultados focados no curto prazo, pressão da mídia, interesses de financiadores de campanha, esvaziamento de projetos políticos polêmicos. Parece inelutável que ao menos um dos poderes do

³⁷² Idem, *ibidem*. p. 30-32.

³⁷³ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 93.

³⁷⁴ Idem, *ibidem*.

³⁷⁵ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 150.

Estado seja responsivo aos valores públicos, não à aprovação popular.³⁷⁶

De fato, numa visão moderna do constitucionalismo, a organização estatal é concebida para a garantia dos direitos fundamentais, que devem ser concretizados pelo próprio Estado. Se o Estado deixa de garantir tais direitos, nada mais resta ao cidadão senão buscar a efetivação de tais direitos por meio de tutela a ser prestada pelo Poder Judiciário.

De um lado, o aumento de função e responsabilidade do Poder Judiciário traz um grande desafio aos seus membros, que não podem simplesmente ignorar as transformações do mundo real e a “justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da legitimidade constitucional das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade”.³⁷⁷ Mas essa justificação filosófica, centrada na discussão entre constitucionalismo e democracia, não encerra a discussão a respeito da legitimidade democrática do Poder Judiciário nas questões tidas como políticas.

5. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

A legitimidade democrática do Poder Judiciário também pode ser explicada normativamente, no sentido de que a própria Constituição lhe atribuiu esse poder ao concretizar decisões tomadas pelo constituinte ou pelo legislador infraconstitucional. Essa concepção, contudo, parte do pressuposto de que os juízes não têm vontade política própria e, pois, desempenhariam uma atividade quase mecânica, valorizando a tripartição de Poderes.

Para Montesquieu, a tripartição dos poderes se justificava pelo fato de que não haveria liberdade se o poder de julgar não fosse separado do poder legislativo e do executivo. Todavia, é preciso considerar que a teoria da separação dos poderes foi concebida em um momento histórico no qual se pretendia o enfraquecimento do Estado e restrição de sua atuação na esfera de liberdade individual,

³⁷⁶ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 81.

³⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 46.

com conseqüente controle recíproco entre suas formas de expressão.³⁷⁸

A compreensão tradicional da teoria da separação dos poderes assume, assim, que apenas Legislativo e Executivo podem tomar decisões políticas e com base nessa concepção não se admitiria a possibilidade de que juízes também decidissem tais questões tidas como políticas. “Ao Judiciário não seria dado decidir politicamente, já que a sua função de controle envolveria somente poderes negativos. Não seria de sua competência determinar condutas aos demais poderes, mas apenas bloquear seus excessos.”³⁷⁹

O ideal da estrita separação dos poderes, mais do que um contrapeso equilibrado, teve como conseqüência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos “privados”, e permitiu que o poder se concentrasse nas assembleias legislativas e grupos políticos que as dominavam.³⁸⁰

Há mais de três décadas, contudo, Paulo Bonavides já entendia que o princípio da separação de poderes seria uma técnica em declínio, mas que teria importância e justificação histórica em uma fase de revolta diante da necessidade de aniquilar o feudalismo e o absolutismo do rei.³⁸¹ Ou seja, no Estado liberal, em que não se previa a atuação do Estado para garantir direitos sociais aos cidadãos, o objetivo da separação dos poderes era evitar a concentração do poder estatal. A evolução da sociedade, entretanto, levou a uma alteração do papel do Estado, que passou a garantir o bem-estar dos cidadãos, prestar serviços e impulsionar mudanças sociais.

E à medida em que as constituições passam a estabelecer direitos de natureza social, o legislador fica submetido ao

³⁷⁸ CANELA JR., Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67.

³⁷⁹ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 72.

³⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 52-53.

³⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 37-40.

atendimento dos princípios constitucionais, acabando com as iniciativas arbitrárias do Estado e protegendo direitos fundamentais.³⁸²

O Estado de Direito se dirige contra o poder estatal, seja ele ocupado por um déspota, seja ele ocupado por uma assembléia eleita democraticamente. E se fosse ele um conceito vinculado apenas ao respeito à autoridade do legislador, as únicas normas válidas seriam aquelas que definem quem tem o poder de editar normas.³⁸³ Portanto, com “o decorrer do tempo, ficaram evidentes a utopia da absoluta separação entre os poderes e a onipotência do Legislativo.” O neoconstitucionalismo reconhece força normativa de direitos e garantias fundamentais e atribui ao juiz a tarefa de concretizá-los.³⁸⁴

Assim, como a garantia dos direitos fundamentais sociais é uma determinação constitucional e, sendo o Poder Judiciário um órgão criado para concretizar os fins constitucionais, estaria ele tão vinculado à lei fundamental quanto os demais poderes.³⁸⁵

“Atualmente, pode-se situar o princípio da separação de poderes num outro contexto de Estado de Direito, que outorga ao Judiciário a função de dotar de conteúdo os preceitos legislativos.”³⁸⁶

E isso porque a Constituição não é um documento que apenas fixa as competências dos órgãos do Estado, mas sim tem a função de corresponder aos objetivos fundamentais que o Estado deve alcançar, que devem ser cumpridos pelo Poder Público.³⁸⁷

Enquanto a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento e da própria atividade estatal, a jurisdição constitucional é a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. “A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária

³⁸² CANELA JR., Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68.

³⁸³ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 71-72.

³⁸⁴ Idem, ibidem. p. 68

³⁸⁵ FINGER, Ana Cláudia. Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, abr./jun. 2003.

³⁸⁶ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 76.

³⁸⁷ Idem ibidem. p. 19.

compreensão da relação existente entre constituição e jurisdição constitucional”.³⁸⁸

Os direitos fundamentais constituem o elemento central de quase todas as constituições do século XX, especialmente daquelas promulgadas como reação aos regimes ditatoriais e, nesse contexto, a proteção jurisdicional desses direitos tornou-se parte importante do fenômeno da justiça constitucional.³⁸⁹

Não haveria que se falar, pois, em violação do princípio da tripartição dos poderes, pois “como todos os atos dos agentes públicos estão constitucionalmente vinculados aos objetivos do Estado, as formas de expressão do poder estatal devem atuar de forma integrada”³⁹⁰ e o que determinaria a atuação do Poder Judiciário seria a salvaguarda do bem comum.³⁹¹

Superado o dogma histórico de que ao juiz não é dado criar o direito, o Judiciário passa a atuar em questões geralmente tidas como políticas e a jurisdição, nesse contexto, pode ser compreendida como uma função estatal garantidora de direitos fundamentais de forma imparcial. Isso pode levar à falsa ideia de que a lei teria perdido cogência, mas na verdade a concretização dos valores constitucionais nem sempre é feita diretamente, muitas vezes, em sua maioria inclusive, ela é feita através da aplicação de normas infraconstitucionais informadas por valores constitucionais.³⁹²

6. DIÁLOGO PROCESSUAL E FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES COMO “LIMITES” AO PROTAGONISMO JUDICIAL

Por concurso ou por escolha presidencial, o preenchimento dos cargos do Poder Judiciário “se dá com a participação de

³⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27.

³⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 62.

³⁹⁰ CANELA JR., Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

³⁹¹ Osvaldo Canela Jr., contudo, entende que não se trataria de judicialização da política, “mas do cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado social previsto na Constituição de 1988”. (Idem, *ibidem*. p. 77.)

³⁹² VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 69.

membros de todos os poderes ou por avaliação do conhecimento do indivíduo”, o que afasta a tese da ilegitimidade do Judiciário para decidir a respeito da constitucionalidade das leis, ainda que de modo diverso dos membros do Executivo e Legislativo. Entretanto, ainda permanece a discussão no sentido de saber se estariam os membros do Judiciário em melhores condições de tomar tais decisões.³⁹³

De conseguinte, a questão é saber “*em que medida* o Judiciário está autorizado a rever as escolhas políticas dos demais poderes e *como* essa tarefa pode ser realizada”.³⁹⁴

Necessário, portanto, analisar os limites da atividade jurisdicional nessa “nova tarefa” de fiscalizar o Poder Legislativo e o Poder Executivo, bem como os fundamentos que tornam legítima a função jurisdicional na seara.

Primeiramente, há que se ter em mente que o processo judicial, diferentemente do legislativo, exige uma atitude passiva; não pode ser iniciado de ofício, o que se caracterizaria como um limite inclusive da atuação judicial.³⁹⁵

Além disso, os fundamentos materiais da legitimação do controle judicial das decisões políticas exige a reestruturação da teoria da separação dos poderes, eis que está intimamente ligada à decisão.³⁹⁶

Tendo em mente que a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno,³⁹⁷ os juízes devem aceitar essas novas concepções de direito e de Estado e dar sua parcela de contribuição, “o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever

³⁹³ PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas**: a postura do juiz. Curitiba: Juruá, 2011. p. 165.

³⁹⁴ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 24.

³⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 76.

³⁹⁶ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 26.

³⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 19.

que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.³⁹⁸

É certo que, em assim o fazendo, abre-se certo grau de discricionariedade e de criatividade, até mesmo porque “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”.³⁹⁹ No entanto, ainda assim um sistema equilibrado de controles recíprocos é capaz de, “sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*.”⁴⁰⁰

A questão é saber se, no exercício de interpretação/criação, os juízes se “apropriam” da função legislativa.

De fato, ambos – tanto legislador como julgador – criam o direito num certo sentido, mas as tarefas não se confundem, especialmente diante da independência e imparcialidade do juiz e, mais ainda, porque as “criações” deste são reveladas em casos concretos e não abstratamente.

Nesse contexto, é necessária, por primeiro, a superação do positivismo jurídico (em sua compreensão clássica) e do formalismo processual. O positivismo jurídico procurou criar uma ciência jurídica de características semelhantes às ciências exatas e naturais, como a identificação plena do direito com a lei, acreditando-se em um legislador onisciente e onipotente, capaz de unificar todo o direito. Daí o modelo da codificação, que se baseava no princípio de que o Código deveria ser o mais completo possível, a fim de permitir menor liberdade possível ao seu intérprete, o que ressalta o monismo jurídico, a soberania estatal, a racionalidade dedutiva e a crença no controle do futuro, o que permitiria garantir segurança jurídica.⁴⁰¹

Para o positivismo jurídico, o direito objetivo é completo, coerente, sem lacunas nem ambiguidades e esta crença estava centrada na noção de segurança jurídica. Com essa percepção, não se reconheciam os princípios como normas. O positivismo jurídico,

³⁹⁸ Idem, *ibidem*. p. 42

³⁹⁹ Idem.

⁴⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 54.

⁴⁰¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 79-80.

contudo, não consegue resolver satisfatoriamente os chamados *hard cases*, pois não explica conceitos indeterminados e, para situações como tal, “a tese positivista prega que o juiz, na ausência de um padrão normativo prévio e determinado, teria o poder discricionário para decidir do melhor modo que lhe parecesse”, confundindo atos discricionários com conceitos jurídicos indeterminados. Além disso, identificava legalidade com legitimidade, considerando legítima toda lei criada com base em observância ao procedimento legislativo.⁴⁰²

É claro, todavia, que não se mostra viável tentar superar o positivismo por meio da renúncia ao direito positivo, mas a positividade do direito não se confunde com o legalismo e, pois, abre-se espaço para interpretar a lei. Ou seja, determinar o significado objetivo de um texto, e, nesse contexto, a Constituição seria o ponto de partida no processo de interpretação-concretização normativa.⁴⁰³

O direito contemporâneo preocupa-se com a ideia de justiça, ao lado da constitucionalidade e dos direitos fundamentais, não sendo razoável que o juiz se conforme com soluções abstratas e eventualmente injustas encontradas pelo legislador infraconstitucional, de modo que não se aceita mais a ideia de que o juiz aplique a lei, pura e simplesmente. O Estado Constitucional da atualidade repele esse inconformismo de outrora e exige que as soluções perpassem por uma interpretação da lei, dada com apoio nos direitos fundamentais. Diante disso, a interpretação dada pelo juiz poderia ser até contrária à lei, mas obviamente nunca contrária ao direito.⁴⁰⁴

Surge daí a extrema importância do papel da fundamentação das decisões.

Enquanto o Legislativo e o Executivo se legitimam na representação política, o Judiciário se legitima na representação argumentativa, sendo a motivação das decisões que permite que as partes envolvidas controlem a atividade jurisdicional. É importante salientar que, em que pese o Legislativo ter como função precípua a tomada das decisões políticas fundamentais e que se espera que esta seja pautada em valores constitucionais, é certo que a atividade legislativa é vinculada às preferências majoritárias, o que em muito se

⁴⁰² Idem, *ibidem*. p. 80-82.

⁴⁰³ Idem. p. 84-85.

⁴⁰⁴ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

difere da atividade jurisdicional, que age de forma independente. Igualmente se difere do Executivo, pois a este poder cabe escolher os meios para realizar os fins propostos na Constituição e pelo Legislativo, mas sua atividade independe de provocação e atinge grupos determináveis. Sua legitimidade decorre não somente do consentimento popular, mas de conhecimento técnico especializado.

O Judiciário, por sua vez, ao dotar de conteúdo os valores constitucionais, se legitima não por conta de uma capacidade técnica especializada, tampouco no consentimento da maioria, mas no fato de que sua posição e sua atividade obrigam a existência de um diálogo processual, de modo que suas decisões – porque dotadas de imparcialidade e motivação – conferem substância aos valores da Constituição e não expressam suas crenças pessoais a respeito do justo ou injusto, tampouco as preferências populares.⁴⁰⁵

Assim, deve-se inverter a ótica e partir “da legitimidade e do papel Constitucional do Judiciário” para encontrar a conclusão de que “o controle judicial assegura, isto sim, o direito das minorias, o direito subjetivo de cada administrado individualmente desrespeitado pelo próprio Estado”.⁴⁰⁶

De todo modo, seja qual for a teoria utilizada para explicar como o juiz chega a uma decisão, isso não afasta o fato de que é necessário que, diante da supremacia da Constituição, ele interprete a norma constitucional, de modo que todas as normas e princípios adotados para se interpretá-la devem seguir um método específico.⁴⁰⁷

É certo que a decisão judicial é marcada por subjetividade, já que há casos em que mais de uma regra possa ser aplicável ao caso concreto, mas ao juiz cabe fazer a ponderação entre os argumentos das partes. A “atuação das partes e o convencimento judicial podem criar exceções implícitas a regras e parecer, num primeiro momento,

⁴⁰⁵ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 78-80.

⁴⁰⁶ PIRÉS, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 292.

⁴⁰⁷ PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas: a postura do juiz**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 168.

abalar o ideal de segurança jurídica”,⁴⁰⁸ mas isso não leva à conclusão de que situações como tais possam levar ao arbítrio.⁴⁰⁹

“A sentença, que vem do verbo *sentir*, é produto da cognição resultante do processo judicial, mas também da vontade e do espírito humano do órgão judicial.”⁴¹⁰ Dessa feita, a fundamentação das decisões judiciais não se resume à aplicação lógica das normas abstratamente formuladas:

O juiz, na formação de sua convicção, não parte, necessariamente, da “norma” ao fato, mas frequentemente, vai do fato a “norma”. Dessa maneira, não se pode separar os fatos das escolhas, das “normas” e dos problemas de interpretação. O raciocínio jurídico é *pendular*, faz-se no pensar entre o ir-e-vir dos princípios e regras com os fatos concretos, envolvendo três momentos distintos: i) a busca de significação da norma; ii) a análise dos fatos concretos; iii) o ajuste final ou o encaixe (ou não encaixe) do fato à norma.⁴¹¹

Ademais, se é crescente a atuação do Poder Judiciário, crescente também é sua responsabilidade perante os demais órgãos estatais e os cidadãos, o que exige um compromisso ainda maior com o “dever de motivação de suas decisões a partir dos princípios da hermenêutica constitucional e da argumentação jurídica”.⁴¹²

A despeito de a fundamentação das decisões judiciais consistir num dever constitucional, à luz do artigo 93, IX, o “novo” Código de Processo Civil, sancionado em março de 2015, dedicou especial atenção a esse assunto, tanto que “além de ligá-lo diretamente ao direito ao contraditório, referiu expressamente o que

⁴⁰⁸ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 108.

⁴⁰⁹ Idem, ibidem. p. 108-109.

⁴¹⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 122.

⁴¹¹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 119-120.

⁴¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 175, set. 2009, p. 32.

entende por uma decisão não fundamentada”,⁴¹³ no §1º do art. 489.⁴¹⁴ Além disso, no §2º,⁴¹⁵ estabelece como deve ser a fundamentação no caso de colisão entre normas.

A fundamentação da decisão judicial tem de ser completa. Nesse sentido, o parâmetro a ser observado para aferição dessa completude não pode ser, como por vezes se sustenta, a simples constância na decisão do esquema lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou às suas conclusões [...] A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas. O juízo é sempre e sempre um ato de três pessoas no marco teórico do formalismo-valorativo. Por essa vereda, o órgão jurisdicional tem de considerar seriamente os fundamentos deduzidos pelas partes.⁴¹⁶

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. II. Revista dos Tribunais, 2015. p. 442.

⁴¹⁴ Estabelece o artigo 489, §1º, do NCPC, que: “§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano CLII, n. 151, 17 mar. 2015. Seção I, p. 1.)

⁴¹⁵ “Art. 489, § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano CLII, n. 151, 17 mar. 2015. Seção I, p. 1)

⁴¹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 154-155.

Portanto, partindo-se do pressuposto que toda decisão envolve escolhas interpretativas, o que se exige é que tais escolhas sejam justificadas.⁴¹⁷

Além disso, aos juízes somente é permitido exercer poder depois de ter permitido às partes e diversas pessoas ou representantes dialogarem. E esse diálogo às vezes faz com que o juiz atue com demandas que preferia ignorar e que as decida de maneira justificada, assumindo a responsabilidade por essa decisão.⁴¹⁸

De todo modo,

[...] o dever de fundamentação das decisões consiste na “última manifestação do contraditório”, porquanto a motivação “garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas”. Há, pois, um nexu inarredável entre inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental ao contraditório e dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo.⁴¹⁹

Além disso, importante salientar que fundamentar é diferente de explicar.

A noção de fundamentação, oposta a de explicação, exige que os motivos que dão suporte a decisão sejam bons e isso requer, de sua feita, regras ou normas para determinar o que é um bom motivo. [...] A afirmação “eu prefiro” ou “nós preferimos” no contexto de uma decisão judicial, mais do que no de uma decisão legislativa, constitui meramente uma explicação, não uma fundamentação.⁴²⁰

⁴¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. II. Revista dos Tribunais, 2015. p. 444.

⁴¹⁸ FISS, Owen. **Um novo Processo Civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 42.

⁴¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 153-154.

⁴²⁰ FISS, Owen. **Um novo Processo Civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 42-43.

Ou seja, o motivo adotado na fundamentação deve transcender as crenças pessoais do juiz a respeito do que é certo ou justo e o diálogo, que necessariamente deve anteceder a decisão, figuraria como “importante fator de legitimação do processo civil no Estado Constitucional”.⁴²¹ O juiz converte-se em um sujeito do processo e deve cooperar com as partes, “estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes”.⁴²² Quando o juiz cumpre seu dever de consultar as partes antes de decidir sobre alguma questão está-se revelando a face democrática do Estado Constitucional, “fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório”.⁴²³

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito contemporâneo preocupa-se com a ideia de justiça, ao lado da constitucionalidade e dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o Poder Judiciário deixa de ser um “poder menor” e passa atuar, em conjunto com os demais poderes, para tornar efetivos preceitos constitucionais, notadamente nas situações em que constata injustas as soluções abstratas encontradas pelo legislador infraconstitucional e nas situações de (in)satisfação das necessidades sociais básicas garantidas constitucionalmente.

Assim, não pode o Judiciário se ver afastado de tais discussões. A uma porque o Estado Constitucional não aceita a ideia de um Poder Judiciário conformado e mero aplicador da lei, mas exige que as soluções encontradas observem direitos fundamentais; a duas pelo fato de a própria Constituição garantir o acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão a direito, inclusive de índole social. Ou seja, a interpretação dada pelo juiz, decidindo a lide, pode até contrariar a lei, mas obviamente nunca o direito.

Nesse cenário, o processo ganha uma nova conformação. Ele se revela como um meio de efetivação de direitos, e a atuação do Judiciário não pode ser considerada como uma invasão nas atividades legislativa ou administrativa, pois apenas atende aos

⁴²¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 83-84.

⁴²² Idem, ibidem. p. 84.

⁴²³ Idem, ibidem. p. 85

princípios constitucionais e democráticos de direito, sem malferir a separação tripartite de poderes.

A legitimidade do Poder Judiciário decorre, pois, de um conhecimento técnico especializado, que dá conteúdo a valores constitucionais, por meio de decisões – caracterizadas por necessária fundamentação e imparcialidade – que decorrem de um diálogo prévio entre os envolvidos.

E é exatamente esse diálogo e a fundamentação que permite que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário não sejam arbitrárias, o que legitima ainda mais os membros deste poder a se imiscuir e resolver assuntos dantes reservados apenas aos poderes legislativo e executivo.

Em suma, tudo quanto aqui sustentado não coloca uma pá de cal na discussão entre constitucionalismo e democracia, mas reforça a importância dos três poderes e como constituídos pela Carta de 1988: harmônicos e independentes entre si.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **REDE. Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/rede/edicao/18>>. Acesso em: 05 jul. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, ano CLII, n. 151, 17 mar. 2015. Seção I, p. 1

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANELA JR., Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

_____.; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um Instrumento de Concretização de Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, abr./jun. 2003.

FISS, Owen. **Um novo Processo Civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Justiça em números 2015: ano-base 2014 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 23 set. 2015.

KOZICKI DE MELLO, T. **(Re) articulando constitucionalismo e democracia**: para compreender o espaço de realização dos direitos fundamentais. 2011. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2011. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1872>. Acesso em: 15 jul. 2015.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **[Discurso por ocasião da posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, realizado em 10 de setembro de 2014]**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2015.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum, vol. II. Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas**: a postura do juiz. Curitiba: Juruá, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 175, set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural**: o controle jurisdicional de decisões políticas. Salvador: JusPodivm, 2013.

PRECEITOS TRIBUTÁRIOS NAS RELAÇÕES DE EMPREGO DIANTE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA RELEVANTES PARA CONSOLIDAÇÃO DOS CONTRATOS NO SETOR EMPRESARIAL

JANÁINA ELIAS CHIARADIA⁴²⁴

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece princípios para que as atividades empresariais sejam desenvolvidas, bem com, ao admitir a livre-iniciativa, a livre-concorrência, e a boa-fé, impõe a observância dos direitos e deveres advindos das relações propícias às atribuições

⁴²⁴ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista MBA em Direito Empresarial e Processual Civil no Centro Universitário de Jaraguá do Sul (CATÓLICA DE SANTA CATARINA). Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB), tendo estagiado no Ministério Público de Santa Catarina. Integrante da Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG). Professora universitária no Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) tendo atuado na Faculdade do SENAC de Jaraguá do Sul/SC, no Centro Universitário de Jaraguá do Sul (CATÓLICA DE SANTA CATARINA), na Faculdade Metropolitana de Guaramirim (FAMEG do grupo UNIASSELVI) Participação em palestras e debates jurídicos em âmbito municipal, estadual e nacional. Autora de obras jurídicas, capítulos, artigos científicos e colunas publicadas em jornal. Integrante do Conselho Acadêmico de Tributação e Finanças da Associação Comercial do Paraná. Advogada no ramo empresarial atuante especialmente em Curitiba/PR e Jaraguá do Sul/SC.

assumidas, em especial quanto à incidência dos tributos nas relações de emprego.

A respeito dos ditames constitucionais, bem ressalta Alexandre Knopfholz⁴²⁵ que “trata-se, isto sim, de entendê-las como regras de aplicação efetiva e concreta. O Direito Constitucional deve ser tratado como realismo jurídico. A eficácia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais são a “garantia das garantias””.

Em seu preâmbulo, a Constituição Federal de 1988, expressa ser de salutar relevância para a instituição do Estado Democrático, 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, conforme destaca Luís Alexandre Carta Winter⁴²⁶ em seus estudos a respeito da promulgação da Carta Magna.

Ainda, em seus art. 1º e 3º, as prerrogativas da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho, são essenciais para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a fim de garantir o desenvolvimento social, que em consonância com os princípios oriundos do art. 170, identificam a importância da livre-iniciativa, livre-concorrência e boa-fé nas relações empresariais.

Portanto, há de ser ressaltado que os contratos assumidos nas relações empresariais importam em responsabilidades das mais diversas, em especial as tributárias oriundas das contratações trabalhistas, sendo que a inobservância de qualquer obrigação assumida poderá resultar em considerável prejuízo, e consequente comprometimento da sustentabilidade do setor empresarial.

Conseqüentemente, para que o empresário possa dar continuidade às suas atividades, deve obedecer aos preceitos constitucionais, em especial aos direitos fundamentais presentes nos contratos de trabalho e que resultam em incidências tributárias, a fim de que tais vinculações proporcionem o crescimento financeiro e a promoção da justiça social.

⁴²⁵ KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica dos crimes econômicos**. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Curitiba, 2012, p. 75.

⁴²⁶ WINTER, Luís Alexandre Carta. **Crise do modelo presidencialista n âmbito do mercosul**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004, p. 67.

Por tais razões, verifica-se que com o crescimento econômico e social, alicerçado na identificação de direitos e responsabilidade juridicamente instituídos por normas positivadas, importou, nas últimas décadas, um significativo aumento de questionamentos envolvendo a incidência de tributos nas relações laborais, diante dos aspectos liberais da constituição, das normas sociais, visando à sustentabilidade do ramo empresarial.

Necessária se faz a observação de todos os princípios constitucionalmente previstos, tanto os de caráter liberal, tais como o direito de livre-iniciativa, livre-concorrência e de propriedade, como aqueles de cunho social, em especial oriundos das relações de trabalho.

A questão envolve a conscientização de toda sociedade, com base na legislação vigente, para a continuidade das atividades empresariais e as consequências de tais decisões sob o enfoque econômico e social.

Primeiramente, no tocante às regras constitucionais sociais e liberais, a importância do respeito por seus pressupostos, os quais estão diretamente inseridos nas modalidades de relações entre todos os envolvidos nas relações contratuais, fundamentando a legislação nacional vigente competente para conduzir as contratações pertinentes.

Por outro lado, igualmente, as normas constitucionais de cunho tributário, que alicerçam as atividades do ramo empresarial, em especial aquelas oriundas das relações de trabalho, devem ser evidenciadas, principalmente diante do cunho arrecadatório constitucionalmente estabelecido à Justiça Laboral.

A relação entre o dualismo existente na Constituição Federal vigente, qual seja, ora elencando direitos sociais, ora liberais, visa estimular a formalização dos contratos entre particulares, a fim de que os direitos fundamentais sejam garantidos, e que os princípios da livre-iniciativa e livre-concorrência sejam suportes para atos empresariais de boa-fé e ética profissional, em prol da sustentabilidade econômica.

Com a adoção e o respeito às normas constitucionais e legais que estão presentes nas relações empresariais, a importância do cumprimento dos direitos e deveres advindos dos contratos firmados com os empregados resta evidenciada, e as consequências

tributárias diretamente relacionadas com a continuidade do setor empresarial.

Para tanto, a sustentabilidade das empresas depende das garantias de liberdade contidas no art. 170, da carga magna, as quais estão envolvidas pelas normas sociais, visando à justiça social, através do aprimoramento nas relações contratuais, suas consequências e desenvolvimento econômico-financeiro, em prol de toda sociedade.

Desta forma, os preceitos constitucionais pertinentes ao setor empresarial, em especial os de ordem tributária, as consequências na esfera trabalhista, e a consolidação de contratos nas relações de emprego, são de suma importância para a garantia da continuidade da atividade empresarial, conforme se passa a expor.

2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, A ORDEM ECONÔMICA, OS ASPECTOS SOCIAIS CONTIDOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O meio jurídico que rege a sociedade segue norteado por elementos condutores que visam assegurar o ideal para a convivência social, baseado na constante busca pela justiça, e para tanto, tem como alicerce as premissas insculpidas no direito.

As concepções adotadas para cada sociedade variam de acordo com os elementos culturais, políticos, econômicos, sociais e financeiros evidenciados em cada época histórica, as quais são direcionadas pelas normas positivadas, e, também, fundamentadas por diretrizes implícitas ou explícitas exteriorizadas através dos princípios. Em suas considerações a respeito da infinidade de acepções a respeito dos princípios, Paulo de Barros Carvalho⁴²⁷ elucida que “no direito, ele nada mais é do que uma linguagem que traduz para o mundo jurídico-prescritivo, não o real, mas um ponto de vista sobre o real, caracterizando segundo os padrões de valores daquele que o interpreta”.

⁴²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 256.

Enfatizando os estudos a respeito do tema em destaque, preconiza Roque Antonio Carrazza⁴²⁸ que “por igual modo, em qualquer Ciência, *princípio* é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nessa medida, é, ainda, a *pedra angular* de qualquer sistema”.

Portanto, há de se ressaltar a importância de normas, que no momento da adoção de condutas, impõem a conscientização não somente dos fatos desejados, mas sim, e em especial, de regras jurídicas, ou seja, a implementação dos princípios, esses considerados “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”⁴²⁹.

Para que os princípios incidam efetivamente na vida social, vale destacar que “os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte. Só de fato jurídico provém eficácia jurídica”⁴³⁰.

Partindo dessas premissas, os princípios gerais de Direito são aqueles que servem de orientações e diretivas para a fundamentação do ordenamento jurídico, sendo que “a normatividade dos princípios, afirmada categórica e percursoramente, encontrar já nessa excelente e sólida conceituação formulada em 1952 por Crisafulli”⁴³¹:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas

⁴²⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 45.

⁴²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

⁴³⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Parte Geral**. T. I. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 50.

⁴³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 257.

efetivamente posta, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém⁴³².

Os parâmetros traçados pelos princípios, nos mais diversos aspectos de direitos e obrigações, representam “as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas, sim, porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão da moral”⁴³³.

Os princípios gerais de direito servem de base formadora para os direitos fundamentais, os quais refletem as normas basilares da constituição federal vigente, e que devem ser interpretadas em coerência e adaptação ao mundo atual e seus conflitos, eis que “é do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito – e à Constituição. Assim, o significado válido dos princípios é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente”⁴³⁴.

Ao explicitar a importância do estudo dos instrumentos utilizados pelo Direito para condicionar as atitudes do homem, Alfredo Augusto Becker⁴³⁵ ilustra que “em síntese, a criação da regra jurídica é *Arte*, sua interpretação, *Ciência*”.

Por conseguinte, tendo em vista a importância dos princípios para a normatização de todo o sistema jurídico, vale salientar o pensamento expressado por Bonavides⁴³⁶ ao expor que:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arrestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valorização e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetos básicos, em seus princípios cardeais.

432 GUASTINI, 1990 apud BONAVIDES, 2011, loc. cit.

433Ibid., p. 156.

434BONAVIDES, 2011, op. cit., p. 166.

⁴³⁵ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 70.

436BONAVIDES, 2011, op. cit., p. 286.

A constitucionalização dos princípios fundamentais que cercam a sociedade atual deve ser observada por todos aqueles que estão submetidos ao ordenamento jurídico vigente, visando sua real aplicabilidade, a fim de que as normas de direito possam ser respeitadas e o estado democrático efetivamente preservado.

Em face da importância das normas constitucionais insculpidas através dos princípios, Roque Antonio Carrazza⁴³⁷ é esclarecedor ao afirmar que:

O que estamos procurando ressaltar é que a Constituição não é um mero repositório de recomendações, a serem ou não atendidas, mas um conjunto de normas supremas que devem ser incondicionalmente observadas, inclusive pelo legislador infraconstitucional, pelo administrador público e pelo juiz, afinal, são elas que protegem os cidadãos das eventuais arbitrariedades estatais.

A partir da análise da importância de se observar as regras fundamentais que regem o ordenamento jurídico atual, tanto as positivadas, quanto as de cujo objetivo é fundamentar as condutas sociais, vale ressaltar que na base essencial da Constituição Federal de 1988, “a caminhada teórica dos princípios gerais, até sua conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das inquirições subsequentes. Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”⁴³⁸.

Nossa Carta Magna, em seu preâmbulo, explicita princípios de suma relevância diante dos valores adotados pela atual sociedade, tais como, o da igualdade, liberdade, segurança, evidenciando princípios jurídicos, e esses, por sua vez, constitucionalizados, e que devem ser observados e respeitados, em especial por aqueles que se utilizam dessas ferramentas, conforme enfatiza Roque Antonio Carrazza⁴³⁹.

⁴³⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37.

⁴³⁸ BONAVIDES, 2011, op. cit., p. 258.

⁴³⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

O jurista, ao examinar o Direito, deve considerar as ideias que mais se aproximam da universalidade dos princípios maiores; com isto, formará proposições e terá verdades menos gerais. Em seguida, tomará as ideias que mais se aproximem, por sua universalidade, das descobertas que acabou de fazer concebendo novas proposições e continuando, dessa maneira, sempre sem deixar de aplicar os primeiros princípios a cada proposição que descobrir.

E diante da teoria dos princípios, “em verdade, os princípios gerais, elevados à categoria de princípios constitucionais, desatam, por inteiro, o nó problemático da eficácia dos chamados princípios supralegais, terminologia que tende a cair em desuso, arcaísmo vocabular de teor ambíguo, enfim, locução desprovida já de sentido, salvo na linguagem jusnaturalista”⁴⁴⁰.

Nos preceitos explicitamente contidos na atual Constituição Federal, há normas e princípios para regular a ordenação econômica, elencando concepções e enunciados que impulsionem a produtividade e o crescimento do setor financeiro.

As regras jurídicas insculpidas na Carta Magna representam os anseios, os ideais e os propósitos de condutas a serem observados por todos, através dos comandos impositivos, estabelecendo comportamentos obrigatórios.

Os princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica, bem como as normas sociais e liberais inseridas na atual Constituição Federal, são de suma importância para a compreensão das diretrizes que sustentam o ramo empresarial, em especial no momento da adoção de decisões administrativas e de ordem judiciais, as quais são necessárias para sobrevivência do mesmo.

Por conseguinte, a ordem econômica encontra respaldo no Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, da Constituição Federal de 1988, que elucida normas de regulamentação para todo o setor financeiro, para o ramo empresarial e seus seguimentos, em especial no art. 170 (BRASIL, Constituição. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988), que assim estabelece:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

⁴⁴⁰ BONAVIDES, 2011, op. cit., p. 293.

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Desta forma, “a norma econômica na Constituição Federal de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos de ordem pública clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre-concorrência de quaisquer interferências”⁴⁴¹.

A ordem jurídico-política fundamental esculpida na constituição vigente é capitalista, num sistema economicamente liberal e, ao mesmo tempo, contemplando normas sociais, as quais devem ser observadas e respeitadas pelo setor financeiro, a fim de que o ramo empresarial seja preservado.

A atual ordem econômica está baseada em regras liberais, com características sociais, vinculando o sistema capitalista ao estado social democrático de direito.

Na Constituição de 1988, os princípios de relevância para a efetivação do ramo empresarial no sistema jurídico, político, social e econômico, se referem aqueles vinculados a atribuição aos particulares à iniciativa privada, como papel primordial para exploração de atividades econômicas, e a livre-concorrência, como forma de preservação de um sistema democraticamente equivalente e justo.

Vale destacar que “ao atribuir à iniciativa privada papel de tal monta, a Constituição torna possível, do ponto de vista jurídico, a previsão de um regime específico pertinente às obrigações do empreendedor privado. Não poderia, em outros termos, a ordem jurídica conferir uma obrigação a alguém, sem, concomitantemente,

⁴⁴¹ GRAUS, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 190.

prover os meios necessários para integral e satisfatório cumprimento dessa obrigação”⁴⁴².

Por outro lado, há de se ressaltar que no mesmo compasso das prerrogativas constitucionais de ordem econômica, que visam impulsionar a participação efetiva da classe empresarial junto ao setor econômico e financeiro, tão salientares quanto, estão explícitos os direitos sociais, os quais buscam a proteção aos direitos fundamentais dos que laboram, e que, por sua importância, estão inseridos no cotidiano empresarial, mercedores de serem observados.

Em especial nos art. 6º e 7º, da Carta Magna em vigor, há explícita normatização dos princípios vinculados aos direitos dos trabalhadores, os quais são de importância para a classe operária, bem como para o setor empresarial, diante da contratualidade que se firma entre ambos, eis que, o respeito aos mesmos é condição precisa para o real desenvolvimento econômico. No tocante aos direitos sociais e os pertinentes aos preceitos econômicos, Paulo Bonavides⁴⁴³ enfatiza que:

(...) a Constituição define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa; estabelece objetivos fundamentais para a república como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, de último, em capítulo próprio, enuncia os direitos sociais, abrangendo genericamente a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados.

Diante do exposto, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 apresenta pressupostos jurídicos que visam regulamentar a atividade empresarial, eis que, tanto em seu art. 1º, no art. 5º, XIII, art. 6º a 11, quanto no art. 170, as garantias da livre iniciativa, dos valores sociais do trabalho, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, dentre outras, são necessárias para a exploração da atividade econômica, constituindo em

⁴⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26.

⁴⁴³ BONAVIDES, 2011, op. cit., p. 374.

prerrogativas constitucionais que determinam as diretrizes para o desenvolvimento do setor.

3. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS INERENTES AO RAMO EMPRESARIAL

Dentre os princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988 pertinentes ao setor das empresas, tem-se aquele designado como sendo de livre-iniciativa, o qual se refere à liberdade concedida pelo constituinte para que qualquer cidadão possa exercer profissão ou empreender atividade econômica, independentemente de autorização do Estado, desde que norteado pela legislação vigente, salvo hipóteses previstas em lei.

Trata-se de uma faculdade para que os entes privados ou qualquer cidadão possam contribuir e proporcionar o desenvolvimento econômico, social e político de toda a sociedade.

A liberdade inserida em tal princípio não significa a possibilidade de que cada cidadão possa fazer o que bem entender, mas sim, o de poder exercer atividade lítica, com as qualificações pertinentes, objetivando lucratividade, usufruindo de incentivos e benefícios, desde que a legislação específica seja respeitada, conforme esclarece Martins⁴⁴⁴:

O que interessa em termos de primeira acepção, é que, mesmo sob restrições legalmente estabelecidas, num regime de livre-iniciativa, é a partir do exercício da atividade profissional ou da atuação econômica que os indivíduos retiram sustento diário, adquirindo patrimônio capaz de garantir sua dignidade. [...] Os benefícios de um regime que garanta e verdadeiramente estimule a livre-iniciativa não se resume apenas à esfera individual. É que a sua dinâmica, pelas infindáveis transações e melhoria presumida de bem-estar em cada uma delas, acaba por gerar relevante riqueza social, uma vez que a livre-iniciativa em ação transforma parcela da propriedade estática em propriedade dinâmica.

Diante do sistema constitucional vigente, o qual explicita o princípio da livre-iniciativa, asseverando de outra forma o respeito à legislação vigente, o legislador ordinário estabeleceu mecanismos

⁴⁴⁴ MARTINS, Marcelo Guerra. **Tributação, propriedade e igualdade fiscal: sob elementos de Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 166.

que visam à coibição de práticas empresariais contrárias à ordem econômica e à livre-concorrência, conforme se verifica no art. 173, § 4º, da Carga Magna.

Para o fomento da economia, através da produção, circulação de bens e serviços, e para o desenvolvimento da atividade empresarial, há necessidade de um regime econômico de livre-iniciativa e livre-concorrência.

As garantias de liberdade ofertadas aos empresários devem ser exercidas sem lesar interesses individuais ou coletivos, a fim de que a justiça social e o bem-estar coletivo sejam respeitados.

Para a livre iniciativa, o Estado participa como órgão fiscalizador, incentivador e de planejamento, eis que a liberdade da atividade econômica é concedida ao setor privado.

Neste contexto, “a livre concorrência, oriunda da atuação profissional, é a liberdade dada aos empresários para exercerem suas atividades segundo seus interesses, limitados somente pelas leis econômicas, porém norteados pelo princípio da boa-fé objetiva. Trata-se da opção de uma forma de competição (leal e lícita) com os demais fatores econômicos dos que exercem a mesma atividade de mercado”⁴⁴⁵.

Contribuindo para análise em questão, Viviane Séllos e Paulo Ricardo Opuszka⁴⁴⁶, elucidam que:

Em um mercado em que há concorrência entre os produtores de bem ou serviço, os preços praticados tendem a se manter nos menores níveis possíveis e as empresas devem constantemente buscar formas de se tornarem mais eficientes, a fim de aumentarem seus lucros. Na medida em que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação dos preços que beneficia o consumidor. Assim, a livre concorrência garante, de um lado, os menores preços para os consumidores e, de outro, o estímulo à criatividade e inovação das empresas.

⁴⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 8. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

⁴⁴⁶ OPUSZKA, Paulo Ricardo; SÉLLOS, Viviane. Reflexões sobre fundamentos econômicos do direito para uma contribuição ao estudo de direito econômico e direito empresarial. In OPUSZKA, Paulo Ricardo; SÉLLOS, Viviane (Coords.). **Fundamentos econômicos do direito empresarial e impactos sociais: uma questão de cidadania empresarial**. Rio de Janeiro: Classica, 2012, p. 28. ibooks.

As normas que incentivam a livre-concorrência, em especial através da liberdade dos agentes econômicos, estratégias de publicidade, ofertas especiais, circulação de capitais e pagamentos, por outro lado, proíbem e sancionam a concorrência desleal, conforme exposto anteriormente, buscando a conservação da boa-fé objetiva no ramo empresarial.

Tamanha a importância da boa-fé nas atividades empresariais que deixam de ter tanta relevância as disposições contratuais escritas, na medida em que se gerou maior severidade às obrigações e deveres de conduta próprios à formação, bem como estabeleceu-se um amplo rol e seguro critério de determinação e reconhecimento das chamadas cláusulas abusivas. “Uma das consequências principais desta situação foi a revisão dos chamados princípios contratuais. Assim, atualmente, estão neste patamar a autonomia privada, a justiça contratual e a boa-fé objetiva”⁴⁴⁷.

A autonomia privada está representada na liberdade concedida ao setor privado, visando à garantia da justiça social, enquanto que a boa-fé objetiva acaba se interligando com a responsabilidade assumida através das atividades empresariais.

Com relação aos princípios ora abordados, tanto da livre iniciativa, quanto da livre concorrência, tem-se que “as relações empresariais sofrerão grande influência do princípio da boa-fé objetiva. Não há motivos, porém, para preocupações, pois a aplicação de tal princípio é mera concretização no âmbito infraconstitucional dos parâmetros descritos nos arts. 1º, 3º e 170 da Carta Magna”⁴⁴⁸

Tendo a lucratividade como um dos objetivos primordiais do setor empresarial e em função do atual cenário econômico, o direito da propriedade está insculpido na Carta Magna em seu art. 5º, XXII.

O termo propriedade pode ser empregado em suas diversas acepções conforme preceitua Pontes de Miranda⁴⁴⁹:

Em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desborda do direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em

⁴⁴⁷ POPP, Carlyle et al. **Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 23.

⁴⁴⁸ POPP, 2008, loc. cit.

⁴⁴⁹ MIRANDA, 1955 apud MARTINS, p.157.

virtude de ter incidido regra de direito das coisas (cc. Arts. 485, 524 e 862). Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só o domínio. O primeiro sentido é o de propriedade, no art. 141, § 16, da Constituição de 1946.

Inclusive, quanto à harmonia social, o direito de propriedade resguarda a importância da participação do setor privado, Martins⁴⁵⁰ esclarece que:

Fatores sociais como segurança jurídica (quanto à imutabilidade do pacto), exequibilidade (execução forçada em caso de inadimplemento), ambos englobados no conceito de propriedade aqui tratado, e previsibilidade (elemento ligado ao risco do negócio) devem ser considerados – e fortemente albergado – pelo sistema normativo sob pena de gerar desestímulo aos agentes econômicos pelo aumento dos custos de transação.

A propriedade empresarial apresenta como função social a busca pela organização de produção e circulação de bens e serviço, proporcionando a redução das desigualdades sociais, tanto no tocante ao direito do consumidor, como nas relações de trabalho existentes para tais fins, e ainda nos setores médicos, de ensino, previdência, meio ambiente, dentre outros. Conforme esclarece Maria Helena Diniz⁴⁵¹:

A empresa, portanto, é o núcleo convergente de vários interesses, que realçam sua importância econômico-social, como: *lucro* do empresário e da sociedade empresária que assegura a sua sobrevivência e a melhora de salários e enseja a criação de novos empregos e a formação de mão de obra qualificada; *salário* do trabalhador, permitindo sua sobrevivência e de sua família; *tributos*, possibilitando a consecução das finalidades do poder público e a manutenção do Estado.

Em um setor economicamente organizado, a empresa tem como objetivos primordiais o lucro, a geração de empregos e o

⁴⁵⁰ Ibid., p. 164.

⁴⁵¹ DINIZ, 2011, p. 47.

recolhimento de impostos, diante do direito de propriedade que adquiriu e a função social que realiza, todos constituídos através da efetividade de contratos firmados.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88), ao expressar os princípios basilares de todo o ordenamento jurídico, em seu art. 1º, efetivou fundamentos de suma importância para toda sociedade, tais como da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Ressalta-se da mesma forma que, construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como garantir o desenvolvimento nacional, a fim de promover o bem de todos, são objetivos da República Federativa do Brasil, conforme insculpido no art. 3º, da CRFB/88.

Portanto, ao mesmo tempo que ao ramo empresarial se impõe a observação dos preceitos constitucionais, em especial os direitos trabalhistas, é-lhe assegurada a condição de livre-administração, desde que através de condutas investidas de boa-fé e ética profissional.

Desta forma, é do empresário a faculdade de escolher o ramo que deseja empreender, os maquinários que serão necessários, bem como os critérios que devem ser observados para contratação de seus empregados.

Para o fomento da economia, através da produção, circulação de bens e serviços, e para o desenvolvimento da atividade empresarial, há necessidade de um regime econômico de livre-iniciativa e livre-concorrência.

As garantias de liberdade ofertadas aos empresários devem ser exercidas sem lesar interesses individuais ou coletivos, a fim de que a justiça social e o bem-estar coletivo sejam respeitados.

Diante de todo o exposto, em especial da análise dos princípios constitucionais vinculados ao ramo empresarial, principalmente o da livre-iniciativa e o da livre-concorrência, verifica-se que apesar dos aspectos intervencionistas do Estado, tais normas estão vinculadas intimamente com o capitalismo, porém, respeitadas as premissas sociais na Carta Magna elencadas, a fim de que a justiça social possa ser atingida e a sustentabilidade empresarial assegurada.

4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA INCIDÊNCIA DOS TRIBUTOS

Inseridos nos pilares de sustentabilidade do meio empresarial, diante das premissas constitucionais inerentes a esse setor, a incidência dos tributos se faz necessária, e a não observação de tal circunstância, avassaladora para questões pertinentes à sobrevivência e continuidade das atividades destinadas, razão pela qual a conscientização das responsabilidades tributárias, e as razões para tanto, são de suma importância para toda sociedade.

Ao se reportar ao sistema tributário brasileiro Demetrius Nichele Macei⁴⁵² enfatiza que “o sistema tributário brasileiro, antes de tudo, inserido num subsistema constitucional, seria então a unidade de normas que versam sobre matéria tributária, ordenada e interpretada segundo determinados princípios constitucionais que lhe são próprios e outros, de ordem constitucional plena”.

Um dos aspectos a ser destacados se refere ao princípio da legalidade, uma vez que, diante do texto estabelecido nos art. 5º, II, e 150, I, da CF/88, representa a instituição constitucional através da qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, sendo vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Diante dos mitos e superstições na interpretação das leis tributárias, Alfredo Augusto Becker⁴⁵³ elucida que:

Modernamente, para a tranquilidade de todos, chegou-se à conclusão, tão verdadeira quanto simples, que as leis tributárias são regras jurídicas com estrutura lógica e a atuação dinâmica idêntica às das demais regras jurídicas e, portanto, interpretam-se como qualquer outra lei, admitem todos os métodos de interpretação jurídica e não existe qualquer peculiar princípio de interpretação das leis tributárias.

⁴⁵²MACEI, Demetrius Nichele. **A verdade material no direito tributário: a cidadania fiscal administrativa e judicial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 87.

⁴⁵³BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 117.

Em consonância com o texto constitucional, tem-se o art. 97 do Código Tributário Nacional, enfatizando que somente por lei poderá haver a instituição ou extinção, majoração ou redução, bem como todos os outros elementos definidores de qualquer tributo.

Pelo exposto através das regras normatizadas, vislumbra-se que o texto constitucional foi preciso ao elucidar que somente através de uma lei adequada, efetivamente, o tributo poderá ser exigido dos contribuintes.

Neste sentido, têm-se os ensinamentos de Roque Antonio Carrazza⁴⁵⁴, afirmando que:

No campo tributário, o princípio da legalidade, “trata de garantir essencialmente a exigência de auto-imposição, isto é, que sejam os próprios cidadãos, por meio de seus representantes, que determinem a repartição da carga tributária e, em consequência, os tributos que, de cada um deles, podem ser exigidos”. Assim, o patrimônio dos contribuintes só pode ser atingido nos casos e modos previstos na lei, que deve ser geral, abstrata, igual para todos (art. 5º, I e art. 150, II, ambos da CF), irretroativa (art. 150, III, “a”, da CF), não-confiscatória (art. 150, IV, da CF) etc. o tributo, pois, deve nascer da lei (editada, por óbvio, pela pessoa política competente). Tal lei deve conter todos os elementos e supostos da norma jurídica tributária (hipótese de incidência do tributo, seus sujeitos ativo e passivo e suas bases de cálculo e alíquotas), não se discutindo, de forma alguma, a delegação, ao poder executivo, da faculdade de defini-los, ainda que em parte. Remarcamos ser de exclusividade da lei, não só a determinação da hipótese de incidência do tributo, como também, de seus elementos quantitativos (base de cálculo e alíquota).

Consequentemente, cabe ao Legislador Constitucional dispor sobre a competência do poder de tributar, porém, não poderá exercê-lo diretamente, e desta forma pretender alterar alíquotas, prazo de vigência, incidência e destinação, sem lei que assim estabeleça.

Têm-se os comentários de Paulo de Barros Carvalho⁴⁵⁵ a respeito do princípio em análise, esclarecendo que:

Sabemos da existência genérica do princípio da legalidade, acolhido no mandamento do art. 5º, II, da Constituição. Para o direito tributário,

⁴⁵⁴ CARRAZZA, 2012, p. 268/269.

⁴⁵⁵ CARVALHO, 2011, p.208.

contudo, aquele imperativo ganha feição de maior severidade, como se nota da redação do art. 150, I: *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributos sem lei que o estabeleça.* Em outras palavras, qualquer das pessoas políticas de direito constitucional interno somente poderá instituir tributos, isto é, descrever a regra-matriz de incidência, ou aumentar os existentes, majorando a base de cálculo ou a alíquota, mediante expedição de lei.

No entendimento de Hugo de Brito Machado⁴⁵⁶, “o tributo criado por lei só por lei pode ser aumentado. Nem seria necessário que a Constituição fosse explícita no pertinente ao aumento, aumentar o tributo é modificar a lei que o criou, e uma lei só por outra pode ser modificada”. Comentando a este respeito, Gabriel Lacerda Troianelli⁴⁵⁷ argumenta que:

Admitir que o Legislador Constituinte possa dispor, diretamente, sobre alíquotas ou sobre a incidência de certo tributo parece somente possível no caso em que, por força da promulgação de uma nova Constituição, a necessidade de uma transição harmônica entre o velho e o novo sistema tributário justifiquem que o próprio Legislador Constituinte originário, que tudo pode, disponha, transitoriamente e em termos concretos, sobre determinado tributo, como ocorreu no art. 56 do ADCT, a respeito do fim social. Não se tendo dado tal hipótese, não pode o Legislador Constituinte derivado pretender, sem que se viole o princípio da reserva absoluta da lei formal inscrito no inciso I do art. 150, cláusula pétrea da Constituição, “prorrogar” tributo e aumentar alíquota, independente de posterior ato normativo infraconstitucional – no caso, a lei ordinária – próprio para instituir ou majorar tributo.

Análise oportuna ao princípio da legalidade, enfatizando a outorga de poderes através das premissas constitucionais para criação de tributos, é de Anis Kfour Jr., ao ilustrar que “vale observar que a Constituição não cria tributos, mas penas outorga poderes para que o respectivo ente (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possa editar leis exercendo a competência recebida (...)”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89.

⁴⁵⁷ TROIANELLI, Gabriel Lacerda. A CPMF e a emenda constitucional nº 21/99. p. 30.

⁴⁵⁸ KFOURI JR., Anis. **Curso de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 160.

Portanto, é certo que a lei é uma fonte da obrigação tributária, a qual resulta em sua incidência, porém, não por força de acordo de vontades, mas sim, por tratar-se de uma obrigação *ex lege*, devendo ser, portanto, respeitado o princípio da legalidade para que um tributo possa ser cobrado, e as premissas constitucionais observadas.

Em consonância com a obrigatoriedade de lei para exigência de contribuição tributária, tem-se o princípio da anterioridade que se reporta ao fato de que somente será permitido cobrar tributos, instituídos ou majorados, por lei, e no ano seguinte ao da publicação daquela que o inseriu no ordenamento jurídico, para os impostos, e o lapso temporal da noventena para contribuições.

O art. 150, III, *b* da Constituição Federal de 1988, determina que sem prejuízo garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado tanto a União, aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios, cobrar tributos, no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os tenha instituído, ou aumentado, no ordenamento jurídico.

O princípio da anterioridade encontra-se expressamente determinado nos art. 150, III, *b* e *c*, 150, § 1º, e 195, § 6º, da Constituição Brasileira em vigor.

Não há de se confundir o princípio da anterioridade, com o princípio da anuidade tributária, segundo o qual não poderá ser cobrado tributo, em cada exercício, sem prévia autorização orçamentária. A Constituição Brasileira de 1946 elencava em seu art. 141, § 34, segunda parte, o princípio da anuidade tributária, norma não veiculada na atual Carta Constitucional, bem como ocorreu na anterior, passando a estabelecer o princípio da anterioridade.

Ao analisar o princípio da anterioridade e sua aplicação efetiva, Roque Antonio Carrazza⁴⁵⁹ esclarece que:

(...) não basta, pois, que o ato administrativo de lançamento e a arrecadação se dêem no exercício seguinte ao da instituição ou majoração do tributo para que se considere obedecido o princípio da anterioridade. Para que isso aconteça, é mister, ainda, que o tributo só nasça (ou só nasça majorado) no exercício seguinte ao de sua instituição (ou de seu aumento).

⁴⁵⁹ CARRAZZA, 2011, p. 205.

Em continuidade às suas considerações a respeito do princípio em destaque, Roque Antonio Carrazza⁴⁶⁰ enfatiza que “portanto, o princípio da anterioridade só é obedecido *se e enquanto* for aceito que o *fato imponível* deve necessariamente ocorrer a partir do exercício seguinte àquele em que o tributo foi criado ou majorado”.

Conforme esclarece Paulo de Barros Carvalho⁴⁶¹, no tocante aos critérios admitidos para os fins de excepcionalidade do princípio, tem-se que:

Excetua-se dessa regra apenas as situações expressamente indicadas no Texto Constitucional, em seu art. 150, § 1º (II, IE, IPI, IOF e imposto extraordinário), além do empréstimo compulsório criado nas hipóteses de calamidade pública ou guerra externa (art. 148, I). Diversa também é a anterioridade das contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social, arroladas no art. 195 da Constituição da República, as quais podem ser exigidas depois de decorridos noventa dias da data da publicação que as houver instituído ou aumentado, independentemente de tratar-se de novo exercício financeiro.

Diante de tal dispositivo, somente será possível a instituição ou o aumento de um tributo desde que no exercício financeiro seguinte e depois de transcorrido mais de noventa dias da publicação da lei respectiva.

Após análise da conjugação do princípio da anterioridade com o da noventena, Paulo de Barros Carvalho⁴⁶² elenca ainda a existência de quatro regimes para a vigência das leis que instituem ou aumentam tributos, senão vejamos:

(i) a regra geral é a aplicação cumulada desses dois princípios; (ii) em se tratando de empréstimos compulsórios motivados por calamidade pública ou guerra externa, imposto de importação, imposto de exportação, imposto sobre operação de crédito, cambio e seguro, ou relativas a títulos ou valores imobiliários, e impostos extraordinários, não se aplica a anterioridade nem o prazo nonagesimal; (iii) o imposto sobre a renda e a fixação da base de cálculo dos impostos sobre a propriedade de veículos automotores e sobre a propriedade predial e

⁴⁶⁰ CARRAZZA, loc. cit.

⁴⁶¹ CARVALHO, 2011, p. 209.

⁴⁶² CARVALHO, 2011, p. 210.

territorial urbana sujeitam-se a anterioridade, mas estão excluídos da exigência da vacância legislativa por noventa dias; (iv) ao imposto sobre produto industrializado e às contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social, conquanto excepcionados da anterioridade, aplica-se a noventena.

No tocante ao poder de tributar, os entes responsáveis encontram, como regra geral, dois prazos específicos para cobrança de novo tributo ou majoração tributária, quais sejam, o primeiro dia do exercício seguinte e o prazo mínimo de noventa dias da publicação da lei que assim determinou, devendo ser observadas, ainda, as exceções constitucionalmente previstas.

Premissa constitucional de relevante importância se reporta ao princípio da igualdade, expresso no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que *todos são iguais perante a lei*, imposição que busca nivelar os cidadãos, mas também que o próprio legislador respeite a isonomia, dispensando tratamento equitativamente àqueles que sejam atingidos pela lei, conforme ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶³:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargos, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que assistem a outras, por abrigadas e diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.

Desta forma, tanto a legalidade, como a igualdade entre as partes, devem ser inseridas nas atividades públicas, em que pese a discricionariedade da administração, como também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser observados, visando à satisfação e concretização do interesse público.

⁴⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 12.

O princípio da igualdade, no tocante ao Direito Tributário, refere-se à justiça distributiva em matéria fiscal, de modo a ser o mais justo possível.

Dentro deste contexto, o art. 150, II, da Constituição, proíbe o tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, bem como o art. 5º, *caput*, do mesmo diploma legal, estabelece que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a inviolabilidade do direito à igualdade.

Em conformidade com os artigos acima, tem-se o art. 145, § 1º, da norma constitucional, onde se relata o princípio da capacidade econômica do contribuinte, estabelecendo que ao ser instituído um tributo, deve este princípio ser respeitado.

Com relação aos princípios acima, o doutrinador Hugo de Brito Machado⁴⁶⁴ expõe que:

O princípio da igualdade é a projeção, na área tributária, do princípio geral da isonomia jurídica, ou princípio pelo qual todos são iguais perante a lei. Apresenta-se aqui como garantia de tratamento uniforme, pela entidade tributante, de quantos se encontrem em condições iguais. Como manifestação desse princípio temos, em nossa Constituição, a regra da uniformidade dos tributos federais em todo o território nacional. Não fere o princípio da igualdade, antes o realiza com absoluta adequação, o imposto progressivo. Realmente, aquele que tem maior capacidade contributiva deve pagar imposto maior, pois só assim estará sendo igualmente tributado. A igualdade consiste, no caso, na proporcionalidade da incidência à capacidade contributiva, em função da utilidade marginal da riqueza.

Os princípios em questão se relacionam principalmente com a questão das necessidades de cada contribuinte, onde se exigirá tratamento igual para aqueles com iguais necessidades, ou de mesma situação social, origem, raça etc.

Contribuindo para o estudo a respeito do princípio em questão, Anis Kfourir Jr.⁴⁶⁵ elucida os aspectos pertinentes aos princípios em destaque ao especificar que:

⁴⁶⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 43.

⁴⁶⁵ KFOURI JR., 2012, p. 162.

Portanto, igualdade não é tratar a todos de forma igual, mas igualar os desiguais a ponto de que possam de fato ser comparáveis, valendo mencionar novamente Rui Barbosa que registrava que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desigualdade com igualdade, seria desigualmente flagrante e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir a todos, como se todos equivalessem”.

Desta forma, os contribuintes de uma mesma categoria devem ser tratados da mesma maneira e mesmo modo, independentemente de suas necessidades ou situação financeira.

O princípio da igualdade, no tocante ao Direito Tributário, refere-se à justiça distributiva em matéria fiscal, de modo a ser o mais justo possível.

O sobreprincípio da igualdade, como é chamado por Paulo de Barros Carvalho⁴⁶⁶ “está contido na formulação expressa do art. 5^a, *caput*, da Constituição e reflete uma tendência axiológica de extraordinária importância”.

O citado artigo expressa que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Desta forma, quanto ao princípio da igualdade, estabelecendo uma imposição que busca nivelar os cidadãos, assim como o respeito à isonomia de condições, dispensando tratamento equitativamente àqueles que sejam atingidos pela lei.

O art. 5^o, da Constituição Federal de 1988 se destina, em especial, ao próprio legislador, visto que é o responsável pelas normas dotadas de juridicidade.

Dentro deste contexto, o art. 150, II, da Constituição, proíbe o tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, conforme expressa Paulo de Barros Carvalho⁴⁶⁷:

⁴⁶⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, Noeses, 2011, p. 282.

⁴⁶⁷ *Ibid*, p. 283.

O intuito é garantir a tributação justa (sobrevalor). Isso não significa, contudo, que todos os contribuintes devam receber tratamento tributário igual, mas, sim, que as pessoas, físicas ou jurídicas, encontrando-se em situações econômicas idênticas, ficarão submetidas ao mesmo regime jurídico, com as particularidades que lhe forem próprias.

O próprio legislador deverá estabelecer, em cada tributo, os critérios para a distinção entre os sujeitos passivos, a fim de se resguardar a equivalência para cada situação e fatos com incidência tributária.

Ponderando a respeito do princípio da igualdade, Alfredo Augusto Becker⁴⁶⁸, esclarece que:

O princípio da igualdade confere o equilíbrio unificador à unidade atômica estatal porque cada indivíduo, situado no polo negativo da relação constitucional do Estado, contribuirá para o feixe de deveres centrípetos (*IR*), na proporção de sua capacidade de agir para o bem comum (capacidade contributiva). Do outro lado, cada indivíduo, situado no pólo positivo da relação constitucional, receberá o feixe de direitos centrífugos (*VIR*) na proporção de sua *necessidade* de bem comum.

O princípio da igualdade se reporta ao tratamento de iguais condições para os contribuintes que assim se encontrarem, razão pela qual, aos de maior capacidade a aplicabilidade tributaria será diferente dos de menor capacidade contributiva, ponderando-se a equivalência de situações tributário-financeiras.

No tocante ao princípio da capacidade contributiva, há de se evidenciar o fato de que cada contribuinte deve arcar com os ônus tributários em face de sua real possibilidade econômica de contribuir, tanto que, Alfredo Augusto Becker⁴⁶⁹ esclarece que “esse princípio se origina, em suas linhas essenciais, do ideal de justiça distributiva formulado pelos filósofos gregos e reaparece na filosofia escolástica, quando recompõe o sistema aristotélico consoante aos princípios da teologia católica”.

⁴⁶⁸ BECKER, 2010, p. 210.

⁴⁶⁹ BECKER, 2010, p. 513.

Em consonância, esclarece Paulo de Barros Carvalho⁴⁷⁰ ao afirmar que:

Havemos de considerar que a expressão tem o condão de denotar dois momentos distintos no direito tributário. Realizar o princípio pré-jurídico da *capacidade contributiva absoluta ou objetiva* retrata a eleição, pela autoridade legislativa competente, de fatos que ostentem signos de riqueza. Esta é a capacidade contributiva que, de fato, realiza o princípio constitucionalmente previsto. Por outro lado, também é *capacidade contributiva* ora empregada em acepção relativa ou subjetiva, a repartição de percussão tributária, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento.

O art. 145, § 1º, da atual Constituição Brasileira, é preciso ao especificar que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte(...)”.

Em estudos realizados a respeito do citado artigo da Constituição Brasileira em vigor, inicialmente Hugo de Brito Machado enfatiza que “ao nosso ver o princípio da capacidade contributiva, ou capacidade econômica, diz respeito aos tributos em geral e não apenas aos impostos, embora apenas em relação a este esteja expressamente positivado na Constituição”⁴⁷¹.

Colaborando para com os esclarecimentos quanto a capacidade contributiva, Demetrius Nichele Macei⁴⁷² enfatiza que “o desdobramento referido é mencionado em razão de que o critério de “desigualação”, ou seja, a possibilidade do legislador discriminar os contribuintes está relacionada com a riqueza de cada um, pois o tributo visa a retirar recursos do contribuinte para manter as finanças públicas. Assim, pagarão todos os que tenham riqueza”.

A respeito do princípio em análise, Roque Antonio Carrazza⁴⁷³ esclarece aspectos de suma importância ao afirmar que:

⁴⁷⁰ CARVALHO, 2011, p. 216.

⁴⁷¹ MACHADO, 2010, p. 45.

⁴⁷² MACEI, Demetrius Nichele. **Tributação & ato cooperativo: o adequado tratamento tributário do ato cooperativo**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 90.

⁴⁷³ CARRAZZA, 2011, p. 96.

O princípio da capacidade contributiva informa a tributação por meio de impostos. Intimamente ligado ao princípio da igualdade, é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada *Justiça Fiscal*. Importante destacar que o legislador tem o dever, enquanto descreve a norma jurídica instituidora dos impostos, não só de escolher fatos que exibam conteúdo econômico, como atentar para desigualdades próprias das diferentes categorias de contribuintes, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas.

Por outro lado, há de se distinguir o fator da *progressividade* com o da *proporcionalidade*, eis que a situação econômica dos contribuintes deve ser considerada, a fim de que seja evitado o pagamento daqueles mais fracos economicamente em conformidade com os mais fortes.

Portanto, “agora, verifica-se que, no outro pólo desta relação de capacidade contributiva, não se situa a totalidade da riqueza do contribuinte, mas exclusivamente *um fato-signo presuntivo* de sua renda ou capital”⁴⁷⁴.

O art. 145, § 1º, da atual Constituição Brasileira, é preciso ao especificar que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)”.

Em consonância, a segurança jurídica está adstrita ao princípio da legalidade e da anterioridade, e é um dos princípios do estado democrático de direito que qualifica a República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, da CF/88.

Diante do fato de que os entes políticos enunciados na atual Constituição Federal podem instituir tributos, é que o princípio em análise se torna indispensável, a fim de evitar o arbítrio por parte daqueles, bem como a surpresa com desagradáveis e repentinas imposições tributárias.

O princípio da segurança jurídica deve ser respeitado pelo Governo, quando este resolve instituir um tributo, uma vez que o contribuinte tem o direito de garantir segurança em suas relações jurídicas, em seus planejamentos, bem como no momento em que for se adaptar a uma nova ou renovada cobrança.

⁴⁷⁴ BECKER, 2010, p. 532.

Para compreender de melhor forma o princípio em questão, tem-se os entendimentos do ilustre doutrinador Paulo de Barros Carvalho⁴⁷⁵:

Não há por que confundir a certeza do direito naquela concepção de índole sintática, com o cânone da segurança jurídica. Aquele é atributo essencial, sem o que não se produz enunciado normativo com sentido deontico; este último é decorrência de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quantos aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumado, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas, motivo por que dissemos que o princípio depende de fatores sistêmicos. Quanto ao passado, exige-se um único postulado: o da irretroatividade, que mais adiante será objeto de nossas reflexões. No que aponta para o futuro, muitos são os expedientes principiológicos necessários para que se possa falar na efetividade do primado da segurança jurídica.

Neste sentido, o doutrinador Roque Antonio Carrazza⁴⁷⁶ comenta que “portanto, o princípio da segurança jurídica, com seu corolário de proteção da confiança, submete o exercício do poder ao Direito, fazendo com que as pessoas possam prever, com relativa certeza, as consequências que advirão das situações jurídicas a que derem causa”.

Diante dos direitos e obrigações, custos e riscos para com a tributação aplicada pelo Estado aos contribuintes, Heleno Taveira Torres⁴⁷⁷ esclarece que:

A segurança jurídica e a observância da confiança legítima devem ser permanentemente empregadas no curso da manutenção e controles dos incentivos fiscais, de modo a garantir o cumprimento das

⁴⁷⁵ CARVALHO, 2011, p.199/200.

⁴⁷⁶ CARRAZZA, 2011, p. 457.

⁴⁷⁷ TORRES, op. cit., p. 623.

finalidades constitucionais, mas sob estrita preservação da igualdade, da não discriminação e da certeza quanto a aos direitos e deveres recíprocos, entre Estado e contribuinte.

Com a inobservância de normas instituídas por leis, estar-se-á afrontando o princípio constitucional da segurança jurídica, eis que a sociedade não pode ser surpreendida por obrigações não decorrentes de leis regularmente elaboradas e em consonância com o sistema jurídico.

Portanto, os princípios constitucionais tributários devem ser respeitados e efetivamente observados pelos órgãos responsáveis pela instituição, fiscalização e cobrança tributária, para que, diante da arrecadação oriunda das atividades empresariais, em especial nas relações de emprego, os fins sejam atingidos com a contribuição para o desenvolvimento social, econômico e financeiro, sem que haja vício de inconstitucionalidades ou meios de ilegalidades.

5. A CONSOLIDAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS ORIUNDOS DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS

Diante dos princípios empresariais, das determinações constitucionais, das normas legais e das responsabilidades advindas das atividades desenvolvidas, em especial as de cunho trabalhista e tributárias elencadas anteriormente, bem como, diante das transformações ocorridas em nossa sociedade, os contratos vinculados pelo setor deixaram de ser intimamente influenciados somente pelo dogma da autonomia da vontade, passando a ser regido igualmente, pela função social, a qual funcionaliza o princípio da relatividade dos vínculos assumidos.

Portanto, no tocante à análise da liberdade de contratar, Gerson Luiz Carlos Branco⁴⁷⁸ ressalta que:

A concepção filosófica de liberdade, que foi constituída a partir do pensamento de Grotius e que baseou a elaboração do conceito de

⁴⁷⁸ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 229.

contrato, não está relacionada á existência de limites de ação, mas à liberdade da razão. Os atos de autonomia resultam em obrigações e não em liberdade. Miguel Reale afirma que a liberdade, se pudesse ser representada graficamente, seria composta por duas coordenadas (liberdade pública e liberdade privada), “coordenadas essas que se cruzam no ponto em que se situa o valor central da ‘pessoa humana’, sendo impossível sem elas determinar qualquer das garantias devidas aos indivíduos e aos grupos.

Desta forma, o contrato passa a ser um instrumento de circulação de riquezas, de vontades, de direitos, deveres e obrigações, que afeta, influencia e vincula não somente as partes pactuantes, mas principalmente toda a sociedade ao seu redor, e todas as pessoas estranhas ao pacto, mesmo aquelas tidas como terceiras.

Em razão das transformações sociais ocorridas nos últimos momentos históricos, houve a intervenção do Estado na economia, que progressivamente deixou de ser mero expectador do abuso gerado pelo excesso de liberdade, passando a atuar nessas relações entre particulares, em especial, visando ao resguardo das normas constitucionais, no intuito de reduzir as disparidades entre as diferentes classes da sociedade.

Um dos instrumentos criados para coibir essa disparidade foi a nova funcionalidade do contrato, que passou a estar intimamente ligado a sua função social desempenhada, visto que, o desenvolvimento tecnológico impulsionou o crescimento das relações econômicas e dos meios de geração de riquezas, gerando uma quantidade crescente de consumo na sociedade, instituindo-se regras para a proteção dos indivíduos participantes dessas relações, buscando-se evitar os possíveis abusos que poderiam vir a ser praticados pelos economicamente mais fortes.

Diante das discussões envolvendo a função social do contrato, Oliveira e Silva⁴⁷⁹ destacam que:

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, Francisco Cardozo; SILVA, Ligia Neves. Possibilidade de uma análise econômica do princípio da função social do contrato: trocas, acesso às posições proprietárias e ao trabalho. **Direitos fundamentais e justiça**. Porto Alegre, ano 5. n. 16, p. 182, jul/set. 2011.

A construção dogmática contemporânea se divide entre os que defendem uma perspectiva de mensuração da função social do contrato, no contexto de critérios de eficiência econômica e de funcionalidade dos mercados, e os que sustentam que a função social do contrato não se subordina a simples imperativos de eficiência econômica estando relacionada a finalidade de justiça social e solidarismo.

Sendo assim, a funcionalização do princípio da relatividade dos contratos e aos efeitos das relações contratuais perante terceiros passaram a assumir papel significativo para a o crescimento econômico.

Ao se visualizar acordos de vontade, que resultam ou não em uma obrigação e contrato, todas as relações possuidoras de força obrigatória, presumidas e reconhecidas no direito civil, e os pactos comuns, que não eram revistos pelo direito civil, portanto, não possuíam força e amparo de uma ação, devem ser amparados pelo ordenamento jurídico, a fim de que sua efetividade possa ser atingida.

Há de se ressaltar que o princípio da função social dos contratos está previsto no artigo 421 do Código Civil de 2002, faz parte da nova doutrina contratual, instituindo a visão de que nessa nova teoria dos contratos o paradigma liberal clássico deve ser enfatizado.

Conforme o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁸⁰, o art. 421 do atual Código Civil, realizando uma comparação entre o princípio da autonomia da vontade e o da função social do contrato, destaca que:

No Código Civil de 2002 a função social surge relacionada à “liberdade de contratar”, como seu limite fundamental. A liberdade de contratar, ou autonomia privada, consistiu na expressão mais aguda do individualismo jurídico, entendida por muitos como o toque de especificidade do direito privado. São dois princípios antagônicos que exigem aplicação harmônica. No Código a função social não é simples limite externo ou negativo, mas limite positivo, além de determinação do conteúdo da liberdade de contratar. Esse é o sentido que decorre dos termos “exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

⁴⁸⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. A teoria do contrato e o novo Código Civil. Recife: Nossa Livraria, 2003. p.15.

Nos dias atuais, um contrato pode gerar mudanças significativas a um grupo de pessoas e toda uma cidade ou de um país, modificando para o bem ou para o mal, a vida de uma sociedade. Assim, o contrato não tem somente significância para as partes que o pactuam, mas também uma significativa importância para a sociedade. Dessa forma, a sociedade passa a impor limites para essa pactuação.

O princípio da função social do contrato sempre esteve presente na Constituição Federal de 1988, seja do art. 1º, III - dignidade da pessoa humana, do art. 5º, XXIII – função social da propriedade, art. 182 e 186 - função social da propriedade urbana e rural e art. 170 – princípios da ordem econômica, e no tocante ao ramo empresarial, ainda se ressalta novamente aqueles mencionados no item anterior.

O princípio da função social do contrato apresenta como pilar a Constituição Federal de 1988, tendo seu fundamento no princípio da solidariedade e na afirmação do valor social da livre-iniciativa.

Por conseguinte, a ordem econômica encontra respaldo em especial no Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, da Constituição Federal de 1988, que implanta normas de regulamentação para todo o setor financeiro, em especial para o ramo empresarial e seus seguimentos, visto que o já mencionado art. 170 assim estabelece.

Diante da Constituição Federal de 1988 e seus pressupostos jurídicos que visam regulamentar a atividade empresarial, tais como o art. 1º, no art. 5º, XIII, art. 6º a 11, quanto no art. 170, as garantias da livre-iniciativa, dos valores sociais do trabalho, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, dentre outras, são necessárias para a exploração da atividade econômica.

Desta forma, o princípio da livre-iniciativa não admite negócio jurídico que implique abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A atribuição de função social ao contrato não vem impedir que as pessoas naturais ou jurídicas livremente o concluam, tendo em vista a realização dos mais diversos valores. O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da

coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento.

Evidenciando as normas constitucionais citadas anteriormente, salienta-se que com o advento do Código Civil, foi concretizada a ideia de que o contrato deve ser funcionalizado, elaborado e interpretado sempre de forma a não causar nenhum tipo de influência negativa no meio social e a terceiros. Exigindo-se que sejam respeitadas as situações jurídicas já constituídas, mesmo que tenham eficácia real, passando a ser aplicado este princípio a todo e qualquer contrato, mesmo aos celebrados após a vigência do Código Civil.

Porém, a interpretação de que a funcionalização da liberdade de contratar representa indevida restrição ao princípio, devem ser afastadas. Pois, de acordo com Pedro Oliveira da Costa⁴⁸¹:

É o próprio contrato que se impõe a terceiros, sujeitando-lhes aos seus efeitos ou condicionando-lhes a conduta, de forma que a restrição à autonomia contratual é apenas um, mas certamente não o único, dos efeitos do princípio da função social dos contratos.

Desta forma, o princípio da função social do contrato impede que sejam formalizados vínculos prejudiciais a terceiros ou a toda uma coletividade que foi prejudicada, mesmo não figurando como parte da relação contratual.

O princípio em comento possui como fundamento constitucional o princípio da solidariedade. Impondo que os contratantes e os terceiros devem colaborar, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas no próprio contrato, mesmo que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que sejam conhecidas pelas pessoas implicadas através do pacto. Portanto, segundo Roberta Mauro Silva⁴⁸²:

⁴⁸¹ COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos Para uma Visão Abrangente da Função Social dos Contratos (art. 421). In: TEPEDINO, Gustavo. Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil – Constitucional. São Paulo: Renovar, 2005. p. 58.

⁴⁸² SILVA, Roberta Mauro e. Relações Reais e Relações Obrigacionais: Propostas Para uma Nova Delimitação de suas Fronteiras. In: TEPEDINO, Gustavo. Obrigações: **Estudos na Perspectiva Civil – Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2005. p. 85

O princípio da função social do contrato acaba por romper com a tradicional relatividade das obrigações, impondo que terceiros respeitem o vínculo alheio, em prol da solidariedade social e impedindo a constituição de pactos que possam prejudicar pessoas determinadas ou a ordem social como um todo.

Desta forma, o ato de contratar é responsável por concretizar o direito de forma com que os contratantes devam ser coniventes com suas disposições e não agir isoladamente, alheios às mudanças sociais. Esse reconhecimento dos efeitos externos das obrigações advém principalmente do declínio da teoria da autonomia da vontade.

Conforme expõe Vera Helena de Mello Franco⁴⁸³, ao explicar a respeito do contrato como instrumento de vida econômica e instituto jurídico, tem-se que:

Com isto, o cumprimento do contrato é um elemento de utilidade satisfazendo não só aos contratantes, como a própria sociedade, posto manter as relações sociais a largo dos conflitos. Além de instrumento da vida econômica e daquela do Direito, o contrato é também um instituto jurídico, qualquer que seja o seu conteúdo ou disciplina.

Por outro lado, a função social influencia terceiros e a própria sociedade como um todo, caracterizando o sentido do perfil extrínseco da função social, e a verdadeira importância deste princípio.

Em face da importância representada pela observância no tocante à função social do contrato, Claudio Luiz Bueno de Godoy⁴⁸⁴ esclarece que:

No direito brasileiro, em que a situação fundamentalmente não se altera, já se advertiu que a assunção de uma sua função social significa que “a conformação clássica do contrato, individualista e voluntarista, cede lugar a um novo modelo deste instituto jurídico, voltado a obsequiar os valores e princípios constitucionais de dignidade e livre desenvolvimento da personalidade humana. Ainda mais, segundo

⁴⁸³ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2011, p. 38.

⁴⁸⁴ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 120.

Antônio Junqueira de Azevedo, a função social integra o contrato numa ordem social harmônica, solidarista, mercê do comando do art. 1º, IV, da Constituição Federal (princípio do solidarismo).

Dentro dos regramentos inseridos no ordenamento jurídico, a lei interna do contrato deve respeitar efetivamente o que restou negociado, com algumas exceções, como vem ao caso quanto às obrigações que estendem seus efeitos a terceiros, quando preconiza estipulações em favor de terceiro, observado nos art. 436 a 438 do novo Código Civil.

Portanto, o princípio da função social do contrato busca estabelecer no vínculo contratual a obrigatoriedade e a responsabilidade entre as partes contratantes, diante dos princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica, em especial a atividade empresarial, visando à preservação da equidade e boa-fé contratual, contribuindo tanto para o crescimento do setor econômico, quanto para o resguardo dos direitos sociais.

Em consonância com os preceitos pertinentes aos contratos findados nas atividades empresariais, há de se destacar a importância das efetivações contratuais vinculadas entre os empregadores e seus empregados, ou seja, através das relações de emprego.

Desta forma, vale destacar que com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, dentre as ponderações já ressaltadas, ainda há de se enfatizar, outras alterações, a competência da Justiça do Trabalho, a qual foi ampliada, agregando não só as problemáticas envolvidas nas relações de emprego, como também, aquelas oriundas das diversas discussões no âmbito das relações de trabalho.

Os direitos trabalhistas constitucionais, que de forma genérica se encontram insculpidos na Carga Magna de 1988, em especial nos art. 6º a 11º, com o gênero contratual assumido pelo ramo empresarial, merece melhores esclarecimentos, a fim de que expressões “relação de trabalho” e “relação de emprego” sejam identificadas em suas proporções, uma vez que com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho houve a evidência de tal distinção.

Nesse sentido, adverte Nascimento⁴⁸⁵, “o direito processual do trabalho adiantou-se ao direito material do trabalho com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que instituiu a reforma do Poder Judiciário, alterando a redação do art. 114 da Constituição Federal para ampliar a competência da Justiça do Trabalho, que passou a processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho”.

Em determinado momento legislativo, houve o questionamento quanto à continuidade da Justiça do Trabalho como sendo uma das ramificações autônomas e individualizadas do Poder Judiciário, e ao ampliar sua competência de apreciação dos litígios, estabeleceu a inclusão das relações trabalhista em sentido geral, conforme ressalta Nascimento⁴⁸⁶ “Quando a lei dispõe sobre *relação de trabalho*, quer se referir a *contrato de trabalho*. Faça-se a ressalva sobre a antiga discussão sobre o sentido das duas expressões: aquela uma visão objetivista do vínculo de emprego, esta uma postura contratualista”.

O que restou evidenciado, através da Emenda constitucional n. 45/2004, é que não somente a relação envolvida por empregados e empregadores, mas também, toda e qualquer forma de labor, conforme complementa Nascimento⁴⁸⁷ ao destacar que “não se controverte que relação de trabalho é um gênero, ou, em outras palavras, contrato de trabalho é um gênero, e não se confunde com relação de emprego ou contrato de emprego, que é uma modalidade – a mais importante – de contrato de trabalho”.

Consequentemente, tem-se que a relação de trabalho é o gênero da qual se tem a espécie relativa ao emprego, e que também abrange o contrato individual de trabalho, na categoria vinculadora entre empregado e empregador, sendo objeto do presente estudo.

Dentre algumas características envolvendo o contrato entre empregados e empregadores, tais como a não eventualidade, pessoalidade, onerosidade, subordinação, tem-se ainda a consensualidade que deve ser estabelecida entre as partes, ressalta-se que ninguém será obrigado a suportar uma contratação, em condições que não sejam de vontades mútuas.

⁴⁸⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 539.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 540.

⁴⁸⁷ NASCIMENTO, loc. cit.

O trabalho contratado pelo empregador representa um valor, o qual deve ser transmitido diretamente ao empregado, após os efetivos préstimos de serviços contratados, pois as partes ao se obrigarem entre si devem satisfazer as prestações recíprocas. Isso significa que é dever do empregado honrar com as atividades assumidas no contrato, e ao empregador, a garantia de todos os direitos devidos àquele.

Desta forma, pondera-se que ao empregador é ofertada a liberdade de contratar, de estabelecer as atividades e as normas para a efetividade do contrato firmado, porém é sua obrigação respeitar os direitos fundamentais de seus funcionários, e, conseqüentemente, fornecer um ambiente sadio e harmonioso, bem como as ferramentas necessárias para o bom desenvolvimento das funções e a garantia da remuneração acordada.

Por outro lado, é dever do empregado desenvolver as atividades contratadas com o desempenho necessário, evitando qualquer forma de prejuízo àquele ou a terceiros, dentro de seu horário de trabalho, nos dias estabelecidos, e respeitar o poder diretivo do empregador.

Ao estabelecer um vínculo de emprego, as partes devem observar os preceitos constitucionais e legais que estabelecem as formas necessárias para tal contratação, uma vez que a efetivação da relação entre empregado e empregador acaba por influenciar a economia nacional e a sustentabilidade social do ramo empresarial.

E conclui Nascimento⁴⁸⁸ que “o contrato de trabalho impõe-se tanto como uma necessidade subjetivista de afirmação da liberdade de trabalho como também de uma afirmação de justiça social sob cujos princípios deve-se enquadrar”.

Diante dos contratos individuais de trabalho firmados entre empregados e empregadores, da importância dos cumprimentos de deveres entre ambos, de respeito dos direitos recíprocos, do necessário ambiente sadio e harmonioso, é que se torna de suma importância à sobrevivência da empresa, sua preservação e a observância dos procedimentos aplicados aos princípios constitucionais tributários oriundos das atividades laborais, visto que a função social desenvolvida pelo setor empresarial é impulsionadora da atividade econômica, conforme já mencionado anteriormente.

⁴⁸⁸ NASCIMENTO, 2009, p. 546.

Por fim, utilizando o ideal de Comparato (2003, p. 552), “a chama da liberdade, da igualdade e da solidariedade haverá de iluminar e inflamar a Terra inteira”, a fim de que as premissas inerentes aos preceitos constitucionais vinculados ao setor empresarial possam contribuir para a efetiva função social da empresa e almejar a melhoria de condições econômicas e financeira para toda sociedade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme todos os preceitos constitucionais e legais, doutrinas e considerações a respeito das atividades envolvidas com o setor empresarial, em especial quanto ao âmbito tributário e trabalhista, cujos parâmetros foram anteriormente mencionados, as determinações neles inseridas devem ser por todos respeitadas, quer seja no tocante à obrigatoriedade de cumprimento por aqueles que se vinculam direta ou indiretamente, ou quanto àqueles imbuídos do poder de exigência dos mesmos.

Em razão dos aspectos tributários inerentes ao ramo empresarial, necessário se faz analisar os princípios constitucionais essenciais para a instituição, fiscalização e arrecadação dos percentuais devidos, e que, por vezes, são oriundos das relações de emprego, incluindo nessas circunstâncias as discussões pertinentes à exigência por parte da Justiça do Trabalho, visto ter deixado de ser mera identificadora do *quantum* devido, tendo competência para executar os valores que se fizerem necessários.

No tocante aos contratos firmados no meio empresarial, sua função social e a liberdade de contratação são princípios relacionados com todas as responsabilidades assumidas, tornando-se próprias e vinculantes, igualmente, ao ser efetivado entre empregado e empregador, eis que os direitos e obrigações se perfazem, determinando para cada qual as suas responsabilidades advindas. Aos empregadores é devido o cumprimento de direitos dos seus empregados, bem como, um ambiente sadio e harmonioso, em face das observações constitucionais existentes. Ao empregado é esperado o exercício de suas atividades, com o desempenho necessário, e imbuído de boa-fé, a fim de que não seja ocasionada qualquer forma de prejuízo, tanto ao seu empregador, quanto aos terceiros envolvidos na relação contratual.

A responsabilidade do empresário ao desenvolver com presteza as atividades para as quais foi contratado ou contratou, resulta, direta e indiretamente, no fiel cumprimento dos contratos assumidos com terceiros, fundamentados diante dos preceitos constitucionais.

Por conseguinte, faz-se necessária a conscientização de toda sociedade dos direitos e responsabilidades advindas das atividades empresariais, com base na legislação vigente, para se tornar eficaz a continuidade do respectivo setor e para contribuição e desenvolvimento econômico e financeiro do meio social.

Desta forma, com a adoção e respeito às normas constitucionais e legais citadas neste capítulo, visualiza-se a importância do cumprimento dos deveres advindos dos contratos firmados com o setor empresarial, vinculados às responsabilidades tributárias, quer sejam de ordem econômica ou social, visando à garantia da continuidade de suas atividades, em especial no que é pertinente às relações de emprego firmadas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2001.
- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n.º 20, de 9 de novembro de 1995. Dá nova redação ao art. 114 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>
Acesso em 01.jul.2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 209.

_____. **Direito tributário, linguagem e método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 8. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAUS, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

KNOPF HOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica dos crimes econômicos**. 218 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Curitiba, 2012.

KFOURI JR., Anis. **Curso de direito tributário**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios contratuais. A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

MACEI, Demetrius Nichele. **A verdade material no direito tributário: a cidadania fiscal administrativa e judicial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Tributação & ato cooperativo: o adequado tratamento tributário do ato cooperativo**. Curitiba: Juruá, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Impostos e Contribuições Federais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Tributação, propriedade e igualdade fiscal: sob elementos de Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Manual de direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 3. t. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado. Parte Geral**. T. I. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTE, Marisa. Rosa. **Mais**. Rio de Janeiro: EMI, 1991.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

POPP, Carlyle et al. **Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Do dano moral. **Revista LTr**. vol. 62, janeiro/98.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; SILVA, Ligia Neves. Possibilidade de uma análise econômica do princípio da função social do contrato: trocas, acesso às posições proprietárias e ao trabalho. **Direitos fundamentais e justiça**. Porto Alegre, ano 5. n. 16, jul/set. 2011.

OPUSZKA, Paulo Ricardo; SÉLLOS, Viviane (Coords.). **Fundamentos econômicos do direito empresarial e impactos sociais: uma questão de cidadania empresarial**. Rio de Janeiro: Classica, 2012. ibooks.

VILLATORE, Marco Antônio César; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa (Coords.). **CLT 70 anos de consolidação: uma reflexão econômica e jurídica**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; HASSON, Roland. **Estado & atividade econômica: o direito laboral em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2007.

WINTER, Luís Alexandre Carta. **Crise do modelo presidencialista n âmbito do mercosul**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

OS FUNDOS DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÕES COMO SOLUÇÃO DE MERCADO PARA A RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

CLÁUDIO RICARDO DORO ⁴⁸⁹

ELOETE CAMILLI OLIVEIRA ⁴⁹⁰

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em 2005, com o advento da Lei Federal nº 11.101 (Lei de Recuperação e Falências), as relações falimentares – que até então vinham se orientando pelo Decreto-Lei nº 7.661/1945 – passaram a ser conduzidas de forma mais equilibrada quanto aos interesses de credores e deveres. O legislador preocupou-se em estabelecer um ambiente aberto à interação das partes, criando mecanismos que proporcionam a recuperação e reorganização da empresa viável, ou, diante da improbabilidade de soerguimento, meios que tornem a liquidação do ativo mais eficiente, minimizando perdas para ambos os lados.

⁴⁸⁹ Acadêmico de Direito do Centro Universitário Curitiba – *Jus Vitae*.
clrdoro@hotmail.com

⁴⁹⁰ Graduada em Direito pela Universidade Católica do Paraná (1975), Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001) e Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2008). Atualmente é professora adjunta nível III da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, representante dos docentes no CEPE - UNICURITIBA, supervisora do setor de registro dos Trabalhos de Conclusão de Curso - UNICURITIBA e professora titular no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial, Econômico e Social. – *Jus Vitae*.

Nesse sentido, do ponto de vista econômico, por buscar maior equilíbrio na relação credor-devedor, a nova legislação falimentar ajuda a desenvolver um ambiente de incentivo ao investimento – na medida em que deixa de priorizar o credor em detrimento do devedor – bem como auxilia na redução do risco de negócio para o credor – estabelecendo regras para a preservação dos ativos da empresa ou para a sua liquidação eficaz; ordem de prioridade para realizar o pagamento dos créditos, entre outros fatores – impactando de forma positiva no mercado, sobretudo no mercado de crédito, pois a expectativa de retorno ao credor se torna maior (DUARTE, 2009. p. 162 - 164).

Quanto ao instituto da recuperação, a Lei de Falências e Recuperação se adéqua à Constituição Federal de 1988 e ao Código Civil Brasileiro de 2002, conciliando os preceitos constitucionais previstos no artigo 170 e a Teoria da Empresa, priorizando a manutenção da atividade empresária, sem se afastar do princípio “separação da sorte da empresa, da sorte do empresário”, de modo a tornar possível a preservação da empresa sob a titularidade do mesmo ou de outro empresário. A legislação, nesse sentido, busca atender os interesses sociais presentes ao entorno da atividade econômica em recuperação.

Entretanto, apesar da Lei nº 11.101/2005 ter causado mudanças significativas no âmbito falimentar brasileiro, a utilização dos mecanismos de recuperação, por si só, pode não ser suficiente para o soerguimento da empresa em crise, sendo, nesse ponto, que as soluções de mercado se mostram úteis aos devedores.

As possíveis soluções que o mercado apresenta para a superação da crise podem ser buscadas pelas empresas antes mesmo de ingressarem no Poder Judiciário com pedidos de recuperação. No entanto, dependendo da estratégia elaborada pelo empresário, também podem ser utilizadas de modo a auxiliar o processo de recuperação.

Como uma das soluções de mercado, os Fundos de Investimento, em especial os Fundos de Investimento em Participações, veem nas empresas em crise uma modalidade de investimento, aportando recursos e reorganizando sua estrutura de gestão, a fim de fazer com que ela se torne rentável outra vez. Justamente pelo investimento e reorganização de gestão, os credores da empresa em crise podem se tornar mais acessíveis para eventuais

acordos ou na aprovação do plano de recuperação, tendo em vista que a probabilidade de recuperação se apresenta mais palpável. Assim, reforçando, a atividade dos fundos pode ser utilizada antes de iniciado os processos de recuperação ou como um instrumento de investimento que possa auxiliar o processo em curso.

2. SOLUÇÃO DE MERCADO

A dinâmica do mercado – aqui entendida como as relações e interações construídas pelos diversos agentes que o compõe – por vezes acaba proporcionando os meios necessários para que empresas em crise possam buscar a sua recuperação e reorganização. Nesse sentido, a reação do empresário frente ao cenário desolador que toma rumo a sua empresa pode e deve se dar, a priori, junto às soluções que surgem dessa dinâmica. Marlon Tomazette, dentre outros juristas que atuam no desenvolvimento acadêmico do Direito Empresarial, também compartilha de tal entendimento, defendendo que as soluções das crises empresariais deveriam, a princípio, ocorrer sem a intervenção estatal, isto é, a solução deveria emergir com a atuação dos próprios agentes de mercado. Tais agentes, não raras vezes veem investimentos atraentes nas crises de empresas dos mais variados ramos de atuação (TOMAZETTE, 2014. p. 05).

Portanto, este tópico tem por finalidade a análise de uma das possíveis soluções criadas na dinâmica do mercado, a saber, a utilização dos Fundos de Investimento em Participações como agente determinante para a plena recuperação da companhia em crise. Os Fundos de Investimento, de maneira geral, são um excelente veículo de transferência de recursos que, conforme adiante será verificado, trabalham com elevadas quantias de dinheiro, aportando-as em investimentos com grande potencial lucrativo. É justamente sobre essa perspectiva que a empresa em crise pode se beneficiar, tendo em vista que, além de gerenciamento adequado e ajustes com credores, a sua recuperação inevitavelmente demandará de recursos.

Para melhor compreensão da solução de mercado sob análise, primeiramente se faz necessário um breve estudo acerca da Comissão de Valores Mobiliários, órgão atuante na regulação dos Fundos de Investimento no Brasil. Em seguida, a análise dos Fundos de Investimento sob uma perspectiva geral também se mostrará importante, tendo em vista que atualmente há uma grande variedade

de fundos desenvolvendo sua atividade no mercado brasileiro, cada qual em seu específico nicho de investimento.

Por fim, o tópico abordará os Fundos de Investimento em Participações como solução de mercado para a recuperação de empresas, verificando de que modo a sua atividade pode se envolver com o procedimento da recuperação, de maneira a causar um impacto positivo na empresa em crise. Para isso, a análise da sua funcionalidade, bem como da regulamentação aplicável a tais fundos se mostra importante para o entendimento que o presente estudo buscará transmitir.

2.1 Comissão de valores mobiliários

Para a construção do entendimento proposto, é de suma importância tecer breves comentários acerca da Comissão de Valores Mobiliários, tendo em vista que, por ser o órgão legalmente encarregado de fiscalizar e regulamentar o mercado de capitais brasileiro, a atuação dos Fundos de Investimento em Participações (que se dá por intermédio desse mercado) deve guardar observância com os ditames expedidos por essa entidade. A própria regulamentação dos Fundos de Investimentos – em especial o Fundo de Investimento em Participações – é confiada a Comissão de Valores Mobiliários, decorrendo daí a principal justificativa da sua análise.

A Comissão de Valores Mobiliários possui a natureza jurídica de autarquia, sendo vinculada ao Ministério da Fazenda. Foi criada pela Lei nº 6.385/1976⁴⁹¹, tendo por objetivo a fiscalização, normatização e desenvolvimento do mercado brasileiro de valores mobiliários. Os valores mobiliários, por sua vez, estão dispostos no artigo 2º do referido diploma legal, podendo aqui ser destacado os principais, a saber: ações, debêntures, bônus de subscrição (art. 2º, I – Lei nº 6.385/1976) e as quotas de fundos de investimento em valores mobiliários (art. 2º, V – Lei nº 6.385/1976)⁴⁹² (MAMEDE, 2012, p. 269).

⁴⁹¹ BRASIL. Lei nº 6.385 de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 de dezembro de 1976.

⁴⁹² As quotas dos fundos de investimento em valores mobiliários foram adicionadas ao rol de valores mobiliários através da Lei nº 10.303/2001, a qual alterou e incluiu várias

No que tange as competências atribuídas para a Comissão de Valores Mobiliários, o artigo 8º da Lei nº 6.385/1976 estabelece uma série de funções, sendo elas a de: “(i) Regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na Lei de Sociedades por Ações; (ii) Administrar os registros instituídos por esta Lei; (iii) Fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; (iv) Propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado; e (v) Fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório”⁴⁹³. Em síntese, a competência da Comissão de Valores Mobiliários recai sobre o mercado nacional de capitais, devendo ela regulamentar o modo como as interações nesse âmbito irão se proceder, bem como fiscalizar e regular a atuação dos agentes que o compõe.

Para que a Comissão de Valores Mobiliários possa executar suas funções, a Lei nº 6.385/1976, em seu artigo 9º, estabeleceu alguns poderes, os quais permitem que o órgão: (i) investigue e apure as condutas dos agentes que compõe o mercado, podendo, para tanto, se valer de exames de documentos, livros e registros contábeis (art. 9º, I – Lei nº 6.385/1976), intimações dos agentes para prestação de esclarecimentos (art. 9º, II – Lei nº 6.385/1976) e a requisição de informações perante autarquias, órgãos e empresas públicas (art. 9º, III – Lei nº 6.385/1976); e (ii) venha a corrigir ou prevenir situações anormais para com o mercado de capitais, autorizando-o a suspender a negociação de valores mobiliários (art. 9º, §1º, III – Lei nº 6.385/1976), divulgar informações e recomendações acerca do mercado de capitais (art. 9º, §1º, III – Lei nº 6.385/1976) e proibir a prática de determinados atos por parte dos agentes que compõe o mercado (art. 9º, §1º, IV – Lei nº 6.385/1976). Quanto aos poderes analisados, Gladston Mamede adverte que, no tocante as instituições

disposições na “Lei das Sociedades por Ações” (Lei nº 6.404/1976) e na “Lei do Novo Mercado de Capitais” (Lei nº 6.385/1976).

⁴⁹³ BRASIL. Lei nº 6.385 de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 de dezembro de 1976.

financeiras que atuem simultaneamente no mercado de capitais e naqueles sujeitos à fiscalização do Banco Central do Brasil – BACEN, as atribuições conferidas a Comissão de Valores Mobiliários ficam limitadas naquilo que concerne às atividades desenvolvidas junto ao mercado de capitais apenas (MAMEDE, 2012. p. 273).

Por fim, cumpre destacar que a Lei nº 6.385/1976 reservou, em seu artigo 11, um rol de sanções que podem ser aplicadas pela Comissão de Valores Mobiliários quando do descumprimento, pelos agentes do mercado, de disposições legais ou de seus normativos e resoluções. As penalidades vão de uma simples advertência (art. 11, I – Lei nº 6.385/1976), até a proibição de o agente atuar no mercado de valores mobiliários por prazo não superior a 10 (dez) anos (art. 11 – Lei nº 6.385/1976). Novamente, o autor Gladston Mamede chama atenção para o fato de que a advertência é utilizada em atos não tidos como ilegais, mas sim para aqueles realizados de forma irregular, isto é, a advertência não deve ser encarada como uma penalidade ou sanção, as quais se recomendam a aplicação apenas quando da reiteração do ato advertido (MAMEDE, 2012. p. 277).

Para o estudo acerca dos Fundos de Investimento em Participações, imprescindível a análise realizada nesse tópico. Embora brevemente estudada, verifica-se que a Comissão de Valores Mobiliários é um órgão de extrema importância dentro da sistemática aqui abordada, pois, conforme adiante será verificada, a atuação do Fundo de Investimento em Participações é realizada por intermédio do mercado de capitais, notadamente através da aquisição de ações emitidas por companhias em crise e/ou em processo de recuperação. Portanto, a noção acerca do mercado de capitais e do seu principal órgão regulador irá impactar no decorrer do tópico quando da análise da regulamentação, funcionalidade e atuação dos Fundos de Investimento (e da sua relação com a recuperação de empresas).

2.2 Fundos de investimento

Existem diversas modalidades de Fundos de Investimento atuando no mercado brasileiro, tais como os Fundos de Investimento em Ações, Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, Fundos de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento, entre outros. De maneira abrangente, os Fundos de Investimento podem ser conceituados como uma espécie de investimento realizado de forma coletiva, sendo destinada a maior parte dos seus recursos para a

aplicação em ativos financeiros. Essa é a ideia que a Comissão de Valores Mobiliários buscou transmitir quando editou a instrução normativa CVM nº 555/2014, redigindo, em seu artigo 3º, um breve conceito para definir os Fundos de Investimento. Destaca-se: “O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros”⁴⁹⁴. Isto é, os investidores, chamados de quotistas, participam de um conjunto de aplicações que serão destinadas a um fim mútuo (aplicação financeira de forma coletiva).

Assim, o Fundo de Investimento arrecada seus recursos através da venda de suas quotas aos investidores e, com o fruto de tal arrecadação, realiza suas aplicações em ativos financeiros, tais como títulos da dívida pública e valores mobiliários. De tal modo, o que vai determinar a valorização das quotas do Fundo de Investimento, e, conseqüentemente, a obtenção de lucro pelos seus investidores, será o sucesso de seus investimentos, ou seja, a valorização dos ativos financeiros que possui em sua carteira (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2014. p. 92).

Da leitura do conceito acima analisado, verifica-se que os Fundos de Investimento constituem-se sob a forma de condomínio. Nesse ponto, muito se discute acerca de sua natureza jurídica, havendo, como pólos principais dessa análise, a teoria condominial ou teoria da copropriedade e a teoria societária ou teoria da organização associativa. Os defensores da primeira teoria veem o Fundo de Investimento como um condomínio, verificando diversos pontos correspondentes entre a sistemática dos fundos e a legislação civil pertinente aos condomínios (artigo 1.314 e seguintes do Código Civil Brasileiro). Por outro lado, os defensores da segunda teoria enxergam no Fundo de Investimento uma série de particularidades presentes nas sociedades regidas pela legislação civil/comercial. (RAVACHE; RAMOS; BASTOS NETO, 2012. p. 248 – 260, 269 - 278)⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 555 de 17 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 2014.

⁴⁹⁵ Na teoria societária, um dos grandes pontos de divergência recai sobre a ausência de personalidade jurídica dos Fundos de Investimento. Nesse caso, autores como Ricardo Freitas defendem a classificação do Fundo de Investimento como uma sociedade em comum ou em conta de participação, tendo em vista a ausência de

Embora sua natureza jurídica ainda seja passível de discussão, fato de notável incontestância diz respeito às vantagens que o Fundo de Investimento pode proporcionar a aqueles que adquirem suas quotas. Como principais vantagens, podem aqui ser destacadas a (i) gestão profissional; (ii) acesso a outras modalidades de investimento; e a (iii) diluição de custos e poder de negociação. Tais vantagens decorrem, principalmente, da movimentação de elevadas quantias de dinheiro, podendo o fundo acessar investimentos que demandam valores iniciais altos, bem como barganhar nas operações financeiras sujeitas a determinadas taxas. Em relação à gestão profissional, cabe aqui ressaltar que o fundo é composto por agentes preparados para atuar no mercado, sendo eles o (i) administrador, entendido como aquele que administra todo o fundo de investimento e a sua relação com os quotistas e com a Comissão de Valores Mobiliários; (ii) o gestor, que poderá ser o administrador ou terceiro por este contratado (pessoa física ou jurídica), o qual terá a função de administrar os recursos do fundo; (iii) o distribuidor, sendo responsável pela venda das quotas do fundo; e o (iv) custodiante, entendido como aquele responsável pela guarda dos ativos do fundo (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2014. p. 94 – 95, 106 – 108)⁴⁹⁶.

inscrição dos seus atos constitutivos em registro próprio (necessário para que as sociedades adquiram personalidade jurídica, nos termos do artigo 985 do Código Civil Brasileiro). Outra tese para essa questão repousa na aplicação da exceção prevista no parágrafo único do artigo 983 do Código Civil Brasileiro (**Art. 983.** *A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias. Parágrafo único.* *Ressalvase as disposições concernentes [...], bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição da sociedade segundo determinado tipo*), de modo a entender as instruções normativas da Comissão de Valores Mobiliários como “leis especiais” (RAVACHE; RAMOS; BASTOS NETO, 2012. p. 273 - 274).

⁴⁹⁶ Muito embora os Fundos de Investimento se apresentem como alternativa de investimento viável, ao investidor é necessária a atenção quanto às taxas que cada Fundo de Investimento pode apresentar. Dentre elas, podem aqui ser destacadas as principais, a saber: (a) Taxa de Administração (art. 2º, XLIII e art. 85 – Instrução Normativa CVM nº 555/2014); e (b) Taxa de Performance (art. 2º, XLIV e art. 86 – Instrução Normativa CVM nº 555/2014). A primeira corresponde a remuneração devida à gestão do Fundo de Investimento pelo administrador, gestor e demais agentes, enquanto a segunda está atrelada ao seu desempenho. Isto é, a Taxa de Performance é devida quando a rentabilidade do Fundo de Investimento supera as expectativas iniciais, podendo ser entendida como uma espécie de prêmio ou uma ferramenta de estímulo ao desempenho.

Além disso, para facilitar a escolha do Fundo de Investimento apropriado, o investidor poderá analisar a classe que mais se adequa ao seu perfil de investimento. Nesse sentido, os Fundos de Investimento podem ser classificados através da composição de sua carteira, isto é, os Fundos de Investimento direcionam seus recursos a determinados tipos de ativos financeiros, o que irá determinar em qual classe está inserido, sendo elas: (i) Fundos de Curto Prazo (investimento exclusivo em títulos públicos federais ou privados); (ii) Fundos de Renda Fixa (investimento em títulos de renda fixa, ou seja, títulos que remuneram em períodos determinados); (iii) Fundos Referenciados (acompanham a variação de determinados indicadores de desempenho previamente definidos pelo Fundo de Investimento); (iv) Fundos de Ações ou Fundos de Renda Variável (desempenham suas atividades nas bolsas de valores ou mercado de balcão organizado); (v) Fundos Cambiais (investem em ativos que possuam relação com a variação de moeda estrangeira); (vi) Fundos da Dívida Externa (investimento direcionado aos títulos de origem brasileira, mas que são negociados no exterior) ou (vii) Fundos Multimercados, que possuem maior abrangência de investimento, tendo em vista que podem aportar seus recursos em diferentes mercados (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2014. p. 97 – 99).

Uma vez realizada todas as análises para selecionar o investimento adequado ao seu perfil, cabe ao investidor proceder com a compra das quotas do Fundo de Investimento desejado, além, é claro, de acompanhar o seu desempenho. Nesse ponto, se faz necessário identificar o modo de acompanhamento e participação dos quotistas para com o Fundo de Investimento, pois é a partir dessa interação que o investidor terá o suporte necessário para desenhar a sua estratégia no mercado financeiro.

Assim, de plano cumpre destacar que uma das obrigações do administrador do Fundo de Investimento é a de manter seus quotistas informados, fazendo isso através da divulgação de informações relevantes aos negócios, sendo as principais as informações periódicas e as informações eventuais. As informações periódicas se subdividem em (i) diárias (valor da quota e do patrimônio líquido do Fundo de Investimento⁴⁹⁷); (ii) mensais (extrato da conta do

⁴⁹⁷ O patrimônio líquido do Fundo de Investimento é verificado através da soma de todos os ativos que compõe a sua carteira – e a parcela do patrimônio não investido – com as deduções de suas despesas e provisões, de modo que o valor de cada uma

investidor, bem como a rentabilidade do Fundo de Investimento); e (iii) anuais (demonstração do desempenho do Fundo de Investimento). Por outro lado, as informações eventuais correspondem à ocorrência de fatos ou acontecimentos relevantes, entendidos como aqueles que podem impactar, de forma expressiva, o valor das quotas e/ou de modificar o posicionamento do investidor em relação ao Fundo de Investimento (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2014. p. 112)⁴⁹⁸.

Em relação à interação “Investidor - Fundo”, há de se mencionar a previsão de existência da Assembléia Geral de Quotistas, conforme dispõe o artigo 66 e seguintes da instrução normativa CVM nº 555/2014. Sob essa análise, fundamental esclarecer que o administrador e gestor possuem certa autonomia para a tomada de decisões de cunho administrativo. Entretanto, existem decisões que necessariamente devem ser deliberadas entre os quotistas, tais como aquelas que dizem respeito às (i) demonstrações contábeis do Fundo de Investimento (art. 66, I – Instrução Normativa CVM nº 555/2014)⁴⁹⁹; (ii) substituição dos agentes que compõe o fundo (art. 66, II – Instrução Normativa CVM nº 555/2014); (iii) fusão, cisão, incorporação ou liquidação do Fundo de Investimento (art. 66, III – Instrução Normativa CVM nº 555/2014); (iv) aumento da taxa de administração (art. 66, IV – Instrução Normativa CVM nº 555/2014); (v) alterações da política de investimento (art. 66, V – Instrução

das suas quotas será percebido com a divisão do patrimônio líquido pelo número total de quotas.

⁴⁹⁸ Além de manter os investidores informados, tal exigência também abrange a necessidade de enviar informações para a Comissão de Valores Mobiliários, tais como o balancete – verificação de lançamentos contábeis – e a composição da carteira do Fundo de Investimento (mensalmente), bem como as demonstrações contábeis com o devido parecer de auditor independente (anualmente). Ainda, caso ocorra fato ou acontecimento relevante, a Comissão de Valores Mobiliários deverá ser comunicada (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2014. p. 112).

⁴⁹⁹ Conforme disposição do artigo 68 da Instrução Normativa CVM nº 555/2014, os quotistas deverão se reunir anualmente para deliberar acerca da demonstração contábil do Fundo de Investimento, devendo tal deliberação ocorrer em Assembléia Geral realizada no prazo de até 120 (cento e vinte) dias contados do término do exercício financeiro. Essa reunião recebe o nome de Assembléia Geral Ordinária, enquanto as demais reuniões de quotistas para deliberação das matérias previstas no artigo 66 do referido normativo são chamadas de Assembléia Geral Extraordinária (em relação às Assembléias Gerais, Ordinária e Extraordinária, os artigos 70 e 71 dispõem que haverá a sua instauração com a presença de qualquer número de quotista, sendo as deliberações por maioria de votos – da própria análise dos artigos mencionados, deduz-se que as deliberações são realizadas por maioria simples).

Normativa CVM nº 555/2014); entre outras hipóteses enumeradas no artigo 66 da Instrução Normativa CVM nº 555/2014.

Por fim, cabe destacar que o papel desempenhado pelos Fundos de Investimento é de extrema importância para a economia nacional, tendo em vista que, por atuarem principalmente com a aquisição de títulos privados, financiam diversas empresas que buscam o seu autofinanciamento através da venda de seus títulos no mercado de balcão organizado e bolsas de valores. Isto é, o impacto da atividade dos Fundos de Investimento pode ser averiguado pelo próprio crescimento dessas empresas, colaborando, assim, para o desenvolvimento de um setor empresarial forte, o que também ajudará a determinar o nível econômico do país (EID JUNIOR, [2016], p. 06 - 07).

2.3 Fundo de investimento em participações

Para a análise do Fundo de Investimento em Participações, cabe ressaltar que a Comissão de Valores Mobiliários, através da instrução normativa nº 391/2003, buscou regulamentar a atuação dessa modalidade de Fundo de Investimento no mercado. Atenta ao seu modo de investimento, a Comissão de Valores Mobiliários, quando da redação da instrução normativa, já deixou em evidência que esse instrumento de investimento pode ser utilizado por empresas cuja intenção esteja relacionada com o propósito recuperacional.

O artigo 2º da instrução normativa CVM nº 391/2003 conceitua o Fundo de Investimento em Participações como “uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração”⁵⁰⁰. É importante destacar que o conceito deixa em evidência a utilização

⁵⁰⁰ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 391 de 16 de julho de 2003. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 18 de julho de 2003.

restritiva dos Fundos de Investimento em Participações para a finalidade da recuperação de empresas, pois, basicamente, tal fundo poderá investir apenas em sociedades anônimas, limitando, assim, o número de empresas que poderão se beneficiar desse instrumento de investimento para alcançar a tão almejada recuperação.

Além disso, a redação do referido artigo destaca a principal característica do Fundo de Investimento em Participações, que é o poder de ingerência sobre as companhias investidas, sendo tal poder efetivado através da indicação dos membros do Conselho de Administração⁵⁰¹. O artigo 2º, §2º do normativo determina (basicamente) dois modos pelos quais o Fundo de Investimento poderá exercer o direito de indicar os membros do Conselho de Administração, sendo eles: (i) detenção de ações que integrem o bloco de controle da companhia investida⁵⁰²; e o (ii) acordo de acionistas⁵⁰³. O normativo ainda estabelece uma hipótese genérica, que seria a formalização de um ajuste que assegure ao Fundo de Investimento a efetiva influência sobre a política estratégica da companhia⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ O Conselho de Administração encontra fundamentação legal no capítulo XII, Seção I (artigos 140 e seguintes) da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976, “Lei das Sociedades por Ações”. É um órgão de fundamental importância dentro de uma companhia, pois, além de eleger e fiscalizar seus dirigentes (art. 142, II e III – Lei nº 6.404/1976), irá fixar as orientações gerais dos negócios da sociedade (artigo 142, I – Lei nº 6.404/1976), o que irá determinar a atuação da companhia no mercado.

⁵⁰² Nesse caso, quando a sociedade investida se constituir sob a forma de companhia aberta, necessária será a observação das disposições da Lei nº 6.404/1976 acerca da alienação do controle da sociedade, as quais podem ser verificadas no artigo 254-A e seguintes.

⁵⁰³ O acordo de acionistas encontra fundamentação legal no capítulo X, Seção V da Lei nº 6.404/1976. Conforme se depreende da leitura do artigo 118 da supracitada lei, o acordo de acionistas pode ser entendido como uma convenção realizada entre os acionistas de uma companhia, tendo por finalidade assuntos que dizem respeito à compra e venda de ações, preferência para aquisição de ações, exercício do direito de voto em assembleias, ou do poder de controle da companhia.

⁵⁰⁴ Em 2013, a Comissão de Valores Mobiliários editou a instrução normativa nº 540, resultando na alteração do artigo 2º da instrução normativa nº 391/2003 para a inclusão do parágrafo 7º. Tal modificação flexibilizou a exigência da necessidade de que o FIP exerça seu poder de ingerência sobre a companhia investida, tendo, assim, o objetivo de possibilitar a aplicação de seus recursos em empresas de médio e pequeno porte, incentivando, desse modo, o acesso de tais empresas ao mercado de capitais. Para tanto, poderá o FIP aplicar até 35% dos seus recursos em empresas listadas em segmento especial de negociação de valores mobiliários (voltada ao mercado de acesso) e que assegurem a aplicação de padrões de governança corporativa mais rigorosos do que aqueles exigidos em lei.

Ainda em relação ao artigo 2º, o texto normativo revela que o Fundo de Investimento em Participações somente poderá ser constituído sob a forma de condomínio fechado, não possibilitando aos investidores, portanto, o resgate de suas quotas antes do término do prazo de duração do fundo⁵⁰⁵. Nesse ponto, pode aqui ser observada a determinação do artigo 5º da instrução normativa CVM nº 391/2003, o qual estabelece que apenas investidores qualificados possam investir nessa modalidade de Fundo de Investimento. Tais investidores estão dispostos no artigo 9-B da instrução normativa nº 554/2014 da Comissão de Valores Mobiliários⁵⁰⁶, sendo eles: (i) investidores profissionais (art. 9-A e 9-B, I – instrução normativa CVM nº 554/2014); (ii) pessoas físicas ou jurídicas que possuam mais de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em investimentos, bem como atestem, por escrito, a sua condição de investidor qualificado (art. 9-B, II – instrução normativa CVM nº 554/2014); (iii) pessoas naturais aprovadas em exames de capacitação técnica ou que estejam em posse de certificados, aprovados pela Comissão de Valores Mobiliários, para registro de agentes autônomos de investimento, administradores de carteira e analistas e consultores de valores mobiliários quanto aos seus próprios recursos (art. 9-B, III – instrução normativa CVM nº 554/2014); e (iv) clubes de investimento (art. 9-B, IV – instrução normativa CVM nº 554/2014). Essa determinação é devida justamente porque o Fundo de Investimento em Participações pode apresentar um acentuado risco de liquidez e de mercado, seja em relação ao Fundo de Investimento, seja em relação aos quotistas⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ Os Fundos de Investimento podem ser constituídos sob a forma de condomínio aberto ou fechado, sendo tais formas diferenciadas pela possibilidade, ou não, dos investidores resgatarem suas quotas a qualquer tempo (artigo 4º - Instrução Normativa CVM nº 555/2014). No caso do Fundo de Investimento em Participações, por ser constituído sob a forma de condomínio fechado, aos quotistas não é permitido o resgate de suas quotas a qualquer tempo, podendo, entretanto, ser utilizada a amortização de quotas, isto é, realiza-se o pagamento do valor da quota para o quotista, de modo a não diminuir o número de quotas presentes no Fundo de Investimento (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2014. p. 95).

⁵⁰⁶ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 554 de 17 de dezembro de 2014. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2014.

⁵⁰⁷ O risco de liquidez está atrelado à dificuldade de venda dos ativos que compõem a carteira do Fundo de Investimento ou a dificuldade que o quotista poderá se deparar para encontrar um investidor interessado na compra de suas quotas. Já o risco de mercado se refere às oscilações de preço que os ativos poderão sofrer – o que poderá acarretar em severos prejuízos aos investidores/quotistas (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2014. p 114).

Quanto à utilização do Fundo de Investimento em Participações para o propósito de recuperação de empresas, a própria instrução normativa CVM nº 391/2003 já estabelece a possibilidade de que o fundo aporte seus recursos em empresas que estejam envolvidas em processos de recuperação, conforme disposição do artigo 2º, §1º. Destaca-se: “Sempre que o fundo decidir aplicar recursos em companhias que estejam, ou possam estar, envolvidas em processo de recuperação e reestruturação, será admitida a integralização de cotas em bens ou direitos, inclusive créditos, desde que tais bens e direitos estejam vinculados ao processo de recuperação da sociedade investida e desde que o valor dos mesmos esteja respaldado em laudo de avaliação elaborado por empresa especializada”⁵⁰⁸. Nesse sentido, pode-se entender que os credores vinculados ao processo de recuperação poderão se tornar quotistas no Fundo de Investimento, integralizando suas quotas por meio dos seus créditos, bens e direitos (devidamente avaliados em laudo elaborado por empresa especializada). Mesmo que não venham a integrar o rol de quotistas, evidente que a atuação do Fundo de Investimento torna os credores mais suscetíveis a aderirem aos planos (de recuperação), bem como os deixam mais interessados na recuperação do empresário devedor, vez que agora a chance de soerguimento se torna realmente palpável.

Renata Weingrill Lancellotti, ao analisar a utilização dos Fundos de Investimento em Participações como instrumento para a recuperação de empresas, verificou que tais fundos investem na aquisição de valores mobiliários emitidos pelas empresas em crise (notadamente ações) e, através da participação na sua gestão, bem como na elaboração da política estratégica, buscam torná-la rentável novamente, a fim de revender a sua participação a terceiros por um valor maior do que aquele adquirido. Isto é, por estarem envolvidas em processos de recuperação, é natural que os títulos emitidos por essas empresas tenham seu valor de mercado muito baixo, de modo que a valorização desses títulos dependerá do sucesso da recuperação da empresa, o que irá determinar, portanto, a obtenção de lucro pelos investidores/quotistas do Fundo de Investimento (LANCELOTI, 2012. p. 320 – 322).

⁵⁰⁸ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 391 de 16 de julho de 2003. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 18 de julho de 2003.

As vantagens na utilização do Fundo de Investimento em Participações para o propósito da recuperação de empresas podem ser verificadas sob três aspectos, a saber: (i) o credor poderá transformar seu crédito em quota do Fundo de Investimento, que, por sua vez, poderá ser negociado com outros investidores interessados, ou, caso assim não o faça, a perspectiva de receber o seu crédito se torna maior com a atuação do Fundo de Investimento, motivo que torna os credores mais interessados na recuperação da empresa devedora; (ii) o devedor empresário contará com o aporte de recursos, o que irá influenciar na credibilidade dos credores para aprovação do plano de recuperação, além de contar com uma gestão qualificada, através da implantação da governança corporativa⁵⁰⁹ e na elaboração de estratégias de negócios; e (iii) para o investidor do Fundo de Investimento, a vantagem está na possibilidade de obter lucro com a recuperação da companhia investida, tendo em vista que compra seus títulos a preços baixos, mas que poderão se tornar rentáveis à medida que a empresa volta a crescer no mercado. De maneira geral, o fundo aporta seus recursos na empresa devedora, ao passo que modifica/reorganiza a sua estratégia de mercado (através do poder de ingerência), aumentando, assim, a possibilidade de que a companhia investida venha a alcançar a sua recuperação.

O trabalho desenvolvido pelo fundo, nesse sentido, acaba por contribuir com a efetividade daquilo pretendido pelo legislador quando da criação da atual legislação falimentar e de recuperação. Isto é, ao encontrar uma oportunidade de negócio junto a empresas que buscam a sua recuperação e reorganização, o Fundo de Investimento em Participações dá oportunidade para que empresas em crise possam continuar a exercer a sua atividade no mercado e, conseqüentemente, desempenhar a sua função social, seja na

⁵⁰⁹ Segundo a definição de Jorge Lobo, governança corporativa pode ser entendida como o “conjunto de normas, consuetudinárias e escritas, de cunho jurídico e ético, que regulam os deveres dos administradores de transparência, diligência, lealdade, informação e não intervenção em qualquer operação em que tiverem interesses conflitantes com os da companhia, o exercício das funções, atribuições e poderes dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal e dos auditores externos, e o relacionamento entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e o mercado em geral” (LOBO, 2011. p. 351). De maneira geral, a governança corporativa é o conjunto de práticas que visa uma administração (da empresa) mais eficiente e transparente, otimizando o desempenho de uma companhia no mercado. Em relação à recuperação, a governança corporativa contribui para a redução de conflitos de interesses entre credores e devedor, alinhando tais interesses e facilitando a aprovação do plano de recuperação (LANCLOTTI, 2010. p. 05).

geração de empregos, pagamento de tributos, desenvolvimento da economia local ou nacional, dentre outras possibilidades⁵¹⁰. Assim, além da empresa contar com o amparo da legislação em relação ao procedimento da recuperação, poderá se valer do Fundo de Investimento como um parceiro para auxiliá-la em sua jornada rumo à superação da crise.

De maneira a concluir, pode-se resumir o exposto no trinômio: (i) gestão qualificada, aqui consubstanciada na reestruturação administrativa, no conhecimento de mercado e na elaboração de estratégias pelo Fundo de Investimento; (ii) aporte de recursos, o que irá viabilizar a continuidade da atividade da empresa no mercado, bem como possibilitar a aplicação das estratégias desenvolvidas pelo Fundo de Investimento; e a (iii) aplicação dos benefícios que a Lei nº 11.101/2005 pode proporcionar ao devedor empresário que busca a sua recuperação, de modo que o Fundo de Investimento em Participações e o instituto da recuperação se complementam para propiciar a recuperação da companhia em crise, resguardando, assim, a continuidade da sua função social.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crises no setor empresarial podem se mostrar como uma oportunidade de investimento para aqueles investidores que encontram, em meio a esse cenário desolador, uma real possibilidade de ganho financeiro. Nesse sentido, quando a empresa se encontra em situações econômicas anormais, a solução pode ser alcançada nas relações que impulsionam a dinâmica de mercado. Ou seja, a empresa em crise pode se valer de diversos instrumentos elaborados pelos investidores (soluções de mercado) para buscar superar a sua crise, sem que, para tanto, recorra à tutela jurisdicional (embora as soluções de mercado possam encontrar na Lei nº 11.101/2005 um aparato indispensável para a plena recuperação e reorganização da empresa investida).

⁵¹⁰ A preocupação do legislador com a manutenção da função social da empresa, quando da elaboração da Lei Federal nº 11.101/2005, foi tamanha que acabou sendo transcrita em seu artigo 47. Segue: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Os Fundos de Investimento em Participações se apresentam como uma solução de mercado que pode auxiliar empresas a enfrentarem esse momento crítico. Entretanto, embora as soluções de mercado possam ser mecanismos viáveis para a superação da crise, nem sempre estão à disposição de todas as empresas que as necessitem. No caso do Fundo de Investimento em Participações, além do fato de poder investir somente em ações e/ou valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações – o que implica basicamente no investimento em sociedades anônimas –, os investidores se deparam com um investimento de risco, o que irá gerar maior cautela no aporte de recursos. Desse modo, nem todas as empresas poderão se valer desse meio para superação da crise, sendo selecionadas aquelas que apresentem uma projeção de retorno financeiro satisfatória.

Assim, quando as soluções de mercado não se mostrarem satisfatórias ou não puderem ser acessadas, a alternativa disposta às empresas é a tutela jurisdicional, sendo aplicadas ao caso as disposições da Lei Federal nº 11.101/2005, que regula o instituto da falência e da recuperação empresarial. Nesse sentido, empresas que buscam no Poder Judiciário o auxílio necessário para o seu soerguimento têm como resposta à sua pretensão a incidência do instituto da recuperação judicial ou extrajudicial. Esses institutos foram pensados com base no atual cenário econômico advindo com a globalização da economia, pois a nova realidade econômica não mais comporta o antigo sistema falimentar, cujo interesse estava voltado, principalmente, à satisfação das pretensões dos credores. Agora, busca-se preservar a atividade econômica viável, resguardando a fonte produtora e a continuidade da função social da empresa, pois nela se encontram diversos interesses sociais.

Certo é que a economia nacional depende de um setor empresarial forte. Destarte, importante que a comunidade acadêmica se mobilize no sentido de desenvolver estudos acerca da recuperação e manutenção de empresas, seja para dar maior legitimidade aos instrumentos elaborados pela dinâmica de mercado, seja para dar maior efetividade ao instituto da recuperação, afinal de contas, a atividade empresarial é o que move o conjunto estrutural ao qual se funda a sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei nº 6.385 de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**. Brasília, 09 de dezembro de 1976.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 jan. 2002.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **O Mercado de Valores Mobiliários Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2014.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 391 de 16 de julho de 2003. Dispõe sobre a constituição, o funcionamento e a administração dos Fundos de Investimento em Participações. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 18 de julho de 2003.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 554 de 17 de dezembro de 2014. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2014.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução Normativa nº 555 de 17 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 2014.
- DUARTE, Alexandre Uriel Ortega. Aspectos Administrativos, Econômicos e Contábeis da Lei de Recuperação de Empresas e Falências. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (Coord.). **Direito Recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- EID JUNIOR, Willian. Investimentos em Foco: A importância dos Fundos de Investimento no Financiamento de Empresas e Projetos. **Fundação Getúlio Vargas**. Disponível em <<http://cef.fgv.br/sites/cef.fgv.br/files/file/Estudo%20I.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- GALIZZI, Gustavo Oliva; PARENTONI, Leonardo Netto. É o Fim da Falência? In: CASTRO, Moema A. S. de (Org.); CARVALHO, Willian Eustáquio de (Org.). **Direito Falimentar Contemporâneo**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- LANCELOTTI, Renata Weingrill. Governança Corporativa na Recuperação Judicial: Lei nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- LANCELOTTI, Renata Weingrill. Private Equity e Recuperação Judicial. In: DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo; LEONARDI ANTÔNIO, Nilva M. (Coord.). **Direito Recuperacional II: Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

LOBO, Jorge Joaquim. **Direito dos Acionistas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**: Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias. Vol. 2. 6º Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RAVACHE, Leandro Alberto Torres; RAMOS, Luciana de Holanda; BASTOS NETO, Valter Pereira. Fundos de investimento e a necessidade de observância do direito de preferência na alienação de suas quotas. **Revista BNDES**. p. 243, 286. 37 jun. 2012.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: Falência e Recuperação de Empresas. Vol 3. 3º Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

O FOMENTO ÀS ATIVIDADES PRIVADAS VIA INCENTIVO TRIBUTÁRIO

GRAZIELA C. DA SILVA B. MACHADO⁵¹¹

DEMETRIUS NICHELE MACEI⁵¹²

1. INTRODUÇÃO

Normalmente a interferência do Poder Público no campo privado somente se dá para impor a esta sanção pelo descumprimento ou violação de alguma norma⁵¹³. É difícil, para o senso comum, imaginar que pode advir da Administração Pública alguma benesse, prestação promocional ou incentivo.

Tal pensamento decorre da forma como os particulares percebem a atuação do Estado nas suas relações, o que lhes é informado – passado, via mídia, jornais, revistas, internet e demais meios de comunicação.

⁵¹¹ Mestranda do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, pós graduada em Direito Tributário pelo IBEJ, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR e em Administração de Empresas pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná – FESP/PR, professora de Planejamento Tributário ICMS/IPI/ISS na pós graduação em Gestão Tributária na FESP/PR e sócia da empresa LTA Consultoria e Assessoria Tributária e Aduaneira. E-mail: grazielasilva.machado@gmail.com

⁵¹² Pós-doutorado na USP. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor do PPGD do Unicuritiba. Advogado.

⁵¹³ Nos dizeres de Daniel Ferreira (2009, p. 76): “o ilícito e a (reflexa) sanção são os objetos por excelência da Ciência Jurídica”.

Atualmente não há como a atividade administrativa restringir-se apenas a função ordenadora e sancionatória, incumbindo-lhe também intervir no domínio econômico e social, (OLIVEIRA, p. 514).

Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo mostrar o outro lado da moeda - expor que a Administração também coloca à disposição dos particulares (obrigação que lhe é imposta pelo texto Constitucional) estímulos, incentivos que tem como objetivo o desenvolvimento econômico e social – a atividade fomentadora.

Em virtude da amplitude das atividades e da falta de recurso humanos a Administração pública percebeu que poderia conduzir a atividade desenvolvida pelos particulares por meio de incentivos e estímulos que tivessem como propósito atingir os objetivos visados pela intervenção estatal, destacando-se, o fomento, (OLIVEIRA, p. 515).

O contrato de fomento pode-se realizar por meio de diversos instrumentos, tais, como o financiamento, concessão de crédito, subvenções, entretanto, para desenvolvimento do presente artigo será analisado apenas a sua vertente voltada à concessão de incentivos fiscais.

Os incentivos fiscais são instrumentos importantes dos quais dispõe o legislador para promover via iniciativa privada atividades de interesse coletivo.

Nesse contexto, a utilização do tributo na sua vertente extrafiscal, se mostra adequado para atingir objetivos outros, que não apenas o arrecadatário.

É possível por meio deles que o Poder Público alcance determinados objetivos, como a geração de emprego, inovação tecnológica, preservação do meio-ambiente, redução das desigualdades, entre outros, sem que para isso, tenha que efetuar gastos excessivos ou extras.

Por isso, por meio de alguns exemplos de instrumentos de fomento utilizados pelo Poder Público, almeja o pretende trabalho ilustrar, ainda que de maneira sucinta, que é possível ter a participação da iniciativa privada na realização de objetivos dispostos na Constituição, sem que para isso o Estado tenha que punir – destaca-se o direito promocional.

Para desenvolvimento do presente artigo, partindo da pesquisa bibliográfica e do levantamento de informações junto aos órgãos oficiais, optou-se pelo método de abordagem dedutivo, dialético e crítico, do tema pesquisado.

2. FOMENTO

O art. 174⁵¹⁴ da Constituição Federal atribui ao Estado funções de fiscalização, incentivo e planejamento, tal dispositivo encontra-se inserido no título da “Ordem Econômica e Financeira”, o que indica que o legislador constituinte se preocupou em estabelecer políticas de Estado voltadas à atividade econômica.

Conforme classificação adotada por Eros Roberto Grau, a expressão “atividade econômica” possui “sentido amplo” e “sentido estrito”. A atividade econômica em “sentido amplo” é gênero que possui como espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito; logo, quando o Estado (atividade econômica em “sentido amplo”) intervém na esfera do privado, o faz atuando no campo da atividade econômica em “sentido estrito”, que se dá por meio da intervenção do Estado no domínio econômico. (GRAU, 2014, p. 143).

Assim, o fomento se revela nos dizeres de Marçal Justen Filho (2014, p. VI-21): “um importante instrumento de intervenção estatal no domínio econômico”.

Grau classifica a intervenção do Estado na atividade econômica em três modalidades: por absorção ou participação, por direção e por indução, todavia, a modalidade que nos interessa para deslinde do presente artigo é a intervenção por indução. (GRAU, 2014, p. 143).

A intervenção por indução, nos dizeres de Grau (2014, p. 144) se dá quando: “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”, o que normalmente é retratado por meio de normas de (des) incentivos diversos à atividade privada, que

⁵¹⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo (grifo nosso) e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

visam atingir não a empresa geradora do ato, mas sim toda a coletividade.

Logo, quando o Estado pretende induzir comportamentos, sejam eles positivos ou negativos – de agir ou não agir - para alcançar determinados objetivos, poderá fazê-lo por meio da concessão de incentivos fiscais.

Atualmente, pode-se afirmar que o papel do Estado, é de agente “normativo” e “regulador” da atividade econômica e, como agente da economia, passa a influenciar e a ser influenciado por ela. (MOREIRA, p. 2013, item 3.1).

Ademais, é importante destacar, que a intervenção do Estado na esfera privada se dá por expressa disposição constitucional ou legal e não por insuficiência da atividade privada ou preferências. As intervenções efetuadas pelo Estado tem como fundamento o processo de desenvolvimento. (GABARDO, 2009, p. 242-250).

Nessa seara, destaca-se o fomento, que segundo Marçal Justen Filho (2015, p. 711):

é uma atividade administrativa de intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando a promover o desenvolvimento econômico e social.

Analisando a atividade de fomento, dispõe José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 516) que: “o Estado, por meio da atuação legislativa competente, relativamente à atividade fomentada e à finalidade pública perseguida, estabelece um determinado marco normativo, que serve de pólo de atração da ação dos particulares e no qual estes se inserem”, logo, havendo interesse por parte das empresas estas devem se sujeitar as regras estabelecidas na norma criadora do fomento.

Também destaca Alexandre Santos de Aragão (2009, p. 45) ao analisar o fomento que: “a nota essencial da distinção do fomento para o serviço público é que naquele a atividade permaneça sendo uma atividade privada, apenas apoiada pelo Estado”.

O fomento, portanto, refere-se a uma promoção/estímulo que é concedido pelo Poder Público, com a finalidade de satisfazer

determinadas necessidades, que de modo geral, é de interesse de toda a coletividade. Ele pode se dar por meio de financiamentos concedidos pelo Poder Público, linhas de crédito, subvenção, incentivos fiscais⁵¹⁵, entre outros.

Norberto Bobbio em seu livro “Da estrutura à função”, dedica o primeiro capítulo para tratar justamente da “função promocional do direito”, destacando-a como técnica de encorajamento, por ser propulsora de comportamentos desejados – característica do *Welfare State*. (BOBBIO, 2007, p. 17-18).

Ademais, conforme observa Justen Filho (2014, p. VI-4): “Desenvolve-se assim a *função promocional do direito*, por meio da qual o poder público induz a execução de atividades privadas de interesse social”.

Desta forma, o fomento se revela como um valioso instrumento de que dispõe o Estado para intervir na atividade econômica, (des) incentivando a iniciativa privada a adotar comportamentos que tenham como fim realizar os objetivos fundamentais da nossa República assegurados no art. 3º da nossa Constituição, quais sejam: o desenvolvimento nacional e social, por meio da redução das desigualdades sociais e regionais.

Ao analisar o modelo constitucional que apresente em seu corpo “valores”, como é o caso do modelo brasileiro, importante observação é feita por Tércio Sampaio Ferraz Junior (1998, p. 276): “Na verdade, ela não estabelece um Estado, mas propõe a realização de um Estado”.

São diversos artigos do texto Constitucional que dispõem sobre a atividade administrativa de fomento ou promocional: cooperativismo, incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte, política agrícola, sistema financeiro, saúde, previdência, assistência social, educação, entre outros. (OLIVEIRA, p. 518-519)

Assim, o contrato de fomento, nos dizeres de Justen Filho: “consiste em mecanismo de internalização de que dispõe o Estado para incentivar o desempenho de atividades que geram benefícios sociais”, tais benefícios podem se referir: ao aumento da capacidade

⁵¹⁵ Em sentido contrário, José Roberto Pimenta de Oliveira dispõe que os meios fiscais não se figuram como meio administrativo de fomento, pois, possuem regime jurídico tributário próprio (2006, p. 524), todavia, para fins do presente artigo, adotaremos os incentivos/estímulos fiscais como instrumentos fomentadores.

produtiva com o conseqüente aumento no número de empregos; oferta de cursos profissionalizantes visando a capacitação técnica da população; desenvolvimento de novas tecnologias; necessidade de aprimoramento de infraestrutura que resulta em benefício não apenas às empresas, mas a toda população; além de tantos outros benefícios que são percebidos a longo prazo.

O contrato de fomento possui características próprias, pois, o fomentado continua livre para desempenhar as suas atividades, logo, é possível depreender que a sua utilização não é obrigatória, pois, cabe a empresa analisar, através do marco normativo, se é viável ou não a sua adoção. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 712).

Por isso, alerta Aline Cristina Koladicz (2009, p. 87) em sua dissertação de mestrado que: “A Constituição deixa evidente que o Estado não pode obrigar os particulares ao atendimento de seus objetivos, mas pode, entretanto, incentivar de forma a atrair a iniciativa privada, condicionando-a a, voluntariamente, aderir a determinada medida”.

Para Calixto Salomão Filho (2002, p. 57): “Parece indiscutível inaptidão do Direito Administrativo para transformar o particular em colaborador do processo de desenvolvimento”, sendo este justamente o papel que se pretende com o fomento, incentivar à iniciativa privada, por meio da concessão de incentivos ou outros mecanismos, a auxiliar o Poder Público a alcançar objetivos sociais, ambientais, econômicos e financeiros.

Ademais, a partir da Constituição de 1988, o Estado assume uma responsabilidade para além da proteção da propriedade e garantia da liberdade, para figurar como um agente de transformação social.

Entretanto, importante constatação é feita por Justen Filho (2014, p. VI-3) no sentido de que: “é inviável a satisfação das necessidades coletivas e a realização dos direitos fundamentais por meio da exclusiva atuação direta do Estado”, pois, embora se tenha uma visão do Estado brasileiro como um “Estado-Provedor”, a realidade nos mostra que sozinho ele não consegue atingir todos os direitos e anseios da sociedade.

Todavia, importante observação é feita por Oliveira (2006, p. 516) no sentido de que: “travada a relação de fomento, seus termos publicísticos passam a vincular entidade fomentadora e agente

fomentado, em termos de prerrogativa de autoridade, direitos, deveres, obrigações e ônus, até a extinção do vínculo jurídico-administrativo”, o que é natural diante de instrumento que não é impositivo, mas sim facultativo.

Ainda que receba o estímulo dado pelo ente fomentador e que em contrapartida fique sujeito a atender cronogramas, metas, objetivos sociais e econômicos, o fomentado permanece livre para realizar e dirigir o seu negócio de acordo com as leis de mercado, com base no princípio da livre iniciativa e da livre concorrência.

Ao dispor sobre o contrato de fomento, ressaltando que este não fica sujeito ao regime jurídico aplicável aos contratos administrativos em sentido estrito, Justen Filho destaca diferenças que acabam por singularizar o contrato de fomento, o que lhe imprime algumas características, tais como, impossibilidade:

- a) da empresa exigir equilíbrio econômico-financeiro, o que normalmente se verifica nos contratos administrativos em sentido estrito;
- b) de ressarcimento pelo ente fomentador, caso o negócio não se desenvolva de maneira satisfatório ao fomentado ou venha a lhe causar prejuízos. (JUSTEN FILHO, 2014, p. VI-11 e 12).

Logo, o risco do negócio, como por exemplo, a construção de uma nova unidade fomentada pelo Poder Público é assumida integralmente pela empresa.

Aplica-se ao fomento (função administrativa) os mesmos princípios inerente a Administração Pública, todavia, merece destaque os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como elementos chaves com vistas a realização dos objetivos constitucionais (âmbito social e econômico). (OLIVEIRA, p. 519).

Ao analisar o princípio da razoabilidade, Justen Filho (2014, p. VI-20) destaca duas situações distintas: “(i) a verificação da causa fática e (ii) a identificação da finalidade constitucional. Em suma, não é razoável a concessão de benefícios públicos sem causa faticamente verificável ou finalidade constitucionalmente protegida”.

O princípio da proporcionalidade impõe ao agente administrativo a adoção de medidas que sejam adequadas à atividade a ser fomentada, a fim de que não ocorra o desvio de

finalidade, (OLIVEIRA, 528), ou seja, haverá uma relação de causa e efeito, que nos dizeres de Justen Filho (2014, p. VI-20): “levará em consideração a natureza e a medida dos benefícios públicos concedidos, em sua relação com a finalidade visada”.

A adequação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade abrange não apenas o existir da atividade de fomento, bem como as situações de imposições feitas aos beneficiários (recebedores dos incentivos). (OLIVEIRA, p. 529).

O fomento está sujeito à legalidade⁵¹⁶, não se admitindo, portanto, a sua estruturação sem observância dos parâmetros legais, em virtude da indisponibilidade do interesse público, logo, a atividade de fomento deve ser adequada, necessária e ponderada de acordo com os preceitos constitucionais, (OLIVEIRA, p. 525).

Logo, não cabe ao ente fomentador conceder qualquer tipo de estímulo/incentivo que não observe os parâmetros legais e, que tenha como objetivo agraciar ou agradar uma empresa ou grupo específico de empresas, desvirtuando o interesse público pretendido.

O fomento deve por força da adequação, revelar-se como meio jurídico adequado para alcançar os interesses coletivos para os quais fora criado, a fim de não ser considerado inconstitucional. Também deve ser idôneo (tem como objetivo o interesse coletivo), a fim não ofender o princípio da isonomia. (OLIVEIRA, p. 526).

Por isso, toda atividade fomentadora deve ter seu campo de abrangência bem definido (aspecto temporal, espacial, material e pessoal), a fim de se alcançar ainda que indiretamente o interesse público, ademais o princípio da eficiência permite invalidar atividades de fomento que não sejam adequadas ou que gravem excessivamente o patrimônio público, havendo certeza de que há meios menos lesivos e até mesmo mais eficazes para se alcançar o mesmo objetivo. (OLIVEIRA, p. 527).

⁵¹⁶ Todavia, sobre a exigência de lei, importante observação é feita por José Afonso da Silva (2002, p. 784): “De fato, não se exige lei em cada caso para estimular e apoiar a iniciativa privada na organização e exploração da atividade econômica, como também não é mediante lei que se limitam atividades econômicas. Essas intervenções todas se realizam mediante ato administrativo, embora não possam efetivar-se senão de acordo com previsão legal. As limitações, sim, como ingerência disciplinadora, constituem formas de intervenção por via de regulamentação legal, mas o fomento nem sempre demanda lei, tal a implantação de infraestrutura, a concessão de financiamentos por instituições oficiais, o apoio tecnológico”.

Para deslinde do presente artigo, serão analisados os benefícios/incentivos tributários que são utilizados para alcançar à finalidade pública desejada, que regra geral, refere-se a promoção do desenvolvimento econômico e social.

3. INCENTIVO TRIBUTÁRIO, EXTRAFISCALIDADE E A GUERRA FISCAL NO ÂMBITO DO ICMS

3.1 Incentivo Tributário e a Extrafiscalidade

Determina o art. 150, § 6º, da Constituição ao dispor sobre o sistema tributário que: “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”, tal comando visa garantir que a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, não abduquem de suas receitas, sem que haja lei específica autorizando a dispensa ou diminuição do tributo.

Há uma única exceção no referido dispositivo que diz respeito ao ICMS⁵¹⁷, para este imposto qualquer incentivo, benefício ou redução de base de cálculo, deve atender os dispositivos da Lei Complementar nº 24/75⁵¹⁸.

Logo, pode-se depreender que em matéria tributária, salvo a exceção aplicada ao ICMS, é necessária a edição de lei específica para fins de concessão de qualquer forma de incentivo aos contribuintes⁵¹⁹.

Regra geral, todo tributo tem função fiscal, qual seja, a de arrecadar recursos para atender as necessidades do Estado, entretanto, conforme observa Paulsen (2014, p. 27): “mas, como os tributos sempre oneram as situações ou operações sobre as quais incidem, acabam por influenciar as escolhas dos agentes econômicos, gerando efeitos extrafiscais”, ou seja, de um modo geral, acabam por possuir outros efeitos que não apenas o de arrecadar.

⁵¹⁷ Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

⁵¹⁸ Dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, e dá outras providências.

⁵¹⁹ É aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador (inciso I do art. 121 do Código Tributário Nacional).

Conforme observa Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 255) sobre a legislação que cria o tributo, dispõe que esta “vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso”, de tal forma que o tributo possua então uma função extrafiscal.

Logo, o tributo não pode ser visto meramente como fonte de arrecadação dos entes federativos; evidente que a sua função fiscal continua a ser primordial, mas não a única; é possível por meio dele alcançar objetivos que são de incumbência do próprio poder público, mas que por meio da participação da iniciativa privada torna-se mais rápida e efetiva o seu alcance.

Exemplo importante que reflete a utilização da extrafiscalidade está previsto nos arts. 174, § 2º⁵²⁰ e 179⁵²¹ da Constituição Federal, ao prever estímulo ao cooperativismo e ao associativismo, bem como tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e as empresas de pequeno porte.

Tais dispositivos referem-se também a função de incentivo prevista no art. 174 da Constituição Federal, que deve ser exercida pelo Poder Público, por isso, observa Justen Filho (2015, p. 716): “Há uma grande variedade de instrumentos para promover o fomento. (...) Assim, se passa, por exemplo, no caso da extrafiscalidade – que consiste na utilização do tributo para o fim de condicionar a conduta dos sujeitos passivos tributários”.

Ademais, a função extrafiscal do tributo de longa data tem sido utilizada pelo Poder Público para atender necessidades que vão além da mera arrecadação, como por exemplo, fomentar determinada atividade ou região.

Casalta Nabais (2005, p. 136) destaca dois setores da extrafiscalidade: “o domínio ou sector dos impostos extrafiscais ou de agravamentos extrafiscais de impostos, de um lado, e o domínio ou sector dos benefícios fiscais, de outro”.

⁵²⁰ § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

⁵²¹ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Importante ressaltar que tanto a União, Estados, Municípios e Distrito Federal dentro do âmbito de suas competências lançam mão do incentivo tributário para gerar emprego, aumentar renda, desenvolver determinado Município ou região, estimular o aperfeiçoamento e utilização de novas tecnologias, etc.; o que, em nossa singela compreensão, é um instrumento de fomento.

Para José Eduardo Soares de Melo (2006, p. 290), a concessão de incentivos tributários pelo Poder Público tem: “o natural objetivo de estimular o contribuinte à adoção de determinados comportamentos, tendo como subjacente o propósito governamental à realização de diversificados interesses públicos”.

É lógico que não se pode ignorar que a utilização do direito promocional pelo Poder Público esta adstrito, conforme já aventado no tópico 1, aos princípios constitucionais, em especial a proporcionalidade e a razoabilidade, que dão o contorno necessário para que o fomento concedido seja adequado e razoável em relação ao objetivo pretendido.

Ademais, conforme assevera Justen Filho (2015, p. 715): “os ganhos sociais, econômicos e culturais inerentes ao fomento compensam a redução da arrecadação ou a transferência de benefícios promovida pelo Estado”.

Ferraz Junior (1998, p. 278) também destaca a importância do fomento como “atividade capaz de remover desigualdades básicas geradas por condições econômicas adversas, numa região ou num setor, que, então, devem ser compensadas por incentivos”, sendo essa a função do art. 174 da Constituição Federal.

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000) estabelece em seu art. 14⁵²² as condições para fins da concessão de

⁵²² Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

incentivo pelos entes públicos, quais sejam: a demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita e estar acompanhada de medidas de compensação.

No pertinente a essa matéria, observa Carvalho (2009, p. 256), que o legislador deve construir suas pretensões extrafiscais “inteiramente, dentro dos parâmetros constitucionais, observando as limitações de sua competência impositiva e os princípios superiores que regem a matéria”, ou seja, o almejado efeito extrafiscal deve ser acompanhado de todas as diretrizes que regem a concessão de incentivos fiscais.

Ademais, merece destaque a observação feita por Daniel Ferreira (2012, p. 181): “quem exerce função administrativa sempre deve estar atento ao cumprimento da lei com vistas ao (potencial) atingimento da finalidade que legitima e determina a prática de cada ato”, por isso, o mandamento constante na Lei de Responsabilidade Fiscal é fundamental para que a concessão dos incentivos tributários não se dê ao bel prazer dos agentes públicos.

Embora o legislador tenha se precavido ao criar normas protetoras com o intuito de evitar o uso indiscriminado de incentivos fiscais, certo é que sua instituição quando realizada dentro das regras dispostas, é um instrumento relevante para o alcance de objetivos tão importantes, como a diminuição das desigualdades sociais e regionais e para promoção do desenvolvimento do país.

Em relação ao incentivo fiscal dispõe o alemão Klaus Tipke (2012, p. 65-66) que este: “pressupõe razões de interesse público, e na verdade, aquelas que são no mínimo de igual ao valor do bem comum da imposição uniforme segundo a capacidade contributiva”,

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1o;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

nesse sentido, deve haver uma relação adequada entre o favorecimento fiscal concedido e as razões do bem comum.

Para Bobbio (2007. P. 20): “o incentivo tende a induzir certos empreendedores a modificar a situação existente”, ou seja, por meio do direito promocional é possível induzir os particulares a assumir comportamentos de fazer ou não-fazer, conforme o objetivo desejado pela norma instituidora do benefício.

José Casalta Nabais (2005, p. 137) ao analisar os benefícios fiscais dinâmicos ou os incentivos ou estímulos fiscais na Constituição portuguesa dispõe que estes: “visam incentivar ou estimular a adopção de certos comportamentos ou o exercício de determinadas actividades, estabelecendo, para esse efeito, uma relação entre as vantagens atribuídas e os comportamentos ou as actividades estimulados em termos de causa-efeito”.

Da breve análise realizada nos autores estrangeiros (Tipke, Bobbio e Nabais) é possível constatar que ambos são a favor da utilização de benefícios/incentivos fiscais desde que haja uma relação – proporção adequada entre os benefícios concedidos pelo Poder Público e as vantagens recebidas em virtude do estímulo concedido.

Por isso, assevera Justen Filho (2014, p. VI-8) que: “O poder público tem um leque variado de incentivos a serem concedidos ao particular como forme de estimulá-lo a adotar determinada conduta”, e tal disponibilidade, não pode ser desconsiderada.

Por isso, tal averiguação é pertinente dentro do fomento, na modalidade de incentivos fiscais, pois, o objetivo maior a ser alcançado – repita-se novamente – é o desenvolvimento nacional ou regional.

3.2 Guerra Fiscal no âmbito do ICMS

No âmbito do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicação (ICMS), foi disposto no art. 155, § 2º, XII, “g” da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que cabe à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”

Assim, a Constituição determinou à Lei Complementar, que regulasse a matéria inerente a concessão e revogação da isenção, incentivos e benefícios fiscais a serem adotados pelos Estados e pelo Distrito Federal.

Nesse sentido, importante observação é feita por Carrazza (2011, p. 504): “*excepcionou* a regra geral que assegura a cada pessoa política competente para criar o tributo a aptidão jurídica para, unilateralmente, conceder isenção tributária”, embora o autor disponha sobre a isenção, tal afirmativa se aplica aos demais benefícios e incentivos que são disciplinados por Lei Complementar.

Atualmente, a matéria atinente a concessão de incentivos e benefícios fiscais, assim como a isenção, é disciplinada pela Lei Complementar nº 24 (BRASIL, 1975), que embora anterior à Constituição de 1988 foi recepcionada por esta e está em vigor até os dias atuais.

O art. 1º⁵²³ da Lei Complementar nº 24 de 1975 exige a celebração e ratificação de Convênio por todos os Estados e o Distrito Federal para fins de concessão de incentivos fiscais.

Os Convênios são acordos celebrados pelos Estados no âmbito do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária⁵²⁴.

Assim, cabe ao Conselho Nacional de Política Fazendária, que é formado por representantes de todos os Estados, deliberar sobre a concessão de incentivos, entretanto, de acordo com o disposto no § 2º do art. 1º da Lei Complementar nº 24 (BRASIL, 1975)

⁵²³ Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

⁵²⁴ O Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) é constituído pelos Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal e presidido pelo Ministro da Fazenda ou pelo representante por ele indicado. Também fazem parte desse conselho os representantes das unidades federadas. Disponível em:

<<http://www1.fazenda.gov.br/carta/carta-confaz.asp>> Acesso em 09/08/15 às 15:00 hs.

“dependerá sempre de decisão unânime (grifo nosso) dos Estados representados”.

Considerando as diferenças regionais, culturais, políticas, estruturais, entre outras, de um país da extensão do Brasil, imagine-se a dificuldade em obter decisão unânime para então ter um benefício aprovado.

No âmbito do ICMS, isso é praticamente impossível, salvo, um ou outro caso, em que o benefício concedido seja relevante para toda a coletividade, tal como ocorre com a isenção concedida para alguns medicamentos utilizados no tratamento do câncer e da AIDS.

Logo, para que um Estado possa conceder qualquer tipo de incentivo às empresas localizadas em seu território, é necessário que o representante do Estado leve a sua proposta para análise na reunião do CONFAZ e que esta tenha aprovação “unânime”; não é parcial, nem por maioria, e sim “unânime”.

Carrazza (2011, p. 53) ao analisar a importância dos convênios para o pacto federativo destaca que: “Os convênios – ressalte-se – fortalecem a Federação, evitando que cada Estado-membro (ou o Distrito Federal) busque, por intermédio de benesses concedidas unilateralmente, atrair, a qualquer preço, para seus territórios, contribuintes de ICMS”.

Importante destacar ainda que de acordo com o art. 3º da Lei Complementar nº 24/75: “Os convênios podem dispor que a aplicação de qualquer de suas cláusulas seja limitada a uma ou a algumas Unidades da Federação”, ou seja, é possível que o benefício concedido se aplique a determinado (s) Estado(s).

Todavia, na prática, o que acontece é bem diferente, pois, devido a dificuldade de conseguir aprovação de qualquer benefício junto ao CONFAZ, os Estados acabam por conceder os respectivos benefícios unilateralmente, sem que os mesmos sejam submetidos aos demais Estados para aprovação.

A concessão de benefício de forma unilateral normalmente é questionada via Ação Direta de Inconstitucionalidade⁵²⁵ pelos Estados

⁵²⁵ Numa rápida pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal em relação a Ação Direta de Inconstitucionalidade tendo como parâmetro de pesquisa a “Lei Complementar nº 24/75”, obteve-se um retorno de 12 processos. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em 020/01/16 às 20:00 hs.

que se sentem prejudicados pela concessão do crédito outorgado e por isso buscam meios de revogá-los.

O problema é que praticamente todos os estados concedem incentivos de forma unilateral, é isso dá origem ao que se convencionou chamar de “guerra fiscal”, que é justamente a concessão de incentivos pelos estados com vistas a atrair empresas para os seus Estados, criando um verdadeiro balcão de ofertas.

Em virtude desse panorama, que inclusive é uma das pautas que estão em discussão no Congresso Nacional sobre a reforma tributária, é que o Supremo Tribunal Federal chegou a propor Súmula Vinculante⁵²⁶ para dispor que é inconstitucional qualquer benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, todavia, a Súmula não foi editada, pois, o Supremo aguarda que o Congresso Nacional tome providências sobre o assunto, já que diz respeito não a um, mas, a todos os Estados-Membros da República Federativa do Brasil.

Todavia, o que queremos questionar para deslinde do presente artigo é: no âmbito do ICMS a concessão de incentivos fiscais que visem promover o desenvolvimento nacional ou regional, concedidos pelos Estados de forma unilateral, sem amparo em Convênio devem ser considerados irregulares e portanto passíveis de revogação?, ou, se em virtude da função promocional que o Estado deve desempenhar tal como apregoado pelo art. 174 da Constituição tais incentivos se caracterizam como instrumentos de fomento e portanto devem ser mantidos e até mesmo estimulados pelo Poder Público?

⁵²⁶ Proposta de Verbete: “Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional”. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4222438>> Acesso em 02/01/16 às 20:00 hs.

4. A CONCESSÃO DE INCENTIVOS TRIBUTÁRIOS COMO INSTRUMENTO FOMENTADOR E NÃO DE REALIZAÇÃO DE GUERRA FISCAL

4.1 Possibilidade de Concessão de Tratamento Diferenciado

A primeira parte do art. 5º da Constituição determina que: “Todos são iguais perante a lei, sem **distinção de qualquer natureza** (grifo nosso)”, assim, parece confuso falar em tratamento diferenciado, na medida em que a própria Constituição determina a não distinção, todavia, conforme observa Mello (2009, p. 18): “o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”, logo, a Constituição não proíbe o tratamento diferenciado, mas impõe que haja fundamento em sua adoção e que este não configure arbítrio ou mera liberalidade do legislador.

É nesse sentido que Mello apresenta três critérios para identificação do desrespeito a isonomia, que assim podemos resumir: a) o fator tomado como *discrimen* em si, b) relação lógica entre o fator de *discrimen* e o tratamento diferenciado e c) se estes não afrontam o texto constitucional. (Mello, 2009, p. 20).

Logo, para que a lei possa conceder tratamento diferenciado a situações, pessoas ou coisas é necessário que haja coerência em relação ao que se pretender discriminar com o tratamento concedido em virtude da referida discriminação.

Observa Paulsen (2014, p. 30) que a possibilidade de tratamento diferenciado se justifica quando: “presente uma finalidade constitucionalmente amparada, o tratamento diferenciado seja estabelecido em função de critério que com ele guarde relação e que efetivamente seja apto a levar ao fim colimado”.

Nesse sentido, o fomento é vislumbrado, nos dizeres de Ferraz Junior (1998, p. 278): “como atividade capaz de remover desigualdades básicas geradas por condições econômicas adversas, numa região ou num setor, que, então, devem ser compensadas por incentivos”, daí, porque a concessão de incentivo tributário nessa seara se mostra adequado e necessário para realizar objetivos maiores do que simplesmente a dispensa ou redução do tributo que é concedido à empresa fomentada, ou seja, contribuir para o desenvolvimento nacional ou regional.

O problema da concessão de incentivos tributários segundo Tipke (2012, p. 64) consiste em saber se: “A desvantagem dos favorecimentos fiscais consiste em que frequentemente é difícil prever se a meta do favorecimento será alcançada; muitas vezes os investimentos são ruinosos”. A preocupação apresentada pelo autor alemão é consistente, na medida em que, nesse Brasil de “meu DEUS”, há uma série de incentivos que são concedidos sem nenhum tipo de critério.

Na verdade, a concessão de uma série de incentivos tributários possui cunho político e por isso, temporário, sem que haja preocupação por parte do concessor em averiguar eventuais prejuízos existentes.

Nessa situação, os maiores prejudicados são as empresas que trabalham de maneira adequada, pois, ao se conceder com intuito político favorecimento fiscal à uma empresa ou grupo de empresa específico, o Estado interfere diretamente na livre concorrência, prejudicando-os. (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 281).

Por isso, é pertinente e necessário que o legislador estabeleça contornos para que os incentivos concedidos atendam efetivamente os princípios constitucionais, bem como atendam na medida do possível o interesse de toda a coletividade, e assim, sejam geradores de “desenvolvimento” e não de “atrofia/retrocesso”.

Por isso, no âmbito do ICMS que é um imposto de competência dos Estados, o legislador constituinte entendeu por bem estabelecer parâmetros legais para a concessão de incentivos, de tal forma, a não acirrar ainda mais a disputa entre os Estados, a chamada “guerra fiscal”.

Exigiu-se para tanto, com base na Lei Complementar nº 24/75, Convênio celebrado por todos os Estados, a fim de evitar que benefícios fossem utilizados de forma indiscriminada, apenas com o intuito de prejudicar os demais entes da federação.

Conforme observa Ferraz Junior (1998, p. 281): “O incentivo, instrumento de ‘guerra fiscal’, é aquele que, ao ter por base o ICMS, reduz ou elimina-lhe o respectivo ônus”, entretanto, alerta (1998, p. 280): “que há formas incentivadoras legítimas, no caso de Estados-membros, que são por sua própria natureza, instrumentos de fomento complexos que não têm *por base* o ICMS nem lhes reduzem ou eliminam o respectivo ônus”.

Tais observações são pertinentes, considerando que ao dispor sobre a necessidade de Convênio para a concessão de incentivos fiscais, a Lei Complementar o fez tendo por base o ICMS, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus.

Entretanto, conforme acertadamente dispôs Ferraz Junior, os incentivos tributários utilizados como instrumento de fomento previsto no art. 174 da Constituição não guardam relação com a exigência de Convênio prevista na Lei Complementar nº 24/75, pois, tais políticas não têm o condão de eliminar ou reduzir o ICMS, e sim de “desenvolver”, de “promover” o desenvolvimento e, assim, contribuir para a redução das desigualdades sociais e regionais.

Tais políticas pertencem ao poder público (já alertamos no tópico 1 sobre a dificuldade deste na realização daquelas), todavia, em virtude da dificuldade deste em atingir “tudo” e a “todos”, buscam por meio do direito promocional, atrair a iniciativa privada por meio dos incentivos tributários, a auxiliá-los nessa difícil missão.

Por isso, apresentamos abaixo, exemplos de incentivos tributários concedidos pelo Poder Público, que a nosso ver são instrumentos de fomento, que visam o desenvolvimento regional ou nacional.

4.2 Pesquisa e Tecnologia – Lei nº 8.248/91

O art. 218 da Constituição (BRASIL, 1988) dispõe que: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”, nesse sentido, temos a Lei nº 8.248 (BRASIL, 1991) e o Decreto nº 5.906 (BRASIL, 2006), que preveem a concessão de incentivos fiscais às empresas que investirem em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologia da informação.

O Decreto nº 5.906 (BRASIL, 2006) dispõe que: “As empresas que invistam em atividades de pesquisa e desenvolvimento em tecnologias da informação poderão pleitear isenção ou redução do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI”, logo, os estabelecimentos industriais que cumprirem as condições dispostas no referido Decreto farão jus ao benefício fiscal para bens de informática e automação relacionados no respectivo Decreto.

Assim, verifica-se que a isenção ou redução do IPI não se dá de maneira incondicionada, pelo contrário, há uma série de condições que devem ser atendidas a fim de que a empresa possa usufruir do benefício, destacando-se (BRASIL, Decreto nº 5.906, 2006):

- a) investimento anual em pesquisa e desenvolvimento em tecnologias da informação a serem realizadas no país (art. 8º);
- b) os bens de informática e automação devem ser produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico - PPB⁵²⁷, condicionados à apresentação de proposta de projeto ao Ministério da Ciência e Tecnologia (art. 17);
- c) implantação de sistema de qualidade e programa de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa (art. 29).

Importante destacar, que o objetivo da referida legislação não é a concessão da redução do IPI em si, mas à atração exercida sobre as empresas para que invistam em ciência e tecnologia e assim ajudem o Poder Público a promover o desenvolvimento tecnológico do país, cumprindo o disposto no art. 218 do texto Constitucional.

Segundo informação obtida no site do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio⁵²⁸: “A utilização dos incentivos fiscais vinculados ao PPB é responsável pela permanência ou instalação, no Brasil, de muitos empreendimentos industriais, tanto no Polo Industrial de Manaus, como em outras localidades do País, por meio da Lei de Informática”.

Logo, é possível depreender que o fomento via incentivo fiscal concedido às empresas de tecnologia, constitui um importante instrumento de desenvolvimento desse importante setor para o país.

4.3 Estado do Paraná – Programa Paraná Competitivo

No Estado do Paraná temos a Lei nº 15.426 (PARANÁ, 2007) que dispõe sobre incentivos fiscais à empresas para implantação ou

⁵²⁷ Processo Produtivo Básico - PPB é o conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto (art. 16 do Decreto nº 5.906, 2006).

⁵²⁸ Disponível em:

<<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=2&menu=1103>> Acesso em 02/01/16 às 20:00hs

expansão de atividades no Estado, bem como Decreto nº 630 (PARANÁ, 2011), que criou o “Programa Paraná Competitivo”.

Tais dispositivos são exemplos claros de atividade fomentadora, pois, traz como objetivo do Programa (PARANÁ, Decreto 630, 2011) em seu art. 1º: “atrair novos investimentos, gerar emprego e renda, promover a descentralização regional e a preservação ambiental, pela indução do desenvolvimento industrial do Estado”, ou seja, não é uma mera concessão de benefícios com objetivos de instigar a competição entre os Estados (embora isso ocorra em termos práticos), mas sim, por meio dele, obter o desenvolvimento do Estado, gerando emprego e renda.

É um instrumento de atração e, portanto, não deixa de gerar competição em relação aos demais Estados que não concedem incentivos tão atrativos, entretanto, não se pode esquecer que o Estado busca por meio desse mecanismo promover o desenvolvimento do Estado e ao mesmo tempo satisfazer as necessidades da coletividade, por meio da geração de emprego e renda.

A Lei nº 15.426 (PARANÁ, 2007)⁵²⁹, determinou que as empresas que receberem incentivos fiscais deverão cumprir obrigatoriamente condições que constarão dos respectivos acordos ou contratos, como, manutenção do nível de emprego e aplicação de parte dos incentivos recebidos em qualificação dos colaboradores.

Ademais, também dispõe a referida Lei, alterada nesse ponto pela Lei nº 16.192 (PARANÁ, 2009) em seu art. 3º que: “O descumprimento dos requisitos desta lei, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, ensejará a cessação dos incentivos fiscais concedidos”; tal dispositivo reforça o nosso pensamento de que os incentivos concedidos aos participantes do referido programa não são no sentido de fomentar a chamada “guerra fiscal” há muito

⁵²⁹ Art. 1º. As empresas que receberem incentivos fiscais de qualquer natureza para implantação ou expansão de atividades no Estado do Paraná deverão cumprir obrigatoriamente as seguintes condições que constarão dos respectivos acordos ou contratos:

- a) manutenção de nível de emprego e vedação de dispensa, salvo por justa causa ou motivação financeira obstativa da continuidade da atividade econômica devidamente comprovada pelo beneficiário do incentivo fiscal.
- b) aplicação de até 5% do valor dos incentivos fiscais recebidos em programas voltados à qualificação do trabalhador.

tempo travada entre os Estados, e sim, de fomento necessário e obrigatório tal como desejado pelo legislador constituinte e expresso no art. 174 do nosso texto Constitucional, visando o desenvolvimento social e regional.

Importante destacar, que essas são as legislações que se encontram em vigor atualmente, entretanto, destaca-se que a concessão de incentivos tributários com o intuito de atrair empresas ao Estado do Paraná iniciaram há décadas, destacando-se o período de 1990⁵³⁰, sendo responsável por diversas unidades de empresas multinacionais instaladas no Estado, em especial, as do seguimento automotivo.

As legislações publicadas para fomentar as atividades industriais no Estado com o passar do tempo foram se alterando e se moldando a realidade do Estado e do país.

Por exemplo, em 2003, na época do Programa “Bom Emprego”⁵³¹, recebia maiores incentivos tributários às empresas que se instalavam em Municípios com pouco ou nenhum investimento industrial, ora, a intenção do legislador à ocasião era justamente proporcionar desenvolvimento naqueles Municípios que normalmente não eram de interesse das empresas por serem mais afastados ou não possuíam infraestrutura compatível com o empreendimento.

Assim, percebe-se, que os incentivos concedidos eram apenas um atrativo às empresas, pois, o objetivo maior do Poder Público era fomentar o crescimento e o desenvolvimento em Municípios menores e pouco atrativos aos olhos da iniciativa privada.

A legislação atual não privilegia a concessão de incentivos a este ou aquele Município do Estado, pois, a experiência passada mostrou que a depender da condição da região, mesmo que se oferte o melhor dos benefícios, a iniciativa privada não se sente atraída.

⁵³⁰ Historicamente, o Paraná viveu dois momentos de grande relevância na atração de investimentos diretos na indústria. O primeiro ciclo se deu na década de 70, com a criação da Cidade Industrial de Curitiba (CIC) e a instalação de multinacionais como a Volvo do Brasil e a New Holland (atualmente CNH). O segundo ocorreu nos anos 1990, quando se instalaram no Paraná indústrias como Renault, Nissan, Chrysler e Volkswagen. (Fonte: Gazeta do Povo). Disponível em:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/parana-volta-a-ser-protagonista-na-atracao-de-investimentos-97oeqhq3sutwgn3r0rlgc2xqm>>. Acesso em 02/01/16 às 15:00 hs.

⁵³¹ Disciplinado pelo Decreto nº 1.465, de 18 de junho de 2003.

Importante lembrar que os incentivos fiscais são importantes, mas quando se lida com a iniciativa privada, deve-se lembrar, que outras variáveis são consideradas para alcançar a eficiência e lucratividade do seu negócio, tais como fatores logísticos, de qualificação, infraestrutura, entre outros.

4.4 Estado da Bahia – Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve

Por meio da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2002 e do Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, o Estado da Bahia criou o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica, denominado DESENVOLVE, que apresenta objetivos econômicos, sociais, ambientais, entre outros, os quais merecem destaque pela riqueza de detalhes em relação à maneira como foram apresentados no texto legal: (BAHIA, Decreto nº 8.205, 2002)

- a) o fomento à instalação de novos empreendimentos industriais ou agro industriais e à expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agro já instalados;
- b) a desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social;
- c) a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado;
- d) o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias;
- e) a interação da empresa com a comunidade em que pretenda atuar;
- f) a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes;
- g) prevenção dos impactos ambientais dos projetos e o relacionamento da empresa com o ambiente.

Verifica-se que os objetivos propostos visam de alguma maneira promover o desenvolvimento como um todo: econômico, financeiro, social, ambiental, regional e, por isso, guardam relação direta com os valores e objetivos consagrados no texto Constitucional.

Ademais, em virtude dos objetivos almejados, o Estado da Bahia concede aos participantes do referido programa uma série de

incentivos, benefícios, dilação de prazo do ICMS que são o pano de fundo para atrair a iniciativa privada a participar de um projeto que é do poder público para toda a coletividade.

Em virtude dos incentivos concedidos, o Estado da Bahia acabou recebendo diversas empresas, tais como a Ford, Braskem, Boticário, entre tantas outras, que atraídas pelos benefícios se instalaram em diversos Municípios do Estado, entre os quais podemos citar Camaçari⁵³², o que tem promovido o desenvolvimento dessa região.

4.5 Zona Franca de Manaus

O Decreto-Lei nº 288 (BRASIL, 1967) regulamentou a Zona Franca de Manaus, dispondo já em seu art. 1º que a finalidade da criação de uma área de livre comércio na região tinha (tem) como intuito promover o desenvolvimento da região.⁵³³

A administração da Zona Franca é exercida pela Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA) entidade autárquica, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, com sede e foro na cidade de Manaus, capital do Estado do Amazonas.

São diversos os incentivos fiscais concedidos às empresas instaladas na Zona Franca de Manaus, entre os quais destacamos:

- a) isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas vendas de produtos industrializados nacionais destinados à comercialização ou industrialização na referida região, desde que a empresa destinatária tenha inscrição na Superintendência da Zona Franca de Manaus - Suframa (BRASIL, Convênio ICMS nº 65, 1988);

⁵³² Segundo dados obtidos no site do Município, Camaçari tem o maior PIB (Produto Interno Bruto) industrial do nordeste, de 6 bilhões. Disponível em <<http://www.camacari.ba.gov.br/2015/dados.php>>. Acesso em 02/01/16 às 21:00 hs.

⁵³³ Art 1º A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos. (BRASIL, Decreto-Lei nº 288, 1967)

- b) isenção do Imposto de Importação (II) na entrada de mercadorias na ZFM, destinadas a seu consumo interno ou industrialização (BRASIL, art. 505 do Decreto nº 6.759, 2009);
- c) suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), que se converte em isenção quando da entrada do produto na área incentivada (BRASIL, art. 86 do Decreto nº 7.212, 2010);
- d) redução a 0 (zero) das alíquotas da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS incidentes sobre as receitas de vendas de mercadorias destinadas ao consumo ou à industrialização na ZFM. (BRASIL, art. 2º, da Lei nº 10.996, 2004).

Além desses, há uma série de outros benefícios/incentivos, concedidos principalmente pelo Estado do Amazonas no âmbito do ICMS, que visam de alguma forma postergar, reduzir ou até mesmo dispensar o imposto devido.

Além da Zona Franca de Manaus, também há incentivos voltados para a chamada “Amazônia Ocidental”⁵³⁴ e “Área de Livre Comércio”.

Ives Gandra da Silva Martins ao prefaciar a obra Marco Regulatório dos Incentivos Fiscais da Zona Franca de Manaus, Amazônia Ocidental e Áreas de Livre Comércio (2013, p. 11) e tratar sobre a Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, dispôs que: “Estavam convencidos – e corretamente – que esse órgão seria o marco maior para seu desenvolvimento industrial e a melhor forma de afastar os olhos de outras nações sobre a Amazônia, que muitos países desejariam fosse território universal e não brasileiro”, tal observação visa destacar a importância que foi, e ainda é, a concessão de incentivos que visam de maneira clara e objetiva e desde de longa data promover o desenvolvimento de uma região tão vasta e complexa.

Também consta da publicação “Marco Regulatório dos Incentivos Fiscais da Zona Franca de Manaus, Amazônia Ocidental e Áreas de Livre Comércio” (2013, p. 35) que: “Das Políticas Públicas adotadas pelo Governo Federal para a Amazônia, no século XX, a mais eficaz foi a implantação da Zona Franca de Manaus e a extensão de alguns de seus benefícios para a Amazônia Ocidental e Áreas de Livre Comércio”.

⁵³⁴ Estende Benefícios do Decreto-Lei número 288, de 28 de fevereiro de 1967, a Áreas da Amazônia Ocidental e dá outras Providências. (BRASIL, Decreto-Lei nº 356, 2007)

Tal afirmativa visa confirmar a importância dos incentivos concedidos para promover o desenvolvimento de toda a região – desenvolvimento este, não apenas em termos de instalação de empresas, mas de toda a comunidade (geração de emprego, aumento da renda, capacitação profissional, entre outros) por todo esse processo.

Não se pode olvidar, que se não fosse a concessão de incentivos tributários, essa região do país não teria alcançado o êxito que alcançou e que tem alcançado ao longo dos anos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido e percebido que o Poder Público não consegue atender e satisfazer todas as necessidades da coletividade.

Sem entrar no mérito da política e das deficiências da Administração, sabe-se que o Poder Público possui suas limitações, ainda mais, considerando o modelo de Estado que adotamos, que mais do que proteger e limitar - deve - promover e transformar.

Para tanto é necessário que se crie mecanismos que lhe auxiliem a enfrentar essa difícil tarefa. Nesse sentido o fomento apresenta-se com um instrumento valioso, por meio do qual, o Poder Público convida (atrai) a iniciativa privada, que em troca de benefício, lhe auxilia na promoção de direitos e garantias, nem sempre fruíveis a todos.

Nesse contexto, a concessão de incentivos tributários, se mostra de fácil assimilação e interesse pela iniciativa privada, pois, num país como o nosso em que a arrecadação de tributos bate recorde a cada mês, qualquer benefício que lhe diminua, salta aos olhos.

De longa data, não se vislumbra mais o Estado arrecadador – coletor de impostos – os tempos são outros e pede novas políticas tributárias.

O Poder Público percebeu, no campo tributário, que premiar e incentivar é melhor do que sancionar e punir.

Tanto é que se vislumbra não apenas a função fiscal do tributo, mas em especial a sua função extrafiscal, na medida em que essa possibilita o Estado realizar via tributação, objetivos outros,

como por exemplo, diminuir o custo da população para acesso à medicamentos e alimentos essenciais para lhe garantir a sobrevivência.

Por isso, as políticas de estímulo se mostram adequada: se de um lado o Estado tem que conceder – via incentivo; de outro, os ganhos recebidos com geração de novos postos de trabalho, aumento da renda, desenvolvimento regional, diminuição das desigualdades sociais e regionais alcançadas pelas políticas de estímulo, compensam.

O grande problema é que muitas dessas políticas de incentivos são realizadas apenas com intuito político de ocasião, e portanto, sem a consistência necessária para que possa dizer que ela promoveu, fomentou o desenvolvimento no interesse da coletividade; pelo contrário, em muitas situações são adotadas com o único exclusivo fim de atender interesses eleitoreiros.

Não é sem razão, que no âmbito do ICMS (imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal) se tenha estimulado a chamada “guerra fiscal”, pois, muitas vezes por interesse de uma determinada empresa ou grupo de empresas e fins políticos, o Estado acaba concedendo incentivos (denominados de incentivos encomendados), sem que haja uma contrapartida.

Quando age assim, o Estado além de não auxiliar na promoção do desenvolvimento nacional e regional, interfere na livre concorrência, pois, prejudica àquele que não tendo métodos para barganhar com o Estado, vê seu negócio diminuir a cada dia. Não podemos esquecer que o tributo é fator preponderante no negócio de qualquer empresa.

Assim, o presente artigo, não vislumbrou e nem estimulou como positiva tal prática, entretanto, a existência dessas situações de flagrante imoralidade e irresponsabilidade na concessão de determinados benefícios, não pode prejudicar àqueles que são concedidos com finalidades outras.

Por isso, por meio dos exemplos apresentados procurou-se referenciar que há boas políticas de incentivo que longe de instigarem a “guerra fiscal” entre os Estados ou entre os Estados e a União ou entre Municípios, são verdadeiros instrumentos de políticas fomentadoras que se mostraram e se mostram ao longo do tempo necessárias para atingir objetivos maiores, como por exemplo, o

desenvolvimento da região amazônica, do nordeste e até mesmo do Sul.

Importante destacar, que não somos inocentes a ponto de achar que mesmo para essas situações não haja problemas ou dificuldades diversas, apenas se quis ilustrar que, mais do que o desenvolvimento da região, tais incentivos concedidos à iniciativa privada, resultaram em políticas de emprego à pessoas que antes se quer vislumbravam um posto de trabalho.

São oportunidades únicas. Para muitos de nós, é apenas um emprego, mas para aquele cidadão que esta lá no sertão da Bahia, ou no calor insuportável de Manaus ou numa cidade afastada da região metropolitana de Curitiba, é a oportunidade de trabalhar, crescer, se desenvolver e assim vislumbrar um futuro melhor para si e para seus filhos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO. Alexandre Santos de. **O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível na Internet:

<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/alexandre-aragao/o-conceito-de-servicos-publicos-no-direito-constitucional-brasileiro>> Acesso em: 20/08/15.

BAHIA. **Lei nº 7.980, de 12 de Dezembro de 2002**. Disponível em <<http://www.seagri.ba.gov.br/content/programa-desenvolve>> Acesso em 02/01/16.

BAHIA. **Decreto nº 8.205, de 03 de Abril de 2002**. Disponível em <<http://www.seagri.ba.gov.br/content/programa-desenvolve>> Acesso em 02/01/16.

BOBBIO. Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 02/01/16.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 288, de 28 de Fevereiro de 1967**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0288.htm> Acesso em 02/01/16.

BRASIL. **Lei Complementar nº 24, de 07 de Janeiro de 1975**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp24.htm> Acesso em 02/01/16.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 04 de Maio de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm> Acesso em 02/01/16.

BRASIL. **Lei nº 8.248, de 23 de Outubro de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8248.htm> Acesso em 02/01/16.

BRASIL. **Lei nº 10.996, de 15 de Dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10996.htm> Acesso em 02/01/16.

BRASIL. **Decreto nº 5.906, de 26 de Setembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2006/Decreto/D5906.htm#art5> Acesso em 02/01/16.

BRASIL. **Decreto nº 6.759, de 05 de Fevereiro de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm> Acesso em 02/01/16.

BRASIL. **Decreto nº 7.212, de 05 de Junho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7212.htm> Acesso em 02/01/16.

CARRAZZA. Roque Antonio. **ICMS**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO. Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CONFAZ. **Conselho de Política Fazendária**. Disponível em <<http://www1.fazenda.gov.br/carta/carta-confaz.asp>> Acesso em 01/02/16.

CONFAZ. **Convênio ICMS nº 65, de 06 de Dezembro de 1988**. Disponível em <http://www1.fazenda.gov.br/confaz/confaz/convenios/icms/1988/CV065_88.htm> Acesso em 01/02/16.

FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio. **Guerra fiscal, fomento e incentivo na Constituição Federal**. In SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (Orgs.). *Direito Tributário – Estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: 1998. Disponível em <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/297463/mod_resource/content/1/TERCIO-Guerrafiscal.pdf> Acesso em 03/01/16 às 9:00 hs.

FERREIRA. Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA. Daniel. **Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, julho/dezembro de 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. JORDÃO. Eduardo Ferreira. **A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fevereiro/março/abril, 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-MARCAL-JUSTEN-EDUARDO-JORDAO.pdf>> Acesso em: 01/01/2016

JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

GRAU. Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2014.

KOLADICZ. Aline Cristina. **A atividade empresarial socioambientalmente responsável e sustentável pela via do fomento estatal**. Curitiba: Centro Universitário Curitiba, 2009 (Dissertação de Mestrado)

MDIC. **Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior**. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br//sitorio/interna/interna.php?area=2&menu=1103>> Acesso em 02/01/16

MELO. José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2006.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA. Egon Bockmann. **Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil**. Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 44, out./dez., 2013. Disponível em: <[https://www.dropbox.com/home/\(FOR\)Interven%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20e%20Adm%20Pub?preview=BOCKMANN%2C+Egon+Moreira.pdf](https://www.dropbox.com/home/(FOR)Interven%C3%A7%C3%A3o%20do%20Estado%20e%20Adm%20Pub?preview=BOCKMANN%2C+Egon+Moreira.pdf)> Acesso em: 01/09/15.

NABAIS. José Casalta. **Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005.

PARANA. **Lei nº 15.426, de 15 e Janeiro de 2007**. Disponível em <<http://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/107200715426.pdf>> Acesso em 02/01/16

PARANA. **Lei nº 16.192, de 24 e Julho de 2009**. Disponível em <<http://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/107200916192.pdf>> Acesso em 02/01/16

PARANA. **Decreto nº 630, de 24 de Fevereiro de 2011**. Disponível em <<http://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/2201100630.pdf>> Acesso em 02/01/16

PARANA. **Decreto nº 1.465, de 18 de Junho de 2003**. Disponível em <<http://www.sefanet.pr.gov.br/dados/SEFADOCUMENTOS/2200301465.pdf>> Acesso em 02/01/16

PAULSEN. Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. (p. 29-64)

STF. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em 02/01/16

SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TIPKE. Klaus; tradução FURQUIM. Luiz Dória. **Moral tributária do estado e dos contribuintes**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

ZONA FRANCA DE MANAUS. **Marco Regulatório dos Incentivos Fiscais da Zona Franca de Manaus, Amazônia Ocidental e Áreas de Livre Comércio**. 3ª ed. Coordenação Geral de Estudos Econômicos e Empresariais — COGEC (org). – Manaus: Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), 2013. Disponível em <<http://www.suframa.gov.br/download/publicacoes/marco-regulatorio-incentivos-fiscais-zfm-ao-alcs.pdf>> Acesso em 03/01/2016 às 24:00 hs.



Instituto Memória
Centro de Estudos da Contemporaneidade

www.institutomemoria.com.br

CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS (In Memoriam – Presidente de Honra). Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutor em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França, Mestre em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná, Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Reitor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, (1998/2002). Membro do Conselho Nacional de Educação (2003/2004) e do Conselho Superior da CAPES (2003/2004).

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS.

Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). Atualmente é Professor Adjunto II na Faculdade de Artes Visuais da Universidade Federal de Goiás, onde coordena o Curso de Pós-Graduação em Cultura Visual.

PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA.

Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. Professor da cátedra de Pensamento latino-americano da Escola de Letras da Universidade Nacional de Córdoba. Membro do Conselho Editorial da Revista Silabário.

PROF.DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI.

Pós-doutor pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015), Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário da graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado no *Curso de Posgrado en Derecho Tributario* na *Universidad Austral de Buenos Aires/Argentina* e ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e da PUC/PR (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de Diretor e Gerente Jurídico em empresas de grande porte na área de Auditoria e Indústria alimentícia no Brasil e no Exterior. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela *Fordham University*, em Nova Iorque/EUA (2010). Publicou os livros "Tributação do Ato Cooperativo" e "A Verdade Material no Direito Tributário". Participa do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP), é associado do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), é membro efetivo do Conselho Fiscal de Três Companhias listadas na BOVESPA e ainda é membro titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda.

PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES.

Pós-Doutor em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Faculdade de Dret. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-pesquisador em Direito da Integração e Direito Internacional da UniBrasil, Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Membro do Grupo Pátrias, UniBrasil, vinculado ao Cnpq. Professor de Direito Internacional da PUCPR, Consultor do MERCOSUL para a livre Circulação de Trabalhadores (2005/2006). Foi Editor Chefe da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Qualis B1, desde a sua fundação e atualmente exerce as funções de Editor Adjunto.

PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES.

Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduada em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). Atualmente é professora Adjunta do departamento de Fundamentos da Educação e do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá.

PROF. DR. FERNANDO ARAUJO.

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas, Mestre (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas, Licenciado em Direito (em 1982). É atualmente docente no Curso de Licenciatura e no Curso de Mestrado e Doutorado.

PROF. DR. FERNANDO KNOERR.

Doutor, Mestre em Direito do Estado e Bacharel pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). É Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. Foi Professor da Universidade Federal do Paraná, Coordenador do Escritório de Prática Jurídica do Curso de Direito e Vice-Procurador-Geral da mesma Universidade. É Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, do Instituto Catarinense de Estudos Jurídicos, do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral e do Instituto dos Advogados do Paraná. É Professor Benemérito da Faculdade de Direito UNIFOZ e Patrono Acadêmico do Instituto Brasileiro de Direito Político.

PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER.

Possui graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas, e Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina - Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, na Linha de Pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos -, com um ano de pesquisas desenvolvidas na Universidad Complutense de Madrid e na Università degli Studi di Roma La Sapienza (modalidade Doutorado Sandúiche, 1999). É pós-doutoranda em Direito Público na Universidade de Lisboa. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. É associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e avaliadora de artigos científicos para seus eventos. Ex-pesquisadora do CNPq e Conselheira Titular do Ministério da Justiça (2008-2012), no CNPCP - Conselho Nacional de Política

Criminal e Penitenciária. Associada ao NELB - Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ.

Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983), com bolsa da Konrad Adenauer Stiftung. Mestre em Literatura, na Ohio University e The University of New México, com bolsa de estudos da Fulbright-Hays Scholarship. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). Autor de numerosos livros de poesia, narrativa e ensaio, tendo já sido publicado no Brasil a novela Caballero (tchê!, 1994) e o ensaio Ideologia Autoritária (Funag, 2005).

PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA.

Possui doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010), Pós Doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento) mestrado em Direito pela PUC-SP (2002), mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001) graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996), graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981), Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteado, Especialização em Mercados Futuros pela BMF - USP, Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Avaliador de curso e institucional pelo INEP MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE.

Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). É professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria. Integra o Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental.

PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI.

Professor. Advogado. Professor no UNIVEM e Professor na PUC/SP. Chefe de Gabinete na PUC/SP. Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Possui graduação (1986), Mestrado (1994) e Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO (UNIVEM) e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Sócio fundador da AJUCASP. Avaliador para cursos de direito ? INEP/MEC. Foi membro do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

PROF. DR. LUC CAPDEVILA.

Pós-Doutorado, Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. Membro do Conselho Científico da Universidade de Rennes 2 e do Conselho Editorial de várias revistas científicas (CLIO Histoire, Femmes, Sociétés; Nuevo Mundo Mundos Nuevos; Diálogos; Takwa). Especialista em História Cultural sobre conflitos sociais contemporâneos, dirige atualmente um programa de investigação multidisciplinar sobre a Guerra do Chaco.

PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER.

Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em História pela Universidade Federal do Paraná. Leciona em cursos da Graduação do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Desembargador Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, TRT-PR, Brasil.

PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA.

Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Professor Associado do Departamento de História e do Programa de Pós-graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, UEM, Brasil, com pesquisas em História da América Latina.

PROF. DR. MATEUS BERTONCINI.

Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Curitiba e na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. É autor de obras e artigos jurídicos. É líder do grupo de pesquisa Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social. Atualmente, vem desenvolvendo pesquisa nas áreas de Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Responsabilidade Social Empresarial. Procurador de Justiça no Paraná.

PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE.

Possui mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC e é Pós-Doutor na Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata. É coordenador - Curso de Espec. em Dir. do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (IBCJS). Vice-Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JÚNIOR. Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná, Membro de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil - Paraná, Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina, Membro do Centro de Letras do Paraná, Professor do UNINTER. Diretor do Departamento de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Internacional.

PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER.

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013) Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999) Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). É professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011). Foi Conselheiro Titular da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf (2003-2005). Foi Conselheiro Estadual da OAB/PR. Foi Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/PR até junho de 2013.

PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ.

Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, UFMS, Brasil.

PROF. DR. PAULO OPUSZKA.

É Bacharel em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. Mestre em Direito (2006) e Doutor em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. É Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal de Santa Maria. É Professor Convidado do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Foi Professor de Direito Econômico na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor convidado da Especialização em Direito do Trabalho, Processo e Mercado do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. É professor licenciado de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Campo Real de Guarapuava/PR. Superintendente do Instituto Municipal de Administração Pública do Município de Curitiba de 2013-2015

PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI.

Doutor em Direito pela UFPR. Professor titular de Direito Penal da UFPR. Professor de Direito Processual Penal no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal. Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP – Brasil). Presidente da Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente de Honra para o Brasil do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Co-autor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n.º 7.209, de 11.07.1984). Co-autor do anteprojeto da Lei de Execução Penal do Brasil (Lei n.º 7.210, de 11.07.1984). Relator do anteprojeto de nova lei de imprensa (Comissão da Ordem dos Advogados do Brasil. Publicado no Diário do Congresso Nacional, n.º 103, seção II, de 14.08.1991). Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal (Portaria n.º 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça). Membro da Comissão instituída pela Escola Nacional da Magistratura para a reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão instituída pelo Ministro da Justiça para promover estudos e propor soluções com vista à simplificação da Lei de Execução Penal. Ex-membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Ex-

Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ex-Magistrado do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Ex-Secretário de Estado da Cultura.

PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN.

Possui graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966), mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975) e doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Professor do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Paraná, membro da Associação Paranaense de História, da Associação Nacional de História, da Asociación Latinoamericana de Población, da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, da Societe de Demographie Historique e da Union Internationale pour Etude Scientifique de la Population. Pesquisador cadastrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) desde 1979 e membro fundador do Centro de Documentação e Pesquisa dos Domínios Portugueses (CEDOPE), do Departamento de História da UFPR; Lidera um grupo de pesquisa junto ao CNPq intitulado "Demografia & História".

PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÉA LEÃO JÚNIOR.

Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999) e Graduado (1996) no UNIVEM (Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP), mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001) e doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru em 2012). Advoga desde 1996.

PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR.

Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCAMP. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

PROF. DR. WAGNER MENEZES.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP - no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Mestre (PUCPR), Doutor (USP), Pós-doutor (UNIVERSIDADE DE PÁDOVA -ITALIA) e Livre-Docente (USP). Realizou pesquisa e estágio junto ao Tribunal Internacional Sobre Direito do Mar - Hamburgo, Alemanha - ITLOS (2007). Atualmente é árbitro do Tribunal do Mercosul (Protocolo de Olivos) - Presidente da ABDI - Academia Brasileira de Direito internacional; Coordenador do Congresso Brasileiro de Direito Internacional; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - Diretor executivo da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI). Editor-Chefe do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Revista jurídica fundada em 1915) e dirige junto a Universidade de São Paulo o Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI.