

ARGUMENTUM
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E QUESTÕES
DE DIREITO ECONÔMICO

REVISTA DE DIREITO

9

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E QUESTÕES
DE DIREITO ECONÔMICO

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E QUESTÕES
DE DIREITO ECONÔMICO - Revista de Direito – Universidade de
Marília.

Volume 09 – Marília: UNIMAR, 2008.

Semestral.

ISSN – 1677-809X

Direito – Periódico. I. Faculdade de Direito de Marília –
UNIMAR
CDDir 340

Editora Arte & Ciência
Rua dos Franceses, 91 – Morro dos Ingleses
São Paulo – SP - CEP 01329-010
Tel.: (011) 3258-3153
www.arteciencia.com.br

Editora UNIMAR
Av. Higyno Muzzi Filho, 1001
Campus Universitário - Marília - SP
Cep 17.525-902 - Fone (14) 2105-4005
www.unimar.br

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Papel Reciclado: a Universidade de Marília preservando o meio ambiente.

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Prof^a Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

PRÓ-REITORA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Prof^a Dr^a Suely Fadul Villibor Flory

COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Prof^a Dr^a Soraya Regina Gasparetto Lunardi

COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

Prof^a Dr^a Francis Marília Pádua Fernandes

Endereço para correspondência
ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Higyno Muzzi Filho, 1001

MARÍLIA – SP – CEP 17525-902 – BRASIL

Telefone: (0xx14) 2105-4005 – fax: (0xx14) 3433-8691

ARGUMENTUM
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E QUESTÕES DE DIREITO ECONÔMICO

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CONSELHO EDITORIAL

1. Dr. Achim Ernest Rörhmann

Membro do Gemeinsame Juristische Prüfungsamt der
Länder Berlin und Brandenburg

2. Dr. Dimitris Christopoulos

Universidade de Panteion (Atenas)

3. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

Universidade Estadual do Rio de Janeiro

4. Dr. Jorge Esquirol

Universidade Internacional da Flórida – USA

5. Dr^a Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Universidade de Marília

6. Dr. John Milios

Universidade Politécnica Nacional (Atenas)

7. Dr. Leonardo Greco

Faculdade de Direito de Campos

8. Dr. Luiz Edson Fachin

Universidade Federal do Paraná

9. Dr^a Maria de Fátima Ribeiro

Universidade de Marília

10. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Universidade de Marília

11. Profa. Rita Loureiro da Universidade

Centro Universitário Salesiano do Estado de São Paulo

Direção da Revista ARGUMENTUM

Prof^a Dr^a Maria de Fátima Ribeiro

Coordenação Editorial

Prof^a Dr^a Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Coordenação Editorial e Preparação de Texto

Prof^a Dr^a Walkíria Martinez Heinrich Ferrer

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Publicação Semestral – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta

Ano 2008. 2º semestre - Volume 9

MARÍLIA – ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL

Sumário

APRESENTAÇÃO	11
--------------------	----

DOCTRINA

PARTE TEMÁTICA

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE QUESTÕES DE DIREITO ECONÔMICO

A função social da propriedade rural

Ricardo Maravalhas de Carvalho BARROS

Lourival José de OLIVEIRA	17
---------------------------------	----

Tributação e ordem econômica

Dalton Luiz DALLAZEM

Joel Gonçalves de LIMA JUNIOR	39
-------------------------------------	----

Política fiscal e desenvolvimento econômico no Brasil

Lourival José de OLIVEIRA

Sharon Cristine Ferreira de SOUZA	61
---	----

PARTE GERAL

A dimensão principiológica do código brasileiro de defesa do consumidor

Ricardo Maurício Freire SOARES	79
--------------------------------------	----

Organização societária e exploração econômica do futebol

Márcia Santos da SILVA	109
------------------------------	-----

A tese da resposta correta de Dworkin diante das novas concepções analíticas do direito: um provável mal-entendido

Luiz Henrique Urquhart CADEMARTORI	137
--	-----

RESUMOS DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2008 (PARCIAL)

A tributação ambiental: proposta para instituição de um imposto ambiental no direito brasileiro Vânia Senegalia Morete SPAGOLLA	151
O princípio da função social da propriedade: empresa Mariângela Conceição Vicente Bergamini de CASTRO	152
Conflito de direitos fundamentais (compatibilidade): o princípio constitucional da livre iniciativa e o princípio da preservação ambiental Juliana MEDINA	153
Cidadania fiscal eticamente responsável e o controle na aplicação do tributo arrecado Douglas Roberto FERREIRA	154
Práticas de responsabilidade social empresarial mediante a concessão de incentivos fiscais Isadora Minotto Gomes SCHWERTNER	156
Valorização do trabalho como condição para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana Débora Brito MORAES	158
Contratos telemáticos: aspectos jurídicos Glauco MOLINA MORAES	159
Agências reguladoras: características, atividades e força normativa José Vicente GODOI JUNIOR	160
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO	161
NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	167

APRESENTAÇÃO

O Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR, concebido a partir da área de concentração em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social proporciona, por meio da REVISTA ARGUMENTUM, possibilidades de reflexões e pesquisas sobre a temática central do Curso que envolve suas duas linhas de pesquisa em Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais bem como Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas.

A REVISTA ARGUMENTUM, mantendo sua proposta editorial redimensionada, é apresentada semestralmente com volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, artigos científicos da área jurídica com a inserção das produções científicas de autores convidados, do corpo docente e discente do Programa. Atendendo os direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto à CAPES e dos indicativos do sistema Qualis, define seu perfil editorial, tendo em vista os novos padrões, além das temáticas eleitas, cada número está publicando artigos na Parte Geral abordando temas relevantes, considerando a contribuição, inestimável, dos colaboradores convidados, favorecendo a qualidade das publicações e reforçando o intercâmbio de idéias. A Revista publica em cada edição os resumos das dissertações defendidas durante o período, possibilitando também maior visibilidade do Programa. Durante o ano de 2008 foram titulados 23 mestrandos, sendo 07 resumos publicados neste número. Contempla também informações específicas sobre a estrutura, objetivos, linhas, grupos e projetos de pesquisa além de outras atividades desenvolvidas pelos professores, mestrandos e alunos do Curso de Graduação em Direito da Instituição.

Os textos que compõem o VOLUME 9 da REVISTA ARGUMENTUM, agregam finalidades prioritárias e bem definidas: tratam do tema sob a ótica da perspectiva jurídica e da econômica da Função Social da Propriedade e Questões de Direito Econômico. Esse direcionamento destaca a abordagem constitucional da função social da propriedade relacionando os princípios gerais da atividade econômica, a atuação do Estado e suas políticas; a propriedade privada, com as limitações de sua função social, passando pela a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego, e o livre exercício de qualquer atividade econômica entre outros enfoques. São publicados os artigos: A Função Social da Propriedade Rural - Ricardo Maravalhas de

Carvalho Barros e Lourival José de Oliveira; Tributação e ordem econômica – Dalton Luiz Dallazem e Joel Gonçalves de Lima Junior; Política fiscal e desenvolvimento econômico no Brasil – Lourival José de Oliveira e Sharon Cristine Ferreira de Souza.

São também colaboradores deste número os seguintes autores e respectivos temas: Ricardo Maurício Freire Soares – A dimensão principiológica do código brasileiro de defesa do consumidor; Márcia Santos da Silva – Exploração Econômica do Futebol; Luiz Henrique Urquhart Cademartori – A tese da resposta correta de Dworkin diante das novas concepções analíticas do direito com o propósito de divulgar outros temas relevantes na Parte Geral da REVISTA ARGUMENTUM.

Estão publicados também os resumos de 08 dissertações defendidas em 2008 no âmbito do Programa: A tributação ambiental: proposta para instituição de um imposto ambiental no direito brasileiro – Vânia Senegalia Morete Spagolla; O princípio da função social da propriedade: empresa; Mariângela Conceição Vicente Bergamini de Castro; Conflito de direitos fundamentais (compatibilidade): O princípio constitucional da livre iniciativa e o princípio da preservação ambiental – Juliana Medina; Cidadania fiscal eticamente responsável e o controle na aplicação do tributo arrecadado – Douglas Roberto Ferreira; Práticas de responsabilidade social empresarial mediante a concessão de incentivos fiscais – Isadora Minotto Gomes Schwertner; O papel do Estado na valorização do trabalho – Débora Brito Moraes; Contratos telemáticos: aspectos jurídicos – Glauco Molina; Agências reguladoras: Características, atividades e força normativa – José Vicente Godoi Junior.

Na home page da UNIMAR (http://www.unimar.br/pos/mestrado_direito.php) estão disponibilizados os números da REVISTA ARGUMENTUM, desde o seu 1º volume editado em 2001, possibilitando maior acesso às publicações do Núcleo de Pesquisa e demais informações do Programa.

Espera-se, que com a publicação deste periódico contribuir para o avanço das discussões doutrinárias, jurídicas e econômicas sobre os temas abordados.

UNIMAR, Marília – SP
Dezembro de 2008.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro
Direção da Revista Argumentum

DOCTRINA

PARTE TEMÁTICA

Função social da propriedade e questões de
Direito Econômico

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL

THE SOCIAL FUNCTION OF RURAL PROPERTY

Ricardo Maravalhas de Carvalho BARROS*
Lourival José de OLIVEIRA**

* Advogado com escritório constituído na cidade de Marília, militante nos Estados do Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná e São Paulo. Especialista pela Universidade de Londrina/PR. Mestrando em Direito pela Universidade de Marília/Sp.

** Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Docente do Programa de Mestrado da Unimar; Docente da Universidade Estadual de Londrina; Docente da Universidade Norte do Paraná; Docente da Faculdade Paranaense.

Resumo

Com o presente artigo buscou-se trazer os aspectos jurídicos da função social da propriedade rural, seus requisitos constitucionais e a míope discussão prática sobre o tema. Abordou-se, inicialmente, o pensamento clássico ocidental, desde a visão da propriedade como direito absoluto, até sua evolução atingindo o estágio atual. Em seguida o tema função social foi localizado no plano constitucional, definindo seus requisitos válidos. Concluiu-se com o presente artigo que há hoje, em nossa sociedade, equivocada discussão prática quanto à exigência e ao cumprimento da função social, especialmente pelas partes envolvidas, quer sejam os proprietários rurais, os trabalhadores rurais, o INCRA ou o judiciário. Desta forma, em virtude do desvio de discussão, o artigo 186 da Constituição Federal torna-se letra morta, deixando de ser aplicado e, por consequência, há o atravancamento da reforma agrária no País por absoluta falta de terra desapropriável.

Palavra-chave: função social; propriedade rural.

Abstract

The present article has tried to bring the judicial aspects of the social function in rural property, its constitutional requirements and the myopic practical discussion about this subject. In the beginning, we've focused the classical westerner thoughts, since property was believed to be an absolute right, to its evolution up to now. After that, the social function subject was located in the constitutional plan defining its valid requirements. It was concluded in the present article that there is today, in our society, wrong practical discussion in the accomplishment of the social function, especially by the involved parts, such as the property owners, the workers, INCRA (National Institute for Colonization and Agrarian Reform) and the judicial system. So, because of the discussion divert, the 186 article of the Federal Constitution has become a dead word, not being applied and

consequently, there is the obstruction of the agrarian reform in the country for an absolute lack of condemning land.

Key words: social function; rural property.

A discussão em torno da função social da propriedade rural há tempos tem obtido grande importância, principalmente pelas partes envolvidas, sendo elas os movimentos sociais, os proprietários de terras rurais, o INCRA e o Judiciário entre outros.

Ocorre que a discussão, como está posta, acaba por encobrir as possibilidades práticas deixadas pelo poder constituinte de 1988. As partes interessadas apenas e tão somente discutem os aspectos econômicos da função social da propriedade rural, dando ênfase aos índices de produtividade.

Não estão em discussão atualmente os outros aspectos intrínsecos à função social descritos no artigo 186 da Constituição Federal, tais como o respeito à legislação ambiental, às relações de trabalho, ao desenvolvimento social regional e à dignidade da pessoa humana.

Pretende-se, com esse trabalho, demonstrar que há, por força legal, inúmeras possibilidades de desapropriação de propriedade rurais para fim da reforma agrária e não somente aquelas lastreadas nos índices econômicos de produtividade e que, isso se fosse implementado, traria benefícios sociais a todo o país.

1 Conceito de propriedade da terra através da evolução do pensamento ocidental

Para compreender-se a razão da existência da propriedade privada na sociedade, a razão de sua proteção, bem como a evolução dessa proteção, em primeiro lugar se faz necessário buscar, nos clássicos modernos, o pensamento jurídico acerca da propriedade privada e a evolução desse pensamento até chegar ao conceito hoje utilizado em quase todos os sistemas jurídicos vigentes.

Até o fim do século XIX, o Estado era visto e concebido de forma que o homem fosse o centro do direito absoluto e individual; entendia-se que para a validade do direito e da regulação da vida em sociedade, a propriedade e sua relação com o homem desempenhavam papel central de interesse exclusivamente privado e individual.

Nessa época vários pensadores despontavam no mundo ocidental, podendo-se citar, inicialmente, Thomas Hobbes (1588-1679), para quem os indivíduos têm um desejo natural de se tornarem proprietários, porém a propriedade deve ser fonte de um pacto válido. A teoria hobbesiana é de singular

importância para o tema ora discutido no sentido de que seu pensamento trouxe a necessidade intersubjetiva do homem em ser proprietário.

Segundo Hobbes essa condição acaba por criar entre os homens um estado permanente de guerra, no qual se acaba confundindo direito e lei, necessitando então de regulamentação por meio de contratos e da propriedade.

Dado que a condição do homem – conforme foi declarado no capítulo anterior – é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, não havendo nada de que possa lançar mão, que não possa lhe servir de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se que em tal condição todo homem tem o direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Ora, enquanto perdurar esse direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem – por mais forte e sábio que seja – a segurança de viver o tempo que geralmente a natureza permitem aos homens viver.¹

Nota-se que, na teoria aqui levantada, a propriedade passa a ser meio de pacificação social, regra geral da razão humana segundo o próprio pensador clássico aqui discutido: “É preceito ou regra geral da razão, que todo homem deve se esforçar pela paz [...]”.²

Hobbes entendia que, ao sair do estado da natureza, para que se viabilizasse a paz social, a propriedade seria necessária e indispensável.

Em síntese, segundo a teoria em questão, a propriedade é válida se for fonte de um pacto válido entre as partes, sendo a mesma propriedade um dos princípios basilares para a constituição do Estado.³

Não menos brilhante que Hobbes, Locke (1632-1704) ensinou inicialmente que para a propriedade ter algum valor seria necessário à aplicação do trabalho humano sobre a terra, pois a terra sem trabalho humano não possuía qualquer valor, pertencendo a todos os que estão no estado de natureza.

Embora a terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, ainda assim todo o homem tem uma ‘propriedade’ em sua própria ‘pessoa’. Ninguém tem direito algum sobre ela a não ser ele mesmo. O ‘trabalho’ de seu corpo e a ‘obra’ de suas mãos podemos dizer, são propriamente dele. Então, tudo o que ele retire do Estado que a natureza proporcionou, misturando-o ao seu trabalho e juntando-lhe algo que é seu, converte-se por isso em propriedade sua.⁴

1 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 101.

2 Idem. *Ibidem*.

3 Idem. *Ibidem*.

4 HOBBS, Thomas. *Os grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 138.

A terra somente torna-se propriedade privada por meio do trabalho que o homem empreende sobre ela para obtê-la e para obter seus frutos.

Mais adiante, finalizando o capítulo acerca da propriedade, indicando a evolução do homem, do Estado e da própria propriedade e de certa forma, da própria sociedade ocidental, Locke admite a posse da terra superior à própria força do trabalho humano, com direito ao comércio da produção excedente e o dever de regulamentação por uma constituição positiva, ante a importância da propriedade para a sociedade.

Como, porém, o ouro e a prata, sendo pouco úteis para a vida do homem em comparação com o alimento, o vestuário e o transporte, só derivam seu valor de consentimento dos homens – do qual o trabalho ainda constitui, em grande parte, a medida – é claro que o consentimento dos homens concordou com a posse desproporcional e desigual da terra – quero dizer, fora dos limites da sociedade e do pacto; pois nos governos as leis a regulam. E, por consenso encontram uma maneira – e com ela concordam – de que o homem pudesse possuir, de maneira legítima e sem dano, mais do que podia usar, recebendo pelo excedente ouro e prata, que continuam por longo tempo na posse de um homem sem se deteriorar, e concordaram esses metais deveriam ter um valor.⁵

Assim como Hobbes, Locke também reconhece, em sua obra, a importância da propriedade para a manutenção da paz social, sendo vital para a sobrevivência pacífica do homem na terra.

Por seu turno, Rousseau (1712-1778) também influenciou o mundo moderno; para ele, a propriedade era essencial para a pacificação social, sendo produto de um pacto social válido e existente.

Todo o homem tem naturalmente direito a tudo o que lhe é necessário; mas o ato positivo que o torna proprietário e algum bem o exclui de todo o resto; estando feita a sua parte, a ela se deve limitar, e não tem mais direito à comunidade. Eis porque o direito de primeiro ocupante, assaz débil no estado de natureza, é para todo o homem civil, respeitável [...].⁶

Mesmo que de forma tímida, quase sutil, é possível perceber na obra de Rousseau um pequeno viés social que este dá à propriedade. Trata-se de uma

5 Idem, *ibidem*, p.141

6 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 35.

pequena centelha em que o pensador reconhece que a propriedade é subordinada não só pelo interesse individual, mas também pelo interesse que a sociedade tem sobre todos os interesses individuais.

Qualquer que seja a forma de aquisição, o direito que cada indivíduo tem sobre seu patrimônio está sempre subordinado ao direito que a comunidade tem sobre todos; sem isso não haveria estabilidade no vínculo social, nem força verdadeira no exercício da soberania.⁷

Rousseau não exclui o que já afirmavam outros autores, de que os homens têm direito a condições dignas de sobrevivência, este para o autor é um direito natural, todavia, é uma ação positiva, dentro de um interesse comunitário sobreposto ao individual, que o torna proprietário.

Por meio das idéias de Rousseau a propriedade da terra passou a ser regulamentada juridicamente, devendo ser preservada por lei.

A filosofia individualista tornou-se perfeitamente conveniente para os capitalistas produtores que começavam a entrar no ramo do comércio. A partir disso, as relações entre os homens passaram a ser vistas cada vez mais sob uma perspectiva de conflitos de interesses individuais e não de integração social com base em valores e normas.

Com a evolução natural do direito, que possui, como dever máximo e desafiador, o acompanhamento da evolução social sob pena de se tornar ineficaz ao seu fim, surgiu corrente contra a absoluta força da propriedade e do homem individual, aclamando-se, primeiro, a destituição da propriedade privada em decorrência da propriedade estatal.

O paradigma do Estado Social foi sendo lentamente construído a partir da década de 30 do século XIX, por meio de movimentos em defesa da classe e dos interesses operários.

Em meados do século XIX, Marx e Engels por meio da edição do Manifesto do Partido Comunista⁸ e do festejado *Manuscritos econômicos e filosóficos*, negaram totalmente o conceito de propriedade privada, principalmente a agrária, e de todos os outros bens de produção. Marx, aliás, apostava no comunismo que permitiria “a eliminação positiva da propriedade privada como auto-alienação humana e, desta forma, a real apropriação da essência humana pelo e para o homem”.⁹

7 Idem, ibidem, p. 35.

8 MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

9 Idem, ibidem, p. 138.

Segundo Ana Frazão de Azevedo Lopes¹⁰, o comunismo surgiu como uma forma de suplantar a auto-alienação e assegurar a plenitude do homem. Para o comunismo, a sociedade burguesa ancorada e legitimada pelo estado liberal, longe de ter abolido diferenças, estabeleceu novas classes, novas condições de opressão, novas formas de lutar no lugar das antigas.

Assim, num passo adiante em relação às idéias marxistas, como um peso mediano fazendo força de contraponto às idéias socialistas e liberais, surge a idéia de que, para superar a crise social existente, estabelecida pelo Estado Liberal, seria necessário uma reforma social.

Tal passo foi dado no século XX, na esteira do pensamento de Augusto Comte¹¹, pai do positivismo sociológico, segundo o qual a ciência deveria se basear exclusivamente nos fatos positivos observados e identificados pelas leis causais. Comte propôs, segundo Ana Frazão de Azevedo Lopes¹², resolver a crise do mundo moderno por meio do estudo das leis da sociedade, a partir das quais se poderia estabelecer um sistema de idéias científicas que presidiria a reorganização social.

Seguindo na esteira de Comte, importante lembrar o pensamento de Leon Duguit¹³, para quem a propriedade nada mais era do que produto momentâneo da evolução social, sendo o direito do proprietário limitado pela missão social que lhe incumbe. Aliás, segundo Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber¹⁴, a Duguit é devida a difusão do termo “função social da propriedade”.

Com a concepção da propriedade direito natural, fica-se ao mesmo tempo na impossibilidade de limitar o exercício do direito de propriedade. A propriedade individual deve ser compreendida como um fato contingente, produto momentâneo da evolução social; e o direito do proprietário, como justificado e ao mesmo tempo limitado pela missão social que lhe incumbe em consequência da situação particular em que se encontra.¹⁵

Os pensamentos sociais acima citados acabaram por influenciar a legislação moderna de inúmeros países, dentre estes o próprio Brasil que, desde 1946 traz no corpo de suas constituições o aspecto funcional; porém, a partir de 1988, com a promulgação da constituição cidadã, assim denominada por

10 LOPES, Ana Frazão de Azevedo Lopes. *Empresa e propriedade: Função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 91.

11 COMTE, Auguste. *Coleção Grandes Cientistas Sociais*. São Paulo: Ática, 1989.

12 Op. Cit.

13 DUGUIT, Leon. *Fundamentos de direito*. Campinas: LZN, 2003.

14 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Questões agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002.

15 Op. cit. 22 p.

Ulisses Guimarães passou a disciplinar o princípio da função social como direito e garantia fundamental.

Com o advento da Carta Magna de 1988, ganha relevo a questão da função social na cena jurídica. As discussões doutrinárias passam a focar o tema a partir de sua base constitucional. De fato a Constituição Federal, ao adotar o princípio da função social, retomou a discussão da finalidade social do próprio direito.¹⁶

A partir de 1988, o ordenamento pátrio positivou a função social, em inúmeros artigos constitucionais que disciplinavam o direito de propriedade e seu dever para com a função social, os quais, mais tarde, por força hierárquica, influenciaram inúmeras leis infraconstitucionais.

2 A função social da propriedade rural na constituição federal brasileira

Em 1919, com a promulgação da Constituição de Weimar, a função social da propriedade apareceu inserida dentro de um texto normativo, precisamente no Art. 153. Referido texto, criado sob influência dos pensadores acima descritos, acabou por influenciar os ordenamentos jurídicos de vários países, sendo certo que, em 1946, a Constituição Federal trazia em seu corpo o Art. 147 que se assemelhava muito, segundo Tepedino e Schreiber¹⁷, ao texto de Weimar.

O texto em questão acabou por ser repetido pela Constituição de 1967 que elevou a função social à categoria de princípio da ordem econômica e social.

No ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição democrática de 1946, a propriedade perdeu o caráter de direito absoluto de uso, gozo e disposição de seu titular. A partir de então, a função social passou a figurar como elemento constitutivo do conceito jurídico de propriedade.¹⁸

Já a festejada Constituição de 1988, que inaugurou no país o Estado Democrático de Direito, trouxe, dentro de seu texto final, a positivação do

16 FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Op. cit., p. 36,

17 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 118.

18 GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério público nos processos que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural. BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (coords.) *Questões Agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002.

princípio da função social da propriedade rural que está inserida como garantia fundamental e como princípio da ordem econômica, nos seguintes termos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social

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:

[...]

III - função social da propriedade.

Desta forma, constitui princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição deste direito, incidindo sobre seu próprio conteúdo.

Ocorre que a Constituição dispõe, ainda, sobre a função social da propriedade no capítulo específico inerente à política agrária, afirmando que:

Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Para alguns autores o tema e o princípio da função social estão dispostos no ordenamento pátrio há tempos, muito antes da promulgação da Constituição de 1988. Ocorre, porém, como muito bem coloca Cristiane Lisita Passos¹⁹, não se tratava da função social como hoje é entendida e conceituada nos termos do artigo 186 e seus incisos, mas tão somente de lei com caráter puramente econômico com vistas à produtividade.

A função social no direito brasileiro vem de longa data, da época das Sesmarias, quando as leis de Portugal, Ordenações Filipinas e Manoelinas, resguardavam o uso do solo com vistas à sua melhor produtividade.

19 PASSOS, Cristiane Lisita. A função social do imóvel rural. PASSOS, Cristiane Lisita; BARROSO, Lucas Abreu. (coord.) *Direito Agrário Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Entretanto, é necessário frisar que havia preocupação somente com a produtividade, não se observando outros elementos como a preservação dos recursos naturais, conforme parâmetros atuais.²⁰

Quanto à questão puramente econômica, cabe aqui tecer comentário de que atrasados doutrinadores ainda insistem, demonstrando uma visão míope, que a função social é cumprida quando a propriedade rural atinge índices de produtividade, jogando no lixo os deveres constitucionalmente impostos à propriedade rural quanto ao bem-estar coletivo, dos trabalhadores e do meio ambiente.

3 Conceito de função social da propriedade rural

Uma vez localizado em nosso ordenamento constitucional o princípio da função social da propriedade rural, neste ponto se faz necessária uma precisa conceituação deste princípio para que se possa visualizá-lo, caracterizá-lo e dimensioná-lo, inclusive quanto às suas repercussões.

O direito de propriedade, aliás, encontra-se assegurado ao indivíduo em quase que a totalidade das leis do mundo e, na maioria dos casos, condicionado a função social que lhe é inerente.

Nesse diapasão, a Constituição de 1988 garante em seu Art. 5, inciso XXIII, o direito de propriedade; porém, o faz de forma relativa e condicional ao cumprimento da função social da propriedade, Art. 184.

[...] da mesma forma que é conferido um direito subjetivo para o proprietário reclamar a garantia da relação de propriedade, é atribuído ao Estado e à coletividade o direito subjetivo público para exigir do sujeito proprietário a realização de determinadas ações, a fim de que a relação de propriedade mantenha sua validade no mundo jurídico.²¹

Apesar de alguns autores entenderem que o termo função social da propriedade é vago e indeterminado, o que reflete o pensamento míope e minoritário, senão quase que extinto, inúmeros pensadores vêm definindo o instituto de forma clara e precisa.

Antônio C. Vivanco, citado por Grace Virginia Ribeiro de Magalhães Tanajura, assim define o instituto da função social da propriedade:

20 Op. cit., p. 44.

21 DERANI, Cristiane. A propriedade na constituição de 1988 e o conteúdo da função social. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.27, p. 59, 2002.

La función social es mi más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser um miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones com relación a los demás miembros de ella, de manera que si él há podido llegar a ser titular del dominio, tiene lá obligación de cumplir com el derecho de los demás sujetos, que consiste em no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, de lá comunidad. El direto a la cosa se manifiesta concretamente em el poder de usaria y usufructaria. El deber que importa o comporta la obligación que se tiene com los demás sujetos se traduce em la necesidad de cuidarla a fin de que no pierda su capacidad productiva y produzca frutos em beneficio del titular e indirectamente para satisfacción de lãs necesidades de los demás sujetos de la comunidad.²²

Já Antônio José de Mattos Neto ensina que: “a função social é paradigma que congrega duas atribuições: a social propriamente dita e a econômica. Ambos os aspectos – o social e o econômico – fazem parte do conceito função social da propriedade”.²³

Nota-se que ambos os doutrinadores acima são enfáticos ao trazerem para dentro do princípio da função social, a obrigação social e, não somente a obrigação econômica. Ou seja, visa o bem-estar coletivo no sentido mais amplo que se possa dar a palavra, relegando ao segundo plano o interesse individual.

No entendimento de Luciano de Souza Godoy:

A propriedade agrária, como corpo, tem na função social sua alma. Se a lei reconhece o direito de propriedade como legítimo, e assim deve ser, como é da tradição de nosso sistema, também condiciona ao atendimento de sua função social. Visa não só o interesse individual do titular, mas também ao interesse coletivo, que suporta e tutela o direito de propriedade. A propriedade agrária como bem de produção, destinada à atividade agrária, cumpre função social quando produz de forma adequada, respeita as relações de trabalho e também observa os ditames de preservação e conservação do meio ambiente.²⁴

22 TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. *Função social da propriedade rural: com destaque para a terra no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2000, p. 24.

23 MATTOS NETO, Antonio de. Função ética da propriedade imobiliária no novo código civil. In: BARROS, Lucas de Abreu Barros ; PASSOS, Cristiane Lisita (Coords). *Direito Agrário Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 78.

24 GODOY, Luciano de Souza. *Direito Agrário Constitucional: o regime de propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998

Destacam-se, assim, fazendo coro as palavras de Cristiane Lisita Passos²⁵, três princípios a serem cumpridos pelo proprietário rural no que tange à função social do imóvel rural: o ecológico, o social e o econômico.

Segundo Tepedino e Schreiber²⁶, a doutrina italiana soube conceituar a função social não como categoria oposta ao direito subjetivo, mas como um elemento capaz de alterar-lhe a estrutura, atuando como critério de valoração do exercício do direito.

Diante da conceituação acima transcrita, resta evidente, que há cumprimento da função social da propriedade rural, de forma ampla e genérica, quando se cumpre a legislação fundiária, agrária, ambiental, trabalhista, tributária e civil.

Ou seja, função social da propriedade rural nada mais é do que a função/ obrigação constitucional que a propriedade rural tem de, na forma da legislação em vigor, promover o crescimento econômico e social de todos aqueles que dela dependam, respeitando-se o meio ambiente e as relações de trabalho.

4 Função social da propriedade rural e o conflito de requisitos expressos nas normas superiores

Muito se debate hodiernamente quanto ao descumprimento da função social e seus respectivos efeitos. Acalorada discussão existe quanto à aplicação do artigo 184 da Constituição Federal no caso da propriedade rural que não pode descumprir alguns ou um único dos requisitos da função social e, deve ao mesmo tempo, ser produtiva.

O artigo 184 da Constituição Federal, precisamente determina que: “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins da reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social [...]”.

É claro que, segundo o Art. 184 da Constituição Federal, que, uma vez não cumprida a função social, o imóvel descumpridor fica suscetível de ser desapropriado por interesse social para fins da reforma agrária, nos termos da legislação infraconstitucional, como a lei n. 8.629 de 25 de fevereiro de 1993 e a lei complementar n. 76 de 06 de julho de 1993.

Entretanto, no mesmo plano superior das normas, precisamente, o Art.185, em seu inciso II, veda a desapropriação de imóvel rural apenas produtivo: “Art. 185 - São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: [...] II – a propriedade produtiva [...].”

25 Op. cit. p. 45.

26 Op. cit. p.120.

No mesmo plano hierárquico, com mesma data e mesma especificidade, há duas normas constitucionais conflitantes, sendo que uma determina a desapropriação por interesse social, para fins da reforma agrária, do imóvel rural que não cumpra, de forma simultânea, os requisitos da função social definida no Art. 186 da Constituição Federal; a outra norma veda a aludida desapropriação pelo simples critério da existência ou não do cumprimento de índices economicistas (produtividade). Sem dúvida alguma, tal fato caracteriza-se como sendo uma antinomia jurídica.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. citado por Maria Helena Diniz traz em seus ensinamentos, de forma precisa, o conceito de antinomia real:

A oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.²⁷

Utilizando as felizes palavras de Joaquim Modesto Pinto Junior e Valdez Adriani Farias²⁸, não resta dúvida que a celeuma posta se resolve mediante a interpretação sistemática, não se esquecendo que o ordenamento jurídico deve ser considerado como um todo informado por princípios explícitos e implícitos, e que a integração isolada de uma norma pode deturpar seu verdadeiro significado, até mesmo podendo resultar num sentido que possa ir contra os fins da ordem jurídica.

Não se pode esquecer que a Constituição Federal seguiu os princípios da função social como um todo, conforme bem explanado no item 1 (um) deste trabalho, acompanhando a própria evolução do direito e social.

Por meio de uma análise sistemática da Constituição Federal (Art. 5. XXIII, Art. 7, Art. 170 III, Art. 184, e o Art. 186), verifica-se que o espírito do texto albergou a evolução do direito através dos tempos, contemplando os fatores sociais aclamados por Comte e Duguit; aliás, trata-se de Constituição instituidora do Estado Democrático de Direito que possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (Art. 1. III).

Desta feita, aceitar como válida e norma impeditiva da desapropriação o Art. 184 II da Constituição Federal e considerar como único requisito válido da função social a questão econômica, relegando para o ostracismo os demais

27 DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2005. 19 p.

28 PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. *Função social da propriedade: dimensões ambiental e trabalhista*. Brasília: Núcleo de estudos agrários e desenvolvimento rural, 2005, p. 17.

requisitos intrínsecos do Art. 186 da Constituição Federal que contemplam os valores sociais do trabalho (Art. 1. IV e 7.) e os valores ambientais (Art. 225) entre outros inúmeros que são protegidos pela Lei Maior, é rasgar a própria constituição federal e negar a existência do Estado democrático de direito.

Como se vê, a Constituição dá conteúdo positivo à função social, condicionando a legitimidade do domínio ao atendimento, pelo titular, de valores sociais e existenciais não proprietários, notadamente no que concerne às relações de trabalho e ao meio ambiente.²⁹

Analisando o confronto em questão, Marcelo Dias Varella alerta que:

[...] Logo, ao se considerar como princípio a suficiência apenas do primeiro requisito para o cumprimento da função social como excludentes dos demais, conclui-se que os outros três incisos (Art. 186 II, III e IV) não teriam qualquer utilidade, embora presentes no texto constitucional, não poderiam servir de critério para averiguação do cumprimento da função social da propriedade e por consequência da realização de desapropriação com fins de reforma agrária.³⁰

Nota-se, inclusive, que o texto constitucional que fixa a forma de cumprimento da função social (Art. 186), descrevendo todos os requisitos que devem ser atingidos, possui em sua redação o advérbio de modo *simultaneamente*, que acaba por exigir o cumprimento *conjunto* de todos os requisitos da função social sob pena de atrair a desapropriação estabelecida no Art. 184 da Norma Maior.

Pensar de forma contrária, ou seja, de que o Art. 185, II possui prevalência sobre os demais artigos, é o mesmo que anular todo o Art. 186 e o caput do Art. 184. É conceituar o cumprimento da função social diversamente como feito logo acima, descrevendo-a de forma simplória como índice de produtividade pré-definido por lei.

Com efeito, verificado o que seria a antinomia, partir-se-ia para a aplicação dos critérios antes aventados para solucioná-la. Assim, em se optando pela prevalência do art. 185, inciso II, o uso dessa técnica faria com que fossem anulados todo o art. 186 e o caput do

29 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE Juvelino (org.) *Questões agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002, p.125.

30 VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais*. São Paulo: LED, 1998.

art. 184 da Constituição Federal, conforme os critérios para solução de antinomias reais propostos por Bobbio.³¹

Não se pode confundir função social com aproveitamento econômico, haja visto que o aproveitamento econômico é apenas um dos requisitos da função social materializado pela produtividade (Art. 186 I), devendo este requisito ser associado, segundo Tepedino e Schreiber³², à promoção de valores consagrados pela Constituição nos princípios e objetivos fundamentais da República.

Ao se solucionar o conflito posto, verifica-se que são requisitos da função social aqueles descritos nos incisos do Art. 186 da Constituição Federal que, se não cumpridos de forma simultânea, nos termos da legislação infraconstitucional, darão azo à possibilidade de desapropriação por interesse social para fins da reforma agrária, não valendo um único requisito como meio impeditivo da desapropriação descrita no Art. 184.

5 A discussão prática da função social da propriedade rural

O campo prático de discussão quanto ao tema função social é a disputa por terra existente em nosso país. De um lado, os movimentos sociais, nem sempre com interesses legítimos, clamam pelo direito constitucional e social que os excluídos do campo têm à terra. De outro, os proprietários rurais, lastreados no arcaico direito inviolável de propriedade resistem e protegem seu território.

No meio desta verdadeira guerra encontram-se o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) e o Poder Judiciário que, por meio de suas atribuições, tentam solucionar as contendas devolvendo à sociedade a paz no campo.

Porém, todos os envolvidos na questão, até os dias de hoje ainda debatem, discutem e resolvem as questões acerca da propriedade rural, sua função social e conseqüente desapropriação para fins da reforma agrária, de forma míope, apequenando e encobrindo o verdadeiro debate sobre o assunto que, como visto acima, é bem mais amplo.

Diz-se isso uma vez que todos os setores envolvidos na questão insistem, apesar da Constituição Federal e seu Art. 186 existirem há mais de 18 (dezoito) anos, em minimizar a discussão quanto à função social da propriedade e ao direito ou não à desapropriação, quando do cumprimento ou não dos índices de produtividade.

31 PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. *Função social da propriedade: dimensões ambiental e trabalhista*. Brasília: Núcleo de estudos agrários e desenvolvimento rural, 2005, p. 18.

32 Op. cit., p. 126.

Ou seja, ao invés de haver um debate mais amplo sobre o tema, abrangendo todos os requisitos de cumprimento da função social dispostos, como já visto, nos incisos do Art. 186 da Constituição Federal, todas as partes continuam discutindo o direito insculpido no Art. 184 da Constituição Federal pelo viés exclusivo da produtividade, relegando os demais requisitos.

Note-se que os próprios interessados na reforma agrária, ao invés de trazer à discussão todos os aspectos da função social, conforme acima expostos, continuam a cometer o erro histórico de apenas e tão somente discutir os requisitos econômicos da produtividade da propriedade rural passível de desapropriação.

Tal fato é de fácil visualização por meio de simples leitura da entrevista concedida por um dos líderes do MSLT (Movimento de Libertação dos Sem Terra) ao jornal *Folha de S. Paulo*:

Integrantes do MLST (Movimento de Libertação dos Sem Terra) invadiram entre a noite de segunda-feira e a madrugada de anteontem uma fazenda na região de Prata (653 km de Belo Horizonte). De acordo com Ismael Costa, da coordenação nacional do movimento, aproximadamente 450 pessoas entraram na fazenda Barreiro. “A área é improdutiva. Tem cerca de 800 alqueires e só há umas 30 vacas”, disse ele. Costa relatou que, desde o início do ano, o MLST ocupou 12 fazendas no Estado. A Polícia Militar informou que o clima era tranqüilo na fazenda na tarde de ontem. A reportagem não conseguiu localizar o proprietário da fazenda.³³

Aliás, o mais famoso líder do MST, João Pedro Stédile, em entrevista à rádio Mundo Real, disse:

Toda a área econômica ficou neoliberal. Nesse cenário, quase todos os movimentos sociais tiveram pontos positivos e negativos. No campo específico da Reforma Agrária, o nosso balanço é negativo porque as medidas que o governo tomou ao longo de quatro anos beneficiaram muito mais o agronegócio do que a Reforma Agrária de maneira que nós não conseguimos avançar em nada. *O governo não teve coragem sequer de atualizar os índices de produtividade que medem se uma fazenda pode ou não ser desapropriada.* Os índices usados atualmente são do censo do Incra (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) de 1975. No conjunto da política agrícola do governo continuou-se privilegiando a agricultura para exportação. A agricultura brasileira deve em primeiro lugar cumprir a sua função primordial que é produzir alimentos saudáveis e baratos para o povo

³³ *Folha de S. Paulo*. Banco de Notícias. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/brasil/ult96u89680.shtml>>. Acessado em: 22 fev. 2007.

brasileiro que, infelizmente, continua faminto ou se alimentando aquém das necessidades básicas nutricionais.³⁴ (grifo nosso)

Da mesma forma, mas com toda razão, pois defendem seus interesses, os produtores rurais também possuem o arcaico e errôneo hábito de discutir exclusivamente o aspecto econômico da função social, ou seja, os índices de produtividade.

Um grupo de 150 integrantes do Movimento dos Sem-Terra (MST) invadiu na manhã de ontem a Fazenda Santa Maria, em Santa Maria do Oeste, a 350 quilômetros de Curitiba. De acordo com a Polícia Militar, não houve confronto. Os invasores são excedentes de assentamentos da região. A proprietária, Neide Alves Torres, entraria ontem na Justiça com um pedido de reintegração de posse. Ainda segundo a PM, 30% dos 190 alqueires são área de preservação e o restante é usado para agricultura e pecuária, mas a fazenda estaria penhorada, por causa de dívidas.³⁵

Como se não bastasse o erro crasso cometido pelas duas principais partes interessadas no tema, o órgão federal competente para promover a reforma agrária no país também comete o mesmo pecadilho, o que acaba por prejudicar a própria reforma agrária, haja visto que este órgão apenas considera passível de desapropriação para fins da reforma agrária a propriedade rural improdutiva.

Cerca de 60 famílias invadiram, neste fim de semana, a fazenda Garrote, no município de Brejo da Madre de Deus (214 km de Recife), região agreste do Estado.

[...]

O movimento reivindica a propriedade - de 1.800 hectares - para a reforma agrária, sob a alegação de que ela é improdutiva.

O Incra (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária), no entanto, diz ter feito uma vistoria no mês passado na qual declarou-a produtiva. A Justiça chegou, inclusive, a conceder a reintegração de posse ao proprietário, que não foi localizado ontem pela reportagem.

[...].³⁶

34 Rádio Mundo Real. Banco de Entrevistas. Disponível em: <<http://www.radiomundoreal.fm/rmr/?q=pt/node/10476>>. Acesso em: 22 fev. 2007.

35 União Democrática Ruralista. Banco de Notícias. Disponível em <<http://www.udr.org.br/invasao5.htm>>. Acesso em 22 fev. 2007.

36 *Folha de S. Paulo*. Banco de Notícias. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u68585.shtml>>. Acesso em: 22 fev. 2007.

Por fim, compete tecer considerações quanto à visão dos Tribunais Superiores sobre o tema da função social (Art. 186 CF) e a desapropriação de terras para fins da reforma agrária (Art. 184).

Muito embora tenha sido realizada pesquisa intensa na página eletrônica do STF, infelizmente não foi localizada a manifestação do STF sobre os demais requisitos da função social da propriedade rural, cingindo-se o tema exclusivamente na seara míope dos índices de produtividade.

Necessário lembrar que, se o judiciário, ainda não se manifestou por meio de seu órgão máximo acerca do assunto, deve-se pelo fato de não ter sido provocado pelas partes interessadas, ante a sua natureza inerte.

Porém, como bem lembraram Pinto Junior e Farias³⁷, houve de forma tímida, por parte do STF, a seguinte decisão proferida na ADI n. 2213 de relatoria do Ministro Celso de Mello:

ADI 2.213/DF – Relator(a): Min. CELSO DE MELLO – Publicação: DJ DATA-23-04-04 (...) RELEVÂNCIA DA QUESTÃO FUNDIÁRIA – O CARÁTER RELATIVO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE – A IMPORTÂNCIA DO PROCESSO DE REFORMA AGRÁRIA – (...) – A PRIMAZIA DAS LEIS E DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF 5. XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados pela própria constituição da República. *O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. [...] pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade [...].* (grifo nosso).

37 PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. Op. cit., p. 46.

Resta evidente que a discussão equivocada em torno exclusivamente da produtividade da terra, por todas as partes envolvidas no problema, acaba por provocar distorções sem precedentes prejudicando, principalmente, a própria reforma agrária.

Tanto o é assim que, ao invés de exigirem o cumprimento do Art. 186 da Constituição Federal, levantando assim inúmeras propriedades rurais que não cumprem os demais requisitos da função social dos setores interessados, preferem reivindicar à atualização dos índices de produtividade, o que seria desnecessário se o INCRA cumprisse o Art. 186 da CF.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (Contag) avalia que a possibilidade de avançar mais a reforma agrária no Brasil não é culpa ou má vontade do governo Lula. Segundo o diretor de Políticas Agrárias e Meio Ambiente da Contag, Paulo Caralo, o poder Judiciário e a desatualização dos índices de produtividade são entraves. “Percebemos que não é má vontade do presidente Lula, foram feitas centenas de desapropriações, mas o latifúndio entra na Justiça e infelizmente o Judiciário dá reintegração de posse para o fazendeiro. Foram várias terras desapropriadas pelo governo federal e o Incra perdeu para o proprietário depois do termo de reintegração de posse”, explicou. *Caralo ainda enfatiza a ausência da atualização dos índices de produtividade também é um problema. Os atuais números foram estabelecidos em 1980, a partir de dados estatísticos de 1975. Com a atualização dos índices, a expectativa destacada pelos movimentos sociais é a de que propriedades rurais consideradas atualmente produtivas se revelem aptas a ser desapropriadas para a reforma agrária em regiões de alto nível de conflito fundiário, como o Sul e o Nordeste.*³⁸ (grifo nosso)

Se a Contag se ativesse ao Art. 186 da Constituição Federal conforme aqui exposto e, através de seus meios, pressionasse o INCRA para que este órgão cumprisse com os ditames constitucionais, não haveria qualquer necessidade de debates políticos desgastantes quanto à atualização dos índices de produtividade.

Ou seja, cumprindo-se a lei (artigo 186 da CF), haverá terras suficientes em nosso país para desapropriação para fins da reforma agrária, restando aos proprietários de aludidas terras o direito e o dever de cumprir, de forma integral e simultânea, com a função social da propriedade rural.

38 Agência de Notícias Brasil. Banco de Notícias. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/01/30/materia.2007-01-30.3570568294/view>>. Acesso em: 22 fev. 2007.

Considerações finais

A função social da propriedade rural é uma garantia para toda a sociedade, garantia essa adquirida com a evolução do pensamento social, conforme acima visto. Passados anos de sua idealização, acabou por assumir status de garantia constitucional em nosso país. Porém, talvez por razões de conveniência, nunca foi posta em prática nos termos como definida.

Passados mais de 18 (dezoito) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não há efeitos práticos da total utilização e aplicação integral do texto constitucional existente no artigo 186. Até hoje, a sociedade insiste em discutir, com o pensamento focado no século passado, índices de produtividade da terra, deixando de lado aspectos mais relevantes como o respeito ao meio ambiente, as relações do trabalho a dignidade da pessoa humana, entre outros.

Como visto pelas partes envolvidas, se uma porção de terra é produtiva esta é inviolável, mesmo que empregue em sua produtividade mão-de-obra em condições análogas à escravidão. Aqui, se realmente isso acontecer, no máximo haverá aplicação de multas trabalhistas, indenizações por danos morais coletivo e abertura de inquérito policial.

O pior é que, em um país que se acostumou a fabricar leis que não são aplicadas, estuda-se a possibilidade de editar lei para que, em caso de trabalhos em condições análogas à escravidão, haja a expropriação da terra. Esquecem os envolvidos que já há lei, inclusive constitucional, permitindo a desapropriação da terra em caso de trabalho escravo, haja vista que o fato em si (utilização de mão-de-obra em condições análogas à escravidão) ofende o inciso III do Art. 186. Ou seja, não há necessidade de lei, mas sim de aplicação das leis já existentes.

Pelo exemplo posto, se verifica que há necessidade imperiosa de revisão quanto à discussão prática acerca da função social da propriedade rural e seus efeitos, trazendo à baila os aspectos trabalhistas, ambientais, tributários e sociais propriamente ditos que norteiam a função social.

No momento, não há razão de serem discutidas, na esfera política, possíveis alterações dos índices de produtividades: deve-se, sim, discutir formas de se cumprir o disposto no artigo 186 da Constituição Federal em sua inteireza, o que certamente trará benefícios para toda a sociedade brasileira.

Se todas as partes cumprirem com o ordenamento Constitucional, no que tange a propriedade rural, haverá maior respeito à legislação trabalhista, tributária, ambiental e a dignidade da pessoa humana, o que de certo beneficiará a todos.

E, caso não haja respeito, por parte dos proprietários rurais, do Art. 186 da Constituição Federal, mais terras restarão passíveis de desapropriação para fins da reforma agrária, o que também beneficiará toda uma coletividade, inclusive contribuindo para amenizar a desigualdade social no campo.

Referências

- COMTE, Auguste. *Coleção grandes cientistas sociais*. José Albertino Rodrigues (Org.). São Paulo: Ática, 1989.
- DERANI, Cristiane. A propriedade na constituição de 1988 e o conteúdo da função social. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Revista do Tribunais, v. 27, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DUGUIT, Leon. *Fundamentos de direito*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função Social e Função Ética da Empresa. ARGUMENTUM Revista de Direito. Universidade de Marília. v. 04, 2004.
- GODOY, Luciano de Souza. *Direito agrário constitucional: o regime de propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998
- GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério público nos processos que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural. In: STROZAKE, Juvelino José (org.) *Questões agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Os grandes filósofos do direito*. Clarence Morris (org.). Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MARX, Karl. *Manuscritos Econômicos Filosóficos*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MATTOS NETO, Antonio de. Função ética da propriedade imobiliária no novo código civil. BARROS, Lucas de Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (ccords.). *Direito agrário contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PASSOS, Cristiane Lisita. A função social do imóvel rural. BARROS, Lucas de Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (ccords.). *Direito agrário contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PINTO JUNIOR, Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. *Função social da propriedade: dimensões ambiental e trabalhista*. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. *Função social da propriedade rural: com destaque para a terra no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade. BARROS, Lucas de Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita (ccords.). *Direito agrário contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias. *Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais*. São Paulo: LED, 1998.

TRIBUTAÇÃO E ORDEM ECONÔMICA¹

TAXATION AND ECONOMIC ORDER

Dalton Luiz DALLAZEM
Joel Gonçalves de LIMA JUNIOR

Prof. Dr. Dalton Luiz Dallazem. Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestrando em Direito Econômico e Social pela PUCPR. Advogado.

Resumo

Pouco se tem estudado no Brasil sobre os fundamentos da Ordem Econômica como limites à tributação. No Estado Democrático Tributário (ou Fiscal), as receitas do Estado não advêm da exploração da atividade econômica, mas sim de tributos. Por isso pressupõe a separação entre Estado e sociedade civil, ficando a cargo desta última a organização econômica. A intervenção do Estado deve ser para manter os fundamentos da Ordem Econômica, e não para substituir a sociedade civil. Os tributos representam custo de transação para os agentes econômicos, caracterizando assim intervenção indireta. Com efeito, os tributos podem afetar ou comprometer os fundamentos da Ordem Econômica. Luca Antonini relata a experiência jurisprudencial italiana, alemã e norte-americana. No Brasil, a maioria dos precedentes jurisprudenciais tem suscitado a livre concorrência. Palavras-chave: tributação; ordem econômica; custo de transação; jurisprudência.

Abstract

Little has been studied about the fundaments of the Economic Order as limits to taxation in Brazil. In the Tax (or Fiscal) Democratic State, the State funds do not come from the exploration of economic activities, but from taxes. Therefore, this leads to the assumption that there is a separation between the State and the civil society, leaving the economic organization for the latter. The State intervention must aim at maintaining the fundaments of the Economic Order instead of substituting the civil society. Taxes represent transaction costs to the economic agents; thus, characterizing indirect intervention. As a result, the taxes may affect or compromise the fundaments of the Economic Order. Luca Antonini discusses the Italian,

¹O presente trabalho é fruto das pesquisas realizadas na disciplina denominada “Fundamentos Econômicos e Sociais da Tributação”, ministrada pelo Prof. Dr. Dalton Luiz Dallazem no Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

German, and North-American jurisprudential experience. In Brazil, most jurisprudential precedents have encouraged open competition.

Key words: economic order; jurisprudence; transaction costs; taxation.

É de Luca Antonini² interessante trabalho no qual correlaciona a tributação com os postulados da propriedade e da iniciativa privada. Elaboro tal trabalho à luz do princípio da capacidade contributiva e do direito econômico, com incursão na jurisprudência alemã, italiana e norte-americana. O estudo de Luca Antonini chama a atenção porque foca uma questão sobre a qual, embora não seja desconhecida, pouco tem se debruçado a doutrina no Brasil: os fundamentos da Ordem Econômica como limites à tributação.

A questão não é tão singela. A uma, porquanto se remete à análise da opção política da Constituição brasileira de 1988 por um Estado Tributário (ou Fiscal), o que pressupõe (já se pode antecipar) certo grau de separação entre o Estado e a organização econômica; a duas, porque a correlação entre a tributação e a Ordem Econômica não se dá apenas pela intervenção direta, senão na maioria das vezes pelo caminho indireto da análise econômica; a três, porque a questão não se resolve por simples exame kelseniano de compatibilidade vertical da norma tributária à previsão constitucional, fugindo assim do silogismo tradicional do Direito Tributário.

Por certo que os limites estreitos do presente ensaio não comportam dissertar a respeito de todas as variantes da questão. Nem mesmo admitem enfrentar cada uma das espécies tributárias diante de cada um dos fundamentos da Ordem Econômica da Constituição brasileira de 1988. O escopo é bem singelo: apenas tentar esboçar a relevância do tema, ao destacar a opção da Constituição brasileira de 1988 por um Estado Tributário (ou Fiscal), frisar a correlação indireta da tributação com a organização econômica e apontar algumas decisões da jurisprudência no exterior, relatadas por Luca Antonini, e alguns precedentes no Brasil.

Não é pretensão deste ensaio oferecer conclusões. O objetivo aqui é apenas destacar alguns pontos visando a provocar um debate a respeito da questão.

É um tema relevante sob o prisma teórico, já que reclama, a nosso ver, uma evolução em relação à doutrina que marcou o Direito Tributário no Brasil a partir da segunda parte do séc. XX. E também relevante economicamente, não só em razão dos valores envolvidos, mas devido à necessidade de evitar-se privilégios velados e nocivos à Ordem Econômica.

2 ANTONINI, Luca. *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*. Milano: Giuffrè. 1996.

1. Estado tributário (ou fiscal)

Ensina Ricardo Lobo Torres³ que a noção de tributo surgiu com o Estado Liberal de Direito. Anteriormente ao Estado Liberal, o que havia era uma relação de vassalagem. Igualmente José Casalta Nabais⁴ observa que no absolutismo as receitas não advinham de tributação, senão de instituições medievais, do patrimônio real ou de atividades desenvolvidas na Corte do Rei. Assim, não se tratava de um Estado Fiscal.

Também não era Fiscal o Estado Socialista, já que aí o tributo tinha um caráter residual. As receitas do Estado advinham da exploração direta pelo Estado da atividade econômica monopolizada, e não da tributação. Do mesmo desiderato, na revolução social proposta por Karl Marx, a tributação era mera técnica de supressão da propriedade privada e apropriação dos meios de produção pelo Estado, não podendo, destarte, ser considerada como tributo, como arremata José Casalta Nabais.⁵

No Estado Liberal Clássico, chamado de Estado Fiscal, ainda de acordo com Ricardo Lobo Torres, o tributo surgiu para eliminar privilégios do Clero e da Nobreza. Tinha por objetivo custear um Estado mínimo, traduzido na segurança das relações jurídicas para manter a liberdade comercial. A segurança das relações jurídicas exigia, por sua vez, a segurança pública, como meio necessário para impedir o uso da força em detrimento dos contratos ou das leis. Assentava-se, pois, nos ideais de liberdade, legalidade e igualdade.

Já no Estado Social Fiscal, marcado pelo positivismo, a idéia de tributo para a manutenção da liberdade, foi relegada ao segundo plano. Aí o tributo ganhou nova feição, servindo não só para manter a segurança e liberdade como também para a realização do bem-estar social, enfatizando-se, desse modo, a extrafiscalidade, o vínculo obrigacional e a arrecadação pelo Estado.

No Estado Democrático Fiscal (pluralismo), prossegue Ricardo Lobo Torres⁶, a noção de tributo passou a ser buscada na Constituição, com limites nos direitos fundamentais, como o da liberdade, o da segurança na lei e da justiça, sopesados, no campo tributário, pelas idéias de capacidade contributiva e de solidariedade. Enfatizou-se a destinação pública.

A tributação no Estado Fiscal Democrático continuou a ter a sua função de manutenção do Estado como instrumento necessário à preservação da

3 TORRES, Ricardo Lobo. O conceito constitucional de tributo. TORRES, Heleno Tavares. (coord.). In: *Teoria geral da obrigação tributária*. São Paulo: Malheiros, p. 562.

4 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina. 1998, p. 193.

5 NABAIS. Op. cit., p. 193.

6 TORRES. Op. cit., p. 564.

liberdade, inclusive a liberdade econômica, com caráter fiscal. Mas, além disso, a tributação passou a ser balizada nos valores apregoados pela Constituição, não só relativamente aos limites como também pelos objetivos do Estado Democrático. Os valores objetivados pela Constituição servem, ao mesmo tempo, de vetores e de limites à tributação.

Observa José Casalta Nabais⁷ que o Estado Fiscal não se confunde com o Liberal ou o Social. Pode ser um ou outro. O que caracteriza o liberalismo (Estado Liberal) é a neutralidade econômica por parte do Estado, posto que não se admite a intervenção do Estado na economia, salvo se for para manter a própria liberdade do mercado. Já o Estado Social assenta-se numa base alargada de tributos, para atender-se às necessidades sociais, sendo, assim, um Estado provedor. Mas ambos podem ser, conclui o citado autor português, um Estado Fiscal, se prevalecer a arrecadação de impostos como meio de receitas do Estado.

Vai daí que o Estado Fiscal caracteriza-se pelo grau de relação entre o Estado e a economia. O Estado não atua diretamente sobre o espaço da economia, senão que o financiamento do Estado ocorre por meio da arrecadação de tributos. Estado Fiscal é aquele que é financiado pela sociedade por meio da tributação. O Estado não é proprietário dos meios de produção, nem explora ordinariamente a economia (chamado Estado Proprietário). Ressalvadas as atividades essenciais ao interesse coletivo (como defesa nacional) ou insuscetíveis de atuação da iniciativa privada (como segurança pública), a organização da economia fica reservada à sociedade civil.

Ricardo Lobo Torres, embora entenda não ser adequado qualificar as contribuições como tributos, admite tal qualificação no Brasil por opção da Constituição de 1988, que conferiu às contribuições caráter tributário no seu artigo 149. Assim, para o referido autor, o Estado Fiscal alberga inclusive o Estado financiado por contribuições, além dos impostos, taxas e contribuições de melhorias.

Já para José Casalta Nabais, a noção de tributo fica restrita aos impostos, não se estendendo às contribuições e outras exações que não tenham escopo de financiamento público geral (receitas não-vinculadas). Com efeito, entende como Estado Fiscal aquele em que os impostos prevalecem como receitas do Estado. Daí que, na classificação do mencionado autor, além do Estado Fiscal, pode-se falar de Estado Tributário, para identificar aquele em que as receitas do Estado advêm, além dos impostos, de outros tributos bilaterais, como taxas e contribuições.

Mas tanto o Estado Fiscal como o Tributário pressupõem certa distinção entre a Sociedade e o Estado. Na assertiva de José Casalta Nabais:

7 NABAIS. Op. cit., p. 194.

A idéia de estado fiscal parte do pressuposto [...] que há uma separação essencial e irreduzível entre estado e sociedade. Não uma separação estanque ou absoluta [...] como do estado liberal [...], mas sim uma separação que imponha que o estado se preocupe fundamentalmente com a política e a sociedade (civil) [...] com a economia.⁸

Não significa, pois, que o Estado não intervenha na economia, isto é, não intervenha na organização e relação entre os agentes econômicos, porque, se fosse isto, retroceder-se-ia ao Estado Liberal clássico. O que é inconciliável com o Estado Fiscal (ou Tributário) é que o Estado se substitua à Sociedade na organização e relação da economia, com a apropriação dos meios de produção, interferindo de tal modo que comprometa a liberdade de iniciativa, a propriedade privada, a livre concorrência etc.

Como anota José Casalta Nabais⁹, remanesce uma área de interseção entre a economia e o Estado, na qual prevalece o princípio da subordinação. Segundo esse princípio, cabe ao Estado intervir na organização e nas relações da economia para, por exemplo, manter o equilíbrio entre os agentes econômicos e evitar o abuso do poder econômico. Essa separação do Estado e da economia facilita o controle econômico.

Esse grau de separação entre Estado e economia justifica-se, enfatiza o autor português, porque o Estado deve ser orientado pelo interesse geral, ao passo que a economia o é pelo interesse individual. Pudessem o Estado atuar decisivamente na organização e relação entre os agentes econômicos, o interesse do Estado confundir-se-ia com o próprio interesse dos agentes, frustrando o interesse geral que deve norteá-lo.¹⁰

Daí sua advertência de que, pelo princípio da subordinação, a intervenção do Estado na economia deve ser para:

[...] fazer prevalecer o poder democraticamente legitimado sobre o poder fático proporcionado pela riqueza ou pelas posições de domínio econômico. [...] o Estado fiscal é assim, por natureza, um estado separado da economia e, simultaneamente e por consequência, um estado limitado no que ao domínio econômico concerne.¹¹

A economia cabe aos indivíduos privados; ao Estado cabe manter o equilíbrio da economia.

8 Idem, p. 195.

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 NABAIS. idem, p. 198.

Reforça essa assertiva a observação de Ricardo Lobo Torres de que o fundamento axiológico do tributo é garantir a liberdade. Por isto, deveras, não é o Estado que autolimita a tributação, como por vezes sugere o positivismo jurídico. Ao revés, o tributo é que nasce limitado pelo espaço da liberdade, porquanto seu fundamento está nos direitos fundamentais preconizados pela Constituição.

Também Gaspar Ariño Ortiz¹², ao discorrer sobre Direito Econômico, reprisa que não se deve confundir o Estado com a Sociedade. O Estado de Direito exige que a Sociedade tenha um campo próprio, onde se desenvolve a economia. Prossegue ponderando que o Direito Econômico, por meio da regulação econômica (que é uma das formas de intervenção do Estado na economia), deve ter como escopo abrir espaço cada vez maior para a iniciativa privada, valendo-se do poder do Estado de influenciar as condutas empresariais. As normas de regulação devem ser para defender a liberdade individual e para garantir o espaço para as transações e operações econômicas.

No mesmo sentido, Fernando Magalhães Modé¹³ defende a impossibilidade de a tributação ser de tal ordem a inviabilizar a atividade econômica, porquanto isto equivaleria a vedar a atividade e iniciativa privada por via imprópria da tributação.

Para Gaspar Ariño Ortiz¹⁴, na relação entre o Estado e a economia, ao Estado cabe a garantia da segurança, sustentada por direitos que permitem o livre comércio, que imponha o cumprimento dos contratos etc. Sem o Estado, a economia não seria possível. Sem o Estado, conclui o autor, não se poderá alcançar um desenvolvimento sustentável econômico nem social. O Estado de Direito sustenta a economia, pois sem ele não haveria comércio com operadores livres, distintos e diferentes do Estado, mas o Estado não pode interferir na economia de modo a comprometer o campo próprio da Sociedade.

Disto decorre que o Estado Tributário (ou Fiscal) traz consigo certo modo de relação entre o Estado e a organização e funcionamento da economia, do que se pode inferir uma limitação à intervenção do Estado na economia. Assim é porque quanto mais o Estado interfere na economia, mais ele é chamado a intervir, o que conduz ao totalitarismo. Isto é de todo incompatível não só com o Estado Tributário (ou Fiscal), por aniquilar a separação entre o Estado e a economia, como também com o Estado Democrático.

12 ORTIZ, Gaspar Ariño. As relações entre estado e sociedade: de onde vimos e para onde vamos. In *Princípios de derecho publico e económico*. Granada: Comares. 2001, p. XXXIV.

13 MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. Curitiba: Juruá. 2003, p. 104.

14 ORTIZ. Op. cit., p. XXXIII.

1.1 O Brasil é um estado tributário (ou fiscal)

Afirma José Casalta Nabis¹⁵ que Portugal é, sem dúvida, um Estado Fiscal. Isto porque, embora não haja referência expressa na Constituição, há afirmações constitucionais dos direitos fundamentais e da liberdade econômica, com o que é incompatível o Estado proprietário. Como a Constituição de Portugal assegura o direito de propriedade, de liberdade de trabalho, de profissão, de iniciativa econômica, de cooperativismo, de associação etc., concluiu Nabais que se trata de um Estado Fiscal.

Por igual razão é forçosa a conclusão de que o Brasil é um Estado Tributário (ou Fiscal), por opção política do Constituinte de 1988. Não pelo só fato de a Constituição vigente ter instituído um Sistema Tributário baseado no financiamento do Estado por meio de impostos e contribuições sociais e demais espécies tributárias, mas principalmente em razão da Constituição, ao lado do Sistema Tributário, ter destinado à Sociedade o espaço da Ordem Econômica assentada em postulados claros.

Assim como a Constituição de Portugal, a Constituição brasileira de 1988 contempla como direitos fundamentais, já no *caput* do artigo 5º, os direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Os incisos do artigo 5º são, em maior ou menor medida, desdobramentos dos direitos fundamentais insertos no *caput*.

A Constituição de 1988 vai além e, ao cuidar da organização e atribuição do Estado, limita a atuação do Estado na atividade econômica. Estabelecem os artigos 37, inciso XIX, e 173, *caput* e §§ 1º e 2º que as empresas públicas e as sociedades de economia mista só poderão ser constituídas, mediante autorização legislativa, para a exploração de atividade econômica ou da prestação de serviço público “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Vai daí que a conjugação desses dois preceitos veda, por um lado, a atuação do Estado na economia e, por outro, limita a atuação indireta, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, aos casos restritos que especifica.

Dispõe ainda o § 1º do inciso II do artigo 173 que a lei complementar estabelecerá o estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista, dispondo acerca da “sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Isto não só para dar-lhes a agilidade, a eficiência, a produtividade etc., senão também para preservar a competitividade das empresas de iniciativa privada,

15 NABAIS. Op. cit., p. 210-211.

livre concorrência, enfim, em prestígio assim aos fundamentos da Ordem Econômica.

Não fosse o bastante, a Constituição de 1988 estabeleceu, ao lado do Sistema Tributário, um Sistema de Ordem Econômica, reafirmando no artigo 170 os postulados que deverão ser atendidos na organização e atuação da Ordem Econômica. Reafirmou a livre iniciativa, a justiça social, a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor e de meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sócias, a busca do pleno emprego, o livre direito ao exercício de atividade econômica etc.

Inseriu ainda, no próprio Sistema Tributário, uma reafirmação da livre iniciativa econômica e da livre concorrência, vedando, no inciso II do artigo 150 da Constituição, a instituição de tributação desigual em razão da atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte. É uma reafirmação, pois tal vedação já pode ser depreendida dos postulados da livre iniciativa e livre concorrência contemplados no artigo 170.

Assim, difícil negar que o Brasil seja um Estado Tributário (ou Fiscal). Vale a observação de Ricardo Lobo Torres¹⁶ a respeito de que, no Estado Democrático Fiscal, a tributação deve ser buscada com base na Constituição com os limites nos direitos fundamentais, que, no caso da Constituição brasileira de 1988, albergam postulados norteadores da Ordem Econômica.

Daí que se deve discutir se a tributação estaria sujeita tão somente aos princípios e regras do Sistema Tributário senão igualmente aos postulados da Ordem Econômica. São os fundamentos da Ordem Econômica que balizam a separação e a relação entre o Estado e a economia num Estado Tributário (ou Fiscal) e, com efeito, dosam o grau de intervenção do Estado na organização e atuação dos agentes econômicos. Essa certa separação entre o Estado e a organização econômica dos agentes, vale reprimir, constitui pressuposto do Estado Tributário (ou Fiscal) a que se referem José Casalta Nabais e Ricardo Lobo Torres.

Isto ainda exige discutir se existiria prevalência entre o Sistema Tributário e a Ordem Econômica. A Constituição é única e, portanto, as normas tanto do Sistema Tributário como da Ordem Econômica aplicam-se concomitantemente e de forma sistemática. Assim como os postulados da Ordem Econômica não podem ser aplicados com malferimento dos princípios e das regras do Sistema Tributário (por exemplo, a instituição do regime simplificado de tributação para pequenas empresas, artigo 170, deve ser feita por meio de lei em respeito ao artigo 150), as regras de tributação não deveriam ser aplicadas em detrimento dos fundamentos da Ordem Econômica.

16 TORRES. Op. cit., p. 564.

2. Tributação e intervenção na ordem econômica

Já se disse, com José Casalta Nabais¹⁷, que o Estado Tributário (ou Fiscal) não significa autonomia plena e absoluta dos agentes econômicos em face do Estado, senão que remanesce uma área de interseção, na qual prevalece o princípio da subordinação, segundo o qual cabe ao Estado intervir na econômica, não para substituir os agentes econômicos na sua organização e exploração, mas para manter o equilíbrio, evitar o abuso do poder econômico etc., enfim, evitar para que a economia se disperse dos interesses e objetivos primários do Estado Democrático.

Observa Eros Grau que, de acordo com a Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988, ao Estado resta a função incentivadora, que importa em intervenção por indução. Escreve o referido autor:

A leitura da regra enunciada neste art. 174, ainda que isolada, dissociada de todo que é a Constituição, jamais poderia autorizar o entendimento segundo o qual ela, a Constituição, proscreve qualquer outra forma de intervenção que não a meramente indutiva. A interpretação da ordem econômica na Constituição – e não de uma tira, pedaço ou fragmento seu – exclui entendimento como tal. Creio ser desnecessária qualquer insistência quanto a isso.¹⁸

Explica o mesmo autor que o vocábulo intervenção expressa três modalidades:

- (i) intervenção por absorção ou participação;
- (ii) intervenção por direção;
- (iii) intervenção por indução.

Na primeira, o Estado intervém no domínio econômico, atuando como agente econômico. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente a atividade econômica, por regime de monopólio – Estado proprietário; quando o faz por participação, assume o controle de parcela dos meios de produção, atuando em regime de competição com empresas privadas.

Na segunda modalidade, o Estado intervém sobre o domínio econômico, exercendo pressão sobre a economia ao estabelecer normas e mecanismos de

¹⁷ NABAIS. *Idem*, p. 195.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 281.

comportamento compulsório, servido de exemplo o tabelamento de preços. São comandos imperativos, impositivos.

Já na terceira, também intervém sobre o domínio econômico, mas por meio de manipulação de instrumentos que induzam os agentes econômicos de acordo com as leis que regem os mercados. Os instrumentos utilizados pelo Estado, embora prescritivos, são dispositivos. Aos destinatários das normas resta a alternativa de aderir ou não à prescrição. Se aderir, ficam a ela vinculada.

A tributação é uma das formas de o Estado, quando o faz diretamente, intervir por indução na organização e funcionamento da economia.

Essas três modalidades referidas acima, na classificação aqui adotada neste ensaio, caracterizam-se como intervenção *direta*, posto que, em comum a todas elas, há a atuação consciente, dirigida e intencional do Estado sobre (ou no) domínio econômico. Diferem, pois, do que se denominará neste ensaio, mais adiante, de intervenção *indireta*, com o que se quer identificar a hipótese em que o Estado interfere na Ordem Econômica de maneira não predisposta.

Em relação à intervenção por meio da tributação, a Constituição de 1988 inovou em relação às anteriores, ao prever no artigo 149 uma espécie tributária específica (denominada de contribuição) para a intervenção direta e explícita do Estado no domínio econômico. Essa forma (meio) de intervenção direta da tributação foi reafirmada com a Emenda Constitucional 42, de 2003, ao se inserir no artigo 146-A previsão para que lei complementar estabeleça critérios especiais de tributação com vistas a prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência da União para estabelecer normas com igual desiderato.

Muito tem-se discutido na doutrina e nos Tribunais acerca das chamadas contribuições de intervenção no domínio econômico, quanto aos seus pressupostos, à destinação da arrecadação etc. Nada obstante a importância do debate sob esse enfoque, reclama atenção discutir se o fato de a Constituição prever uma espécie tributária específica para o fim de intervir de maneira direta e explícita na Ordem Econômica, cuja competência foi conferida à União, não conduziria à conclusão de que as demais espécies tributárias não devem interferir na organização e atuação dos agentes na economia.

É que, se a Constituição contempla uma figura tributária específica para esse fim, não se pode atribuir às demais espécies tributárias o mesmo objetivo, sob pena de igualar as espécies. Ou dito de outra forma: se toda e qualquer espécie tributária, de competência de qualquer um das pessoas políticas, pudesse ser adotada para intervir na Ordem Econômica, não haveria a necessidade de a Constituição criar uma espécie de tributo específico para fazer essa relação entre o Estado e a Ordem Econômica.

Não se pode, no entanto, afirmar que somente a tributação sob a forma de contribuição de intervenção no domínio econômico seria meio de intervenção

na organização da Ordem Econômica. Muito antes da Constituição de 1988, já se reconhecia no exterior e no Brasil a extrafiscalidade da tributação, dos quais são exemplos há muito recorrentes na doutrina os impostos sobre importação e exportação etc.

Independentemente da espécie tributária, a tributação corresponde sempre a um custo da atividade empresarial. Assim, sendo custo da atividade, deve ser sopesada pela análise econômica por meio da figura do custo da transação ou, na linguagem empresarial, custo tributário. Registram Délcio Zyldersztajn e Raquel Sztajn¹⁹ os trabalhos de Ronald Coase e Guido Calabresi, pioneiros na relação entre Direito e economia, do que decorreu a análise econômica.

Coase observou que os custos das transações afetam os comportamentos dos agentes econômicos e que esse custo é sempre positivo. Segundo o autor pioneiro, as organizações e os mercados são faces de uma mesma moeda, cuja estruturação e funcionamento pautam-se pelos custos para sua organização e funcionamento. Ainda segundo Zyldersztajn²⁰, Coase concluiu que as empresas trabalham com custos positivos, de modo que a opção delas depende da análise do menor custo.

De fato, como observado por José Casalta Nabais, invocando W. Knies, os efeitos dos impostos (isto é, da tributação) nas relações econômicas são por natureza orientações extrafiscais da tributação. Assim, sendo um custo relevante da atividade econômica, representa um custo da transação, como revelado por Coase e, destarte, a tributação afeta os comportamentos dos agentes econômicos, interferindo, ainda que indiretamente, na Ordem Econômica.

É nesse sentido que, ao tratar da tributação na Sociedade de risco, Sérgio André R. G. da Silva²¹ registra que “além de funcionar como instrumento de custeio das atividades estatais, a tributação também desempenha papel relevante no que se refere às condições para o desenvolvimento econômico”, justamente focando a extrafiscalidade.

Igualmente Roberto Ferraz²² ensina que a tributação influencia na decisão econômica dos agentes, de modo a tornar mais interessante uma determinada opção ou comportamento, orientado pelo binômio custo-benefício. Isto se verifica precisamente sob a lógica econômica (indireta para o Sistema Tributário, pode-se dizer) do custo de transação de que falam Délcio Zyldersztajn e Raquel Sztajn.

19 ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Econômica: análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2005, p. 1-2.

20 ZYLBERSZTAJN, Idem, p. 5-6.

21 SILVA, Sérgio André R. G. da. A tributação na sociedade de risco. In: TORRES, Heleno Taveira; PIRES, Adilson Rodrigues (Coord.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 189.

22 FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In TORRES, Heleno Tavares (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, p. 345.

Daí que se pode dizer que a tributação causa intervenção sempre na Ordem Econômica, na sua organização e funcionamento, senão de maneira direta e explícita pela via da contribuição de intervenção no domínio econômico, pela via indireta da extrafiscalidade em razão do custo de transação. Esse efeito da extrafiscalidade é inerente a todas as espécies tributárias.

Isto não descaracteriza o Estado como Tributário (ou Fiscal), porque não significa, como diz Nabais²³, cercear a liberdade econômica. O Estado só intervém na liberdade para evitar danos à coletividade ou para manter a liberdade. Daí que as receitas para manter o Estado advêm de tributos, e não da exploração da atividade econômica pelo Estado. Isto pressupõe um sistema democrático. A liberdade econômica depende do respeito do Estado Fiscal à liberdade, que resulta da propriedade, da liberdade de atividade, de profissão, de iniciativa etc.

Assim, o que pode destoar da opção política por um Estado Tributário (ou Fiscal) é a tributação causar intervenção de tal ordem na organização e funcionamento da economia ao ponto de comprometer os fundamentos da Ordem Econômica, que devem ser tão observados quanto os princípios e regras do Sistema Tributário Constitucional.

Se isto ocorre, quiçá a tributação não incorre em inconstitucionalidade?

3. A experiência jurisprudencial

Antonini²⁴ inicia discorrendo sobre a capacidade contributiva e a extrafiscalidade da tributação. Diz que a jurisprudência de seu país reconhece à tributação o interesse fiscal (de financiamento público), sob o argumento de que a Constituição não se refere à utilização de tributos para a intervenção do Estado, o que concebe na forma de dirigismo. Faz um retrospecto da evolução doutrinária sobre capacidade contributiva e isonomia na tributação, ressaltando as circunstâncias econômicas que antecederam à promulgação da Constituição.

O estudo Antonini²⁵ correlaciona a tributação com o direito à propriedade e à iniciativa privada. Destaca a tese de Gaffuri, que aprofundou a relação entre a capacidade contributiva e as situações econômicas. Da analogia com a constitucionalidade da tributação em relação à capacidade contributiva e da igualdade, pretendeu estabelecer um limite quantitativo à tributação em face da propriedade e à iniciativa privada.

A idéia, em resumo, foi que a tributação, a partir de certo limite, passa-se a produzir efeitos subversivos e inconciliáveis com o direito à economia privada, notadamente direito de propriedade e iniciativa privada. Gaffuri concluiu, segundo

23 NABAIS. Op. cit., p. 204.

24 ANTONINI. Op. cit., p. 263-277.

25 Idem, p. 278-282.

Antonini, estar implícito na Constituição, na previsão da capacidade contributiva, uma limitação à tributação, extraindo daí uma vedação de que, por meio da tributação, se atinja a própria propriedade necessária à produção econômica.

Passando ao exame dos precedentes jurisprudenciais, relata Antonini²⁶ que a Corte Constitucional alemã manifestou-se no sentido de que o direito de propriedade não é uma garantia oponível à tributação. Defendeu-se a tese de que a tutela constitucional é sobre os direitos patrimoniais, e não sobre o patrimônio em si, e que, para efeitos de tributação, deve-se considerar o patrimônio como um conjunto.

No mesmo sentido se posicionou a jurisprudência italiana, ao fazer uma distinção entre o campo da prestação tributária e o da propriedade. Segundo a Corte italiana, diz Antonini²⁷, a lei tributária não gera expropriação da propriedade (que é um direito real) senão impõe uma obrigação pecuniária (que é um direito pessoal). Por isto não se confundem as duas relações, posto que a tributação é uma obrigação de dar, que, nesse entendimento da Corte italiana, não extingue nem modifica o direito real sobre o patrimônio tributado.

Mas registra Antonini²⁸ que, em outra decisão, mais recente, a Corte alemã reconheceu que a tributação excessiva pode configurar uma relação entre a tributação e a propriedade. A essa orientação aderiu a doutrina italiana. No entanto, afirma o autor estrangeiro, jamais uma lei tributária foi declarada inconstitucional por violação ao direito de propriedade.

Diferentemente da Corte alemã, a jurisprudência da Corte italiana decidiu que não cabe analisar a relação entre a obrigação tributária e o patrimônio, salvo nos casos de arbitrariedade e irracionalidade de tributação. Essa conclusão, no entendimento de Antonini²⁹, é inócua porque não há como determinar objetivamente o que seja arbitrariedade ou irracionalidade.

Já em relação à tributação em face da iniciativa privada, anota Antonini³⁰ que a questão colocada a julgamento foi que a tributação elevada poderia desestimular a atividade econômica, violando assim a iniciativa privada. Isto ocorreria sempre a tributação fosse de tal monta que os custos da atividade superassem as receitas, frustrando assim a economicidade da atividade privada.

Relata Antonini³¹ que a Corte Constitucional decidiu, que não há violação se remanesce um mínimo de tolerabilidade, que deixe ao empresário uma margem de utilidade (lucro) pela exploração da atividade empresarial. Mas em outras oportunidades a Corte manifestou-se no sentido da separação entre o

26 Idem, p. 285.

27 Idem, p. 286.

28 Idem, p. 287-288.

29 Idem, p. 290-292.

30 Idem, p. 303-304.

31 Idem, p. 305.

campo da economia e o da tributação, afastando a possibilidade de estender-se o direito à iniciativa privada ao exame da legitimidade da tributação.

Nada obstante, em um caso envolvendo o desconto de medicamentos com preços fixados, continua Antonini³², prevaleceu na Corte o entendimento de que a lei que impunha os descontos obrigatórios (uma lei não tributária) criava uma situação particular, em que a obrigação de descontos aniquilava o lucro, suprimindo a economicidade da atividade empresarial. Apesar disto, a decisão excluiu a aplicação do artigo 41 da Constituição, julgando a lei inconstitucional com fundamento no artigo 23. A Corte assegurou o desenvolvimento da atividade, mas em relação à tributação reconheceu sua legitimidade em razão da capacidade contributiva revelada pelo preço de venda, que constituía a pressuposto da tributação. O fundamento da Corte, conclui Antonini, foi quanto à não-arbitrariedade, sem reconhecer o caráter confiscatório.

Na conclusão de L. Antonini³³, a jurisprudência parece não excluir a possibilidade de decisões diversas conforme os casos concretos, com ênfase nos casos em que o Estado inviabiliza a atividade econômica por meio da tributação. Haveria uma barreira econômica tão intensa que tolhe a utilidade empresarial da atividade. Apesar de a jurisprudência manter a distinção constitucional entre a iniciativa privada e a prestação tributária, é possível concluir que há uma relação, ainda que indireta, entre esses dois campos. No direito de propriedade tal relação é dificilmente identificável, enquanto que em relação à atividade econômica há casos em que o difícil é olvidar dessa relação.

Prossegue o autor³⁴ relatando que a Corte alemã, diversamente da Corte italiana, não se cinge a valorar a finalidade da lei. A Corte alemã fez um exame detalhado de cálculos da rentabilidade, após a tributação, para excluir a possibilidade de considerar-se o tributo como uma medida dirigida contra a liberdade de profissão.

Em outra decisão alemã³⁵, a Corte decidiu que a dedução de despesas necessárias à obtenção da renda é da liberdade de profissão, posto que a atividade profissional só pode ser iniciada e continuada sob a condição de que as despesas sejam fiscalmente deduzidas. Aí se concluiu que a lei assumiu o valor de uma norma dirigida, não sendo mera obrigação tributária.

Já a Corte italiana, aduz Antonini³⁶, tem reafirmado que a capacidade contributiva e a despesa estão ligados à produção da renda. A Corte italiana orienta-se na premissa de que não há relação entre a tributação e a atividade

32 Idem, p. 306.

33 Idem, p. 309.

34 Idem, p. 312-313.

35 Idem, p. 314.

36 Idem, p. 316.

econômica e admite uma discricionariedade do legislador mais ampla do que a reconhecida pela Corte alemã.

Na jurisprudência americana, prossegue relatando Antonini³⁷, a Corte tem excluído a eficácia dos direitos à propriedade e à iniciativa privada da análise em matéria tributária. A Corte não se fundamenta no aspecto axiológico conexo ao dever tributário, mas na premissa de que se trata de campos diferentes entre a tributação e a iniciativa privada ou a propriedade. A orientação da Corte americana tende a esgotar a análise na capacidade contributiva e na razoabilidade da tributação. Essa orientação foi confirmada no caso de impostos extraordinários sobre depósitos bancários.

No caso Fox vs. Standar Oil Co.³⁸, manifestou-se a Corte americana no sentido de que, se o tributo destrói o próprio negócio, nem por isto ele seria ilegítimo, porque não se trata de ser justo ou não, mas sim de uma questão de poder e soberania (competência do Estado). No caso McCullch vs. Maryland³⁹, houve pronunciamento de julgador acerca de que o poder de tributar alberga inclusive o poder de destruir.

Em outro precedente da Corte americana, de McGry vs. United States, caso envolvendo a tributação de margarina colorida, lembra Antonini⁴⁰, foi declarada constitucional a lei tributária, sob o fundamento que passou a ser conhecido como *objective constitutionality*, que leva em conta apenas o aspecto formal da tributação. Mais recentemente⁴¹, a Corte americana decidiu que os tributos que têm o efeito prático de destruir o negócio têm fundamentos nos limites constitucionais da Federação.

3.1 Alguns precedentes jurisprudenciais no Brasil

Se na experiência jurisprudencial estrangeira relatada por Antonini predominou o questionamento da tributação em face dos fundamentos da propriedade e da livre iniciativa econômica, no Brasil a coleção da jurisprudência revela a preocupação mais com os postulados da liberdade econômica e da livre concorrência.

Lembra Leandro Paulsen⁴² de julgado do ano de 1952 do Pretório Excelso, relatoria do Ministro Barros Barreto, que versou sobre a majoração do imposto de licença, destacando trecho do qual se lê que:

37 Idem, p. 316-317.

38 Idem, p. 319.

39 Idem, p. 320.

40 Idem, p. 320-321.

41 Idem, p. 321.

42 PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 221.

[...] dispensável qualquer referência expressa [...], pois os próprios dispositivos fundamentais que asseguram as liberdades individuais, entre os quais se inclui o exercício de profissão, comércio e indústria, constituem uma implícita limitação ao poder de tributo do Estado.

Apesar de a decisão não ter sido tomada diante da alegação de confisco, merece registro por antever a liberdade de exercício de profissão, que está entre as dobras do princípio da livre iniciativa, como limitação implícita à tributação.

Do Plenário do Supremo Tribunal Federal coleciona-se precedente⁴³ mais recente, em que restou declarado inconstitucional regime tributário de fiscalização em face da liberdade de comércio e da livre concorrência. Cuida-se de precedente bastante conhecido, em que o Estado de São Paulo criou um regime especial de fiscalização para determinadas empresas, que consistia no recolhimento do ICMS previamente à saída da mercadoria ou à entrega ao destinatário, além da vedação ao crédito pelo adquirente senão mediante a guia de recolhimento de ICMS e a retenção dos talonários de nota fiscal. No que importa ao escopo deste estudo, o Ministro Carlos Velloso anotou que:

[...] o ‘regime especial do ICM’ [...] impõe restrições e limitações à atividade comercial do contribuinte, viola a garantia da liberdade de trabalho, que estava inscrita no art. 153, § 23 da Constituição de 1967 e que a Constituição de 1988 reafirma no art. 5º, XIII.

A esse precedente do Plenário seguiram outros acórdãos do Pretório Excelso que enfatizaram não só a liberdade de trabalho como também a liberdade de comércio e a livre concorrência.

Exemplo é o precedente⁴⁴ relatado pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, caso em que o Estado de Goiás exigia o recolhimento do ICMS dia a dia, de cuja ementa já se lê que “conflita com a Constituição Federal, em face da liberdade de comércio, da livre concorrência [...], a imposição de regime de recolhimento de tributo que[...]”. Rechaçando a tese da Fazenda Estadual de que o Sistema Tributário não veda tal exigência, pontuou o Ministro Marco Aurélio ser “admissível enfoque que acabe em desequilíbrio com nefastos efeitos no campo da livre concorrência”, após expor que:

43 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 115.452, relator Ministro Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, RTJ, v. 3, p. 850, 16/11/90.

44 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 195.621, Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, 10/08/01.

Se, de um lado, ao fisco é assegurado o controle, a fiscalização e a arrecadação dos tributos pela ordem jurídica constitucional, de outro não menos correto é que não pode introduzir no cenário jurídico procedimento que, alcançando a liberdade de comércio, acabe por criar situação diferenciada.

Este último julgado, uma década mais jovem que o primeiro, mostra uma evolução, pois passou a enfrentar o caso especificamente à luz da livre iniciativa e da livre concorrência, que são postulados específicos da Ordem Econômica previstos no artigo 170 da Carta Política de 1988. Este último precedente também põe em mesa o conflito entre as regras e princípios do Sistema Tributário (que realmente deixam a cargo do legislador ordinário tanto fixar o prazo de recolhimento do tributo como a fiscalização) e os postulados da Ordem Econômica, concluindo que aqueles primeiros não autorizam que sejam desrespeitados estes últimos.

Curioso ainda notar que os referidos precedentes envolveram obrigação tributária acessória (por decorrer de regime especial de fiscalização – obrigação de fazer). Disto segue que, se a livre concorrência e a livre iniciativa podem erigir-se como limitação à obrigação tributária acessória, com maior razão se poderia assim concluir quando se trata de obrigação tributária principal.

Do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem-se notícia de precedente⁴⁵ no qual a tributação foi confrontada com os postulados da Ordem Econômica. O caso versou sobre as contribuições sociais chamadas de PIS e Cofins Importação. Sustentou o Tribunal, pelo voto do relator Desembargador Catão Alves, que “a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins-importação e da Contribuição para o PIS-importação [...] é medida que assegura a competitividade da mercadoria nacional frente à importada”, invocando adiante o novel artigo 146-A da Constituição Federal para concluir que “admite-se que [...] lei preveja critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência”.

Na sequência, Catão Alves defendeu que pode o legislador ordinário, “verificando que a adoção, pura e simples, da base de cálculo estipulada no texto constitucional acabaria por restringir a competitividade”, adotar base de cálculo diversa. Sem adentrar no acerto ou não dessa decisão, o curioso é que o postulado da livre concorrência foi sopesado como critério para legitimar as exações, ainda que por base de cálculo diversa daquela prevista na Carta Constitucional.

Outro precedente⁴⁶ vem do Tribunal Regional da 2ª Região. Em causa relativa à chamada CIDE Tecnologia, aduziu o Juiz Federal José Neiva, no voto

45 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em mandado de segurança nº 2004.38.00.31210-9. Desemb. Federal Catão Alves. *Diário da Justiça*, 05/10/07.

46 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região Apelação cível nº 2002.51.01.018281-6. Juiz Federal conv. José Neiva. *Diário da Justiça*, 09/10/06.

condutor, que o sujeito passivo das contribuições sociais de intervenção no domínio econômico deve ser “o contribuinte que explora atividade econômica [...] justamente para, em observância às disposições do artigo 170 da CF/88, garantir que o mercado será mantido em conformidade com os princípios da livre iniciativa, concorrência e propriedade privada”. Decidiu-se, afinal, no sentido da legitimidade da contribuição em tela porque a “apelante desenvolve atividade econômica que se insere na hipótese de incidência preceituada no artigo 2º [...] da Lei 10.168/2000”.

Essa decisão, no entanto, não examinou, no caso concreto, se a tributação prestigia a livre iniciativa e a concorrência entre os agentes econômicos ou, ao revés, acaba por comprometê-las. Contentou-se com o exame formal de subsunção, concluindo-se ser legítima a contribuição pelo só fato de a pessoa jurídica demandante enquadrar-se na descrição legal do sujeito passivo. A despeito disto, a decisão merece destaque por ter relacionado a tributação aos postulados da Ordem Econômica.

Tal correlação aparece ainda em outro julgado⁴⁷ do Tribunal Regional da 2ª Região. Questionando a legitimidade do IPI sobre a importação, o Tribunal defendeu a exação, dentre outros fundamentos, com base na livre concorrência. Consta da ementa que o “mercado internacional adota a [...] desoneração das exportações, de forma que os produtos e serviços importados chegam ao país de destino livres de impostos, sendo, portanto, desfavorável à livre concorrência pôr (*sic*) em posição desfavorável o produto nacional”. Do que se concluiu que o IPI sobre a importação visa a restabelecer a concorrência do produto nacional no mercado interno.

Ainda no Tribunal Regional da 2ª Região há precedente⁴⁸ em que se questionou a constitucionalidade de isenção do IOF em face não só da isonomia (o que já é tradicional) senão também diante da livre concorrência. Decidiu o Tribunal que “inexiste violação aos princípios da isonomia e da livre concorrência”.

Já no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, referentemente à mesma matéria, há precedente⁴⁹ no sentido de que “o artigo 6º do Decreto-lei nº 2.434/88 traz, em sua parte final, discriminação que pode afrontar os princípios [...] da proteção à concorrência econômica”. Para conformar a disposição ao postulado da livre concorrência, além de outros princípios constitucionais, ao invés de declarar a inconstitucionalidade, decidiu o Tribunal por assegurar a isenção de IOF a todas as operações de câmbio “abstraída a data de emissão das guias de importação”.

47 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação cível nº 2001.02.01.005295-1. Juíza Federal convocada Regina Coeli M. C. Peixoto. *Diário da Justiça*, 29/04/04.

48 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região Remessa oficial nº 89.02.11198-9. Juiz Federal Valdir Peçanha. *Diário da Justiça*, 11/11/93.

49 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação em mandado de segurança nº 90.03.02.3812-0. Juiz Federal Oliveira Lima. *Diário da Justiça*, 14/06/93.

Em precedente recente⁵⁰, a tributação também foi confrontada com o postulado da livre concorrência perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região. O caso envolvia a apropriação de crédito do PIS e da Cofins Importação pelas empresas que apuram Imposto de Renda com base no lucro real, em detrimento das empresas sujeitas ao Imposto de Renda com base no lucro presumido. Relator do acórdão, o Desembargador Wilson Darós concluiu que a disparidade da tributação se justifica “pois tal sistemática é o ‘strandard’ disponível a todos os contribuintes, sem comprovação de qualquer requisito” e que “não há malferimento dos princípios constitucionais da isonomia e da livre concorrência, na medida em que a vedação combatida [...] estende-se a todos os contribuintes que recolhem via lucro presumido”.

Decisões como essas, que admitem a disparidade de concorrência entre empresas em função da duplicidade de regimes de tributação (que no caso em questão não é só de Imposto de Renda, senão também do PIS e da Cofins, além das exações sobre a importação de insumos), acabam por remeter os Contribuintes à própria sorte em arranjos contábeis e estruturais visando a adequar o custo da tributação ao dos concorrentes, sem o que fica comprometida sua concorrência no mercado.

Disto afflora outra mazela, que é a linha tênue entre a evasão e a elisão fiscal. Não se pode olvidar que, se há possibilidade de arranjos (elisivos ou evasivos) para reduzir a tributação sobre a atividade operacional, é porque há critérios dispares de tributação que, conquanto instituídos por lei, impõem a agentes econômicos diferentes custos de transação (tributários) na mesma operação, podendo assim comprometer a livre concorrência dos agentes.

Em outro precedente⁵¹ do Tribunal Regional da 4ª Região, a questão versou, dentre outros fundamentos, sobre o comprometimento da livre concorrência entre as empresas prestadoras de serviço em razão da tributação chamada não-cumulativa do PIS e da Cofins. Conduzido pelo voto do Desembargador Leandro Paulsem, decidiu o Tribunal que para a:

Autora, que tem por objetivo social primordial a prestação de serviços, [...]o novo regime não-cumulativo implicou em aumento de mais de 100% no ônus tributário decorrente da incidência do PIS e da Cofins [...] porque, como prestadora de serviços, os créditos que pode apurar não são significativos.

50 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação em mandado de segurança nº 2005.70.00.032570-3. Desembargador Federal Wilson Darós. *Diário da Justiça*, 11/12/07.

51 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região Apelação cível nº 2004.71.08.010633-8. Desembargador Federal Leandro Paulsen. *Diário da Justiça*, 25/04/07.

Disto concluiu que referida tributação “cria obstáculos à livre concorrência, porquanto empresas dedicadas à mesma atividade que a Autora continuam submetidas ao regime comum, não tendo sido oneradas pelo advento do regime não-cumulativo”.

Em voto-vista reafirmou o Desembargador Antônio Albino Ramos de Oliveira que a tributação em questão “leva a distorções da livre-concorrência: as empresas beneficiadas por uma menor carga tributária terão vantagens competitivas sobre suas concorrentes mais duramente tributadas”.

Ainda do Tribunal Regional de Porto Alegre conhece-se precedente⁵² no qual, apreciado o adicional de tarifa externa prevista na Portaria Interministerial MDIC/MF 19/99, pronunciou-se que “a motivação do adicional é afastar a concorrência de fabricantes estrangeiros de brinquedos com os fabricantes domésticos”. Outro⁵³ em que o Tribunal Regional, enfrentando ação anulatória de débito fiscal, expressou que:

[...] não conflita o Decreto-lei nº 1.593/77 com a livre iniciativa e a livre concorrência – respectivamente fundamento e princípio da ordem econômica – as quais, embora expressamente contempladas na Carta Política de 1988 [...] não suprimem as atividades reguladora e fiscalizadora do Estado.

Do Tribunal Regional Federal da 5ª Região coleciona-se precedente⁵⁴ relativo à retenção de 11% do valor da nota fiscal de prestação de serviço a título de contribuição previdenciária. O Tribunal justificou a tributação como o argumento de que ela “deve [...] interessar aos contribuintes cumpridores dos seus deveres, na medida em que inviabiliza a concorrência desleal dos que não cumprem com as suas obrigações tributárias”, querendo se referir-se às empresas que supostamente sonhariam a contribuição social, se calculada sobre a folha-de-salário.

Derradeiramente, para não ser enfadonho, registra-se aresto do Tribunal Regional da 5ª Região em que, decidindo sobre a contribuição previdenciária sobre pagamentos a autônomos criada pela Lei Complementar 84, ficou consignado que:

[...] incidência da contribuição tão-somente quando os serviços forem prestados por pessoas físicas que não fulmina materialmente a exação, no que pertine às disposições constitucionais que garantem

52 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região Apelação em mandado de segurança nº 2001.71.00.031549-4. Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares. *Diário da Justiça*, 04/05/04.

53 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação cível nº 97.04.42758-1. Desembargador Federal Vilson Darós. *Diário de Justiça*, 16/01/02.

54 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação em mandado de segurança nº 2002.05.00.003705-8. Desembargador Federal Castro Meira. *Diário da Justiça*, 20/06/02.

a livre iniciativa, liberdade de associação e livre concorrência como princípio da ordem econômica.

4. Considerações finais

Como já antecipado de início, o presente ensaio não teve a pretensão de apresentar conclusões, senão apenas expor alguns pontos para reflexão. Por isso se deu preferência a perquirir a experiência jurisprudencial, porque ela retrata causas concretas em que a tributação foi confrontada com os postulados da Ordem Econômica.

Os precedentes havidos no Brasil demonstram que tal questão já vem sendo agitada há algum tempo, mas ainda de maneira muito tímida, o que se constata pelo pouco número de precedentes da questão em face dos milhares de processos julgados todos os anos no país. Do exame dos precedentes também se pode concluir uma tendência ao questionamento da tributação em relação à concorrência, o que é compreensível, posto que talvez seja hoje o fundamento econômico mais relevante da economia de massa e globalizada.

É certo, no entanto, que o tema não deve ser debatido somente no tocante ao postulado da livre concorrência, ou da propriedade privada, ou da livre iniciativa etc. A Constituição brasileira de 1988 elegeu também outros fundamentos para a Ordem Econômica, tão relevantes quanto aqueles primeiramente apontados, como o postulado de defesa do meio ambiente ou o de busca de pleno emprego etc.

Seria possível a discussão sobre a inconstitucionalidade de uma lei tributária por induzir à agressão ao meio ambiente, como, por mera hipótese, uma lei que reduzisse a tributação sobre as receitas auferidas com cana-de-açúcar para produção de combustível, induzindo assim ao desmatamento (ainda que clandestino) da floresta amazônica para produção de cana. Ou se poderia suscitar a inconstitucionalidade de tributação que, também por mera hipótese, importasse indiretamente na redução de postos de emprego, *verbi gratia* com a majoração da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salário.

Sob a perquirição doutrinária, a preferência foi por sugerir a discussão num ambiente menos tradicional. A doutrina do Direito Tributário tradicionalmente tende a concentrar-se nas espécies tributárias. Ao nosso modesto modo de ver, a questão em mesa exige uma compreensão mais genérica sobre a tributação, como um custo de transação inerente a todas as operações econômicas, conforme frisado por Coase, independentemente da espécie de tributo.

A doutrina clássica do Direito Tributário também tende, ainda que não intencionalmente, a trazer as discussões para dentro do Sistema Tributário, tratando livre concorrência como quase sinônimo de isonomia tributária, ou o direito à propriedade e à iniciativa privada como apenas facetas da regra do não-

confisco. Isto, contudo, reduz em muito os limites da discussão, uma vez que, por um lado, torna impertinente a análise sobre a relação possível de intervenção do Estado na organização e no funcionamento da economia e, por outro flanco, faz aquela separação estanque entre o Sistema Tributário e a Ordem Econômica de que falou Antonini ao descrever a jurisprudência alemã, italiana e norte-americana, como se a Constituição não fosse um único estatuto político.

Daí talvez a necessidade, máxima vênua, de uma nova perspectiva de análise, que aproxime a tributação dos impactos por ela causados na organização e funcionamento da Ordem Econômica, desafio que se impõe diante da nova economia, sobretudo em razão da globalização.

Referências

- ANTONINI, Luca. *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*. Milano: Giuffré. 1996.
- FERRAZ, Roberto. Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil. In: TORRES, Heleno Tavares (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros. 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990.
- MODÉ, Fernando Magalhães. *Tributação ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. Curitiba: Juruá. 2003.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina. 1998.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. As relações entre estado e sociedade: de onde vimos e para onde vamos. In: *Principios de derecho publico e económico*. Granada: Comares. 2001.
- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- SILVA, Sérgio André R. G. da. A tributação na sociedade de risco. In: TORRES, Heleno Taveira e PIRES, Adilson Rodrigues (coord.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- TORRES, Ricardo Lobo. O conceito constitucional de tributo. In: TORRES, Heleno Tavares (coord.). *Teoria geral da obrigação tributária*. São Paulo: Malheiros. 2006.
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier. 200

POLÍTICA FISCAL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NO BRASIL

FISCAL POLICY AND THE BRAZILIAN ECONOMICAL
DEVELOPMENT

Lourival José de OLIVEIRA
Sharon Cristine Ferreira de SOUZA

Doutor em Direito das Relações Sociais PUC-SP; docente da Universidade Estadual de Londrina; docente da Universidade Norte do Paraná; docente da Universidade de Marília; docente da Faculdade Paranaense. Mestre em Direito Negocial e Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina.

Resumo

Analisa-se a Teoria da Tributação sob o ponto de vista jurídico e fiscal a fim de balizar um sistema tributário “ideal”, que possibilite o desenvolvimento econômico. Fundamenta-se que um sistema tributário justo deve ser pautado nos princípios da simplicidade, neutralidade, progressividade e equidade. O Estado deverá cumprir seus principais objetivos e tarefas públicas mediante o exercício de três funções, a saber: alocativa, distributiva e estabilizadora. Observa-se que, não obstante a arrecadação fiscal aumente, os investimentos em infraestrutura e gastos sociais diminuem e o crescimento econômico é irregular, incentivando ações como a sonegação fiscal. Destaca-se a diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico, trazendo este último como essencial à manutenção de um sistema tributário justo e eficaz.

Palavras-chave: desenvolvimento econômico; política fiscal; tributação.

Abstract

This paper analyses the tax theory under the Law and fiscal point of view in order to mark out an “ideal” tax system that enables the economic development. It justifies that a fair tax system has to be ruled by principles of simplicity, neutrality, progressivism and equality. The State should accomplish its main objectives and public tasks by the exercise of three functions that are: allocating, distributive and establishing. We observe that although tax collection increases, investments in infra structure and social expenses goes down. Irregular economical growth stimulates tax misappropriation. The difference between economic growth and economic development are highlighted whereas the latter is stated as essential to the maintenance of a fair and effective tax system.

Key words: economic development; fiscal policy; taxation

O Direito tomado isoladamente como instrumento para tentar solucionar os problemas políticos, sociais e econômicos vislumbrados no Brasil tornou-se insuficiente. Mostra-se cada vez mais necessária a utilização, em conjunto com a Jurisprudência, de outras áreas do conhecimento humano, na tentativa de encontrar-se as soluções mais adequadas aos anseios da sociedade.

Este mister de interdisciplinariedade torna-se evidente quando se estuda política econômica – dentro da qual está inserida a política fiscal – e se analisam os rumos que o País está seguindo no rumo ao desenvolvimento econômico.

Sendo assim, far-se-á uma exposição relativa à política fiscal e às funções do Estado, com o intuito específico de adentrar-se no tema da política econômica, quando então mediante sua análise, bem como a de suas deficiências, verificar-se-ão os problemas concernentes às dificuldades para se alcançar o desenvolvimento econômico no Brasil.

O mais importante é apontar onde os Governos brasileiros estão se equivocando na condução dessas políticas, pois existe uma série de soluções não-paliativas a serem adotadas para as dificuldades expostas.

1 Teoria da tributação

Quando se estuda a política econômica, faz-se necessário chamar à ajuda algumas outras áreas do conhecimento humano, como a Economia e a Ciência das Finanças Públicas, com o intuito de entender-se esse instrumento do Estado como forma de obtenção de uma tributação de qualidade para se auferir justiça fiscal. Deve haver uma adequação entre a justiça fiscal e a realidade social, para se tentar suprir alguns problemas verificados atualmente.

Para tanto, estudam-se as receitas tributárias e sua justificação, começando pela Constituição Federal Brasileira em seu art. 3º, o qual traz em seu bojo alguns objetivos a serem alcançados, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades regionais, enfim, alguns desideratos que delineiam o modelo de Estado que a sociedade escolheu e direcionam, pois, a atuação estatal.

Todavia, todas essas atribuições das quais o Estado se incumbiu têm um custo. Para sustentar esse modelo estatal há necessidade de ingressos públicos, cuja principal espécie é a arrecadação tributária.

O sistema constitucional tributário e o Código Tributário Nacional permitem que se verifique a existência de cinco espécies de tributos, quais sejam: impostos, taxas, contribuição de melhoria, contribuições e empréstimos compulsórios. São eles, então, os tributos previstos no ordenamento jurídico e, por meio deles, o Estado obtém as receitas públicas para custear os serviços e bens públicos.

Importante ressaltar que o sistema tributário brasileiro é regido por diversos princípios, dentre os quais, alguns são indicados pela teoria econômica, porquanto, mediante a análise do sistema tributário à luz desses princípios, pode-se considerar um sistema tributário “bom” ou “ideal”.

São eles, segundo classificação trazida pelo professor Roberto Quiroga, os princípios da simplicidade, neutralidade, progressividade e equidade.

O primeiro deles é essencial ao contribuinte e ao Fisco, conquanto a singeleza do corpo normativo proporciona uma maior qualidade à tributação, desonerando os contribuintes de custos administrativos desnecessários, com a interpretação e aplicação das normas tributárias, e facilitando o trabalho da Administração Tributária no momento da fiscalização. Isso aumenta a eficiência da máquina estatal, reduz o ônus administrativo do Governo e diminui a ocorrência de sonegação fiscal. Haller enumerou as propriedades básicas da tributação ideal: comodidade de arrecadação e de fiscalização; leveza das cargas fiscais; neutralidade; eficiência na política conjuntural e de distribuição de renda; respeito à esfera privada e harmonia interna (*apud* MOSQUERA, 2005, p. 567).

O princípio da neutralidade dispõe que a política fiscal de um Estado não deve provocar desvios quanto à alocação de recursos na economia tornando o sistema tributário ineficiente, ou seja, as normas tributárias não devem ser tendenciosas, não podem gerar desvios ou direcionamentos, privilegiando ou onerando mais uns do que outros.

Contudo, a tributação, norteadas pelos demais princípios e metas do Estado, a exemplo do supra-referido art. 3º da Constituição Federal, na busca da erradicação da pobreza ou redução das desigualdades regionais, pode adotar medidas com o escopo de estimular o crescimento de determinada região ou de dado grupo social menos favorecido. Dessa forma, a neutralidade é característica fundamental para a existência de um sistema tributário ideal, desde que conectada à adoção, por parte do Estado, de uma política econômica apontada ao desenvolvimento e vista como um todo.

Quanto à progressividade do sistema tributário, isto implica na tributação progressiva dos contribuintes, fazendo com que os dotados de maior renda paguem mais tributos. A tributação escalonada de acordo com diferentes faixas de riqueza melhor atende ao princípio de justiça tributária e igualdade e proporciona a redistribuição da riqueza numa sociedade.

Finalmente, o princípio da equidade serve para medir a parcela mais justa com que cada cidadão deve contribuir para os custos do Governo. A economia do Setor Público afere esse grau de justiça por meio de dois princípios: princípio

do benefício¹ e princípio da capacidade contributiva.² Este princípio permite que haja uma melhor distribuição de renda, com primazia pela elaboração de um sistema tributário o mais justo possível.

Analisando o sistema tributário e alguns de seus princípios, pode-se ter uma base para entender como funciona a política fiscal, porque, conforme já mencionado, é por intermédio da arrecadação que se consegue sustentar o modelo estatal que a sociedade escolheu, isto é, por meio de uma determinada política fiscal positivar-se-ão os valores que a sociedade deseja ver realizados.

2 Política fiscal e as funções do estado

O Estado começou a interessar-se por objetivos da área econômica ao verificar as aspirações gerais³ da sociedade, os objetivos sociais, em razão do observado no decorrer do processo político e a operacionalizá-las mediante uma programação econômica (NUSDEO, 2005, p. 173).

Assim, o Setor Público tem grande participação na vida econômica⁴ brasileira, uma vez que, além das receitas tributárias e outras espécies de ingressos públicos, o Estado intervém sobre a economia mediante regulação, incentivo, planejamento e fiscalização (art. 174, CF).

A ordem econômica e financeira, prevista no ordenamento jurídico no Título VII do Texto Maior, a partir do art. 170, possui elementos normativos balizadores de determinadas formas de organização e funcionamento da economia, consoante os valores correntes de cada sociedade e conforme à própria realidade da vida econômica, condicionando e influenciando as ações públicas e privadas que lhes serão decorrentes (SCOTT, 2000, p. 31-33).

No Brasil a economia é mista, isto é, o mercado⁵ (Setor Privado) e o Governo (Setor Público) interagem amplamente determinando a produção do

1 Cada cidadão, individualmente, deve compensar as custas que o Estado teve com a prestação de determinado serviço público realizado especificamente, de maneira proporcional aos benefícios por ele auferidos, como no caso de alguns tipos de tributos (taxas, contribuições de melhoria e algumas espécies de contribuições).

2 O ônus tributário deve ser tal que os contribuintes com mesma capacidade contributiva paguem o mesmo nível de impostos (equidade horizontal). Quando da não isonomia, deve-se diferenciar o ônus tributário respectivo (equidade vertical).

3 BOULDING, J. K. *Economic policy, principles and design*. Englewood, 1958.

4 “Atividade econômica indica determinada ação ou soma de ações que – tomadas a partir de uma decisão que leva em conta a escassez de recursos da natureza de tal maneira que se possa atender às necessidade e aos desejos humanos – processam-se num espaço social limitado a fenômenos de natureza econômica, relacionados à produção, industrialização, transformação, comercialização e consumo de bens e riquezas” (SCOTT, 2000, p. 29-30).

5 O funcionamento do sistema de economia de mercado ou economia capitalista está baseado num conjunto de regras pelo qual se compram e vendem bens, serviços e fatores de produção, ou

país, sendo que o grau de intervenção do Estado, maior ou menor, varia de acordo com o modelo estatal adotado por cada país (LONGO, 1993).

Para entender melhor a economia de mercado e seu funcionamento, faz-se mister trazer o conceito de sistema econômico⁶:

é o conjunto de relações técnicas, básicas e institucionais que caracterizam a organização econômica de uma sociedade. Essas relações condicionam o sentido geral das decisões fundamentais que se tomam em toda a sociedade e os ramos predominantes de sua atividade. (MORCILLO, 2002, p. 37-38)

Visando ao desenvolvimento de uma economia de mercado, o Direito deve estabelecer normas claras definindo quais são as “diretrizes” (objetivos, metas) do Estado e até que ponto as regras afetariam o comportamento dos agentes na economia. Deve-se saber quais são esses escopos e de que maneira e quais os caminhos para sua realização.

Também é importante ressaltar que para a economia é necessário saber quais normas promovem mais eficiência (MORCILLO, 2002, p. 73-74). Consoante o verificado anteriormente, não há que se negar a existência de uma forte influência de alguns princípios da área econômica na seara jurídica, principalmente o princípio da eficiência. Todavia, ele não pode balizar metas de relações entre o Estado e o cidadão, haja vista a prevalência do princípio da equidade e seus reflexos nas atitudes de Governo, que devem primar necessariamente pela realização da justiça e igualdade sociais.

Assim o Estado deve intervir sobre a economia de forma a realizar determinados valores e possibilitar até mesmo o bom funcionamento do sistema de mercado e atender às necessidades básicas da sociedade.

Para minimizar ao máximo as externalidades negativas geradas pela atividade de um agente econômico, ou a fim de possibilitar o cumprimento da livre iniciativa e da livre concorrência, além de proporcionar a infraestrutura exigida para a efetivação do desenvolvimento econômico, o Estado utiliza a

seja, é o ambiente no qual tais trocas ocorrem livremente (MORCILLO, 2002, p. 45).

⁶ “Na teoria moderna dos sistemas econômicos, predomina a idéia de que os sistemas econômicos devem ser assinalados por mais de um critério. Concentrar-se numa característica levaria a erro. Por isso, distinguem-se hoje três grupos de critérios, para os quais se apresentam diferentes razões: 1. critérios de propriedade e de disponibilidade dela: quem participa dos processos de planejamento, decisão e controle sobre produção, distribuição e consumo? 2. critérios de informação e coordenação: mediante que sistemas informativos procede-se à coordenação das decisões isoladamente consideradas? 3. critérios de motivação: que objetivos perseguem aqueles aos quais cabe decidir e como proceder?” (SCOTT, 2000, p. 32).

política fiscal (englobada no gênero “política econômica”)⁷ como uma forma de intervir sobre a economia, determinando assim normas e medidas para melhor utilizar suas funções para a promoção dos referidos objetivos.

Salienta-se que a Teoria da Tributação, antes estudada, analisa a maneira como serão obtidos os recursos para pagar pelos serviços e bens públicos, e o processo político e o orçamento determinam o direcionamento dos recursos públicos. E para que o mister da sociedade seja realizado, com a boa gestão das receitas públicas, faz-se necessário que o Governo utilize as três funções, a saber: a) função alocativa; b) função distributiva ou redistributiva; c) função estabilizadora. (LONGO, 1993, p. 13).

2.1 Função alocativa

Por meio da função alocativa o Governo faz a provisão de determinados bens e serviços públicos não oferecidos adequadamente mediante o sistema de mercado. Os bens públicos “são aqueles em que o sistema de preços é ineficiente para induzir à produção da quantidade ótima”, como por exemplo, defesa nacional e iluminação pública (LONGO, 1993, p. 18).

Os bens públicos não são delimitados pela sua “abrangência ou quantidade” – prestação direcionada a apenas um indivíduo ou à coletividade –, mas sim por sua forma de utilização, uma vez que os bens públicos são ilimitados para o consumidor. Sendo assim, diz-se que no consumo há inexistência de rivalidade, conquanto os serviços públicos são direcionados à manutenção da lei e da ordem, podendo ser consumidos simultaneamente por muitas pessoas.

O sistema de mercado pode ser comparado a um grande “leilão” e caracterizado como um sistema de “acionamento indicativo, no qual os produtores são guiados pela demanda dos consumidores” (LONGO, 1993, p. 19), existindo, assim, o princípio da exclusão⁸ como característica própria implícita nesse sistema de trocas.

7 De acordo com Carlos Alberto Longo e Roberto Luis Troster – adotando-se a classificação que se mostrou mais útil – a política econômica pode ser colocada como gênero das espécies “política monetária” (“ações do governo, quase sempre realizadas por intermédio do banco Central, que tem o objetivo de controlar as variáveis monetárias da economia”) – que engloba, também, a “política cambial” – e “política fiscal” (atividades de arrecadação tributária do governo e gastos públicos) (1993, p. 24). A política econômica é uma espécie de política pública e significa toda atuação estatal interventiva sobre os setores da atividade sócio-econômica (é difícil separar políticas econômicas de políticas sociais, uma vez que o elemento econômico está inserido no contexto social), mediante o uso de meios jurídicos e econômicos, dentro do sistema político adotado, das diretrizes e direcionamentos de modo a viabilizar a concretização de finalidades transformadoras da realidade econômica (SCOTT, 2000, p. 34-35).

8“Entretanto, no caso de bens públicos, o fato de um agente utilizar o serviço que é oferecido não significa reduzir fisicamente a oferta para os demais. Por exemplo, num país de 100 milhões de habitantes, se o

A explanação trazida serve como parâmetro para se fazer a diferenciação entre os bens e serviços promovidos pelo Setor Público e aqueles existentes e à disposição dentro do mercado. É interessante verificar o modo como o Poder Público utiliza essa função para oferecer à sociedade serviços essenciais ou, até mesmo, não tão essenciais, custeados pela própria coletividade por meio das receitas públicas (MOSQUERA, 2005, p. 577).

2.2 Função distributiva ou redistributiva

A função distributiva ou redistributiva, esta última conforme nomenclatura trazida por Carlos Alberto Longo e Roberto Luis Troster (1993, p. 22), consiste em ajustamentos no perfil da distribuição de renda na sociedade.

A distribuição de renda depende da produtividade do trabalho e dos demais fatores de produção dados pelo mercado. A distribuição de renda entre indivíduos, portanto, dependerá neste caso somente da oferta de seus fatores e do preço que eles atingem no mercado. (LONGO, 1993, p. 22)

Como essa renda é derivada da soma das rendas do trabalho e da propriedade – sendo que a primeira é dada segundo a produtividade da mão-de-obra e dos fatores de produção do mercado –, se o mercado funcionasse livremente, a distribuição não seria igualitária ou justa, pois sempre haveria a referência das diferenças iniciais de dotações de patrimônio de cada indivíduo.

Neste diapasão, o Poder Público assumiria o papel de um redistribuidor de renda, traspassando a renda de parcela mais abastada da população àquela mais pobre, mediante a implementação de esquemas de transferências fiscais, tributação progressiva da renda, subsídios a famílias de baixa renda etc. (LONGO, 1993, p. 23-24; VASCONCELLOS, 1998, p. 191).

“A tributação é o instrumento mais eficaz para se fazer essas transferências patrimoniais dentro de determinada comunidade”, fazendo com que o Estado ora onere mais o capital em relação ao trabalho, ora mais a propriedade em relação ao capital. Onera-se parte mais bem provida da população para direcionar, depois, os recursos às classes menos afortunadas da sociedade. Pode-se desonerar uma região com o intuito de desenvolver economicamente determinada localidade, pode-se conceder incentivos fiscais, implementar uma política de gastos públicos ou subsídios direcionados a determinado setor produtivo que se deseje emular,

orçamento para a educação é de 5 bilhões de unidades monetárias e o orçamento ideal para o atendimento de toda a população é de 8 bilhões, não seria possível concluir-se que parte da população ficaria excluída do consumo, pois, mesmo a um nível inferior, toda ela teria acesso ao sistema educacional” (VASCONCELLOS, 1998, p.190).

enfim, há várias formas de fazer da política fiscal um instrumento de distribuição de renda e justiça social (MOSQUERA, 2005, p. 577-578; VASCONCELLOS, 1998, p. 191).

2.3 Função estabilizadora

A função estabilizadora é instrumento de manipulação dos níveis de preços e empregos da economia.

Segundo Longo “a política fiscal é um instrumento da política econômica, porque o pleno emprego e a estabilidade de preços não ocorrem automaticamente na economia” (1993, p. 24).

Com efeito, observa-se que o Estado intervém na Economia de várias maneiras, uma vez verificada, ao longo da história, a ineficiência do mercado em se autorregular e garantir, de *per si*, o pleno emprego, a estabilidade macroeconômica – preços, juros etc – e o crescimento econômico do País. Então, mediante regulação, garante aos trabalhadores direitos sociais, concede incentivos para fomentar a geração de empregos em dado setor econômico, faz investimentos públicos – bens públicos, infraestrutura – e financiamentos para estimular o setor privado (VASCONCELLOS, 1998, p.191-192).⁹

O equilíbrio entre a arrecadação e o uso das receitas tributárias no bom atendimento das necessidades públicas, mediante a prestação de serviços de qualidade, denota a boa gestão dos recursos públicos e o equilíbrio das economias públicas.

Esses conceitos são relevantes quando se pensa em desenvolvimento econômico, uma vez que o Governo precisa utilizar todos os mecanismos à disposição visando alcançar um desenvolvimento, ou seja, mirando não apenas no crescimento econômico, mas em indicadores sociais, no mínimo, aceitáveis.

3 Desenvolvimento econômico

A evolução crescente nos níveis de arrecadação tributária e, em contrapartida, o crescimento econômico irregular demonstram a ausência de desenvolvimento econômico no País.

Verifica-se que, no Brasil, o sistema tributário sofre modificações legislativas somente no intuito de aumentar a arrecadação, porém, o gasto público não diminui e nem se vê a aplicação desses recursos públicos em infraestrutura, na distribuição de renda ou em serviços à coletividade.

⁹“Por intermédio da política fiscal, por exemplo, o governo pode influir na alocação de gastos públicos em investimento ou consumo (forma direta), ou ainda, aumentando ou diminuindo alíquotas ou bases de cálculo dos tributos (forma indireta), ocasionando assim diminuição ou aumento da renda privada, respectivamente” (MOSQUERA, 2005, p 579).

Os tributos encontram-se mal distribuídos, gerando desequilíbrio em alguns setores importantes da sociedade, principalmente naqueles vinculados a atividades econômicas.¹⁰

A exacerbada carga tributária brasileira¹¹ onera o setor produtivo nacional de forma a proporcionar uma desvantagem competitiva, tanto no âmbito interno quanto no externo, dificultando relações comerciais com parceiros internacionais, sem mencionar a facilitação e estímulo à evasão fiscal (GRILLO, 2007, p 72-73).

O que se almeja, em realidade, é o desenvolvimento econômico pátrio, isto é, um processo de conhecimento social que leve ao máximo de inclusão possível, não devendo ficar o Estado adstrito somente à noção simplista de crescimento econômico.

Ou seja, pela leitura constitucional, infere-se que deve haver uma série de medidas sociais acompanhando o processo de desenvolvimento, não apenas a verificação pura e simples de crescimento econômico.

De acordo com as Ciências Econômicas, a manutenção das estruturas do modo de produção capitalista é o que se entende como crescimento econômico¹², sinônimo de ótimo desenvolvimento da produção, principalmente mediante as inovações tecnológicas, do consumo, os quais impulsionam a produção, o lucro e os investimentos em produção futura, mediante emprego do lucro como capital para reprodução (DERANI, 2001, p. 99).

Todavia, uma política direcionada apenas ao crescimento econômico mostrou-se pernicioso, em razão das externalidades negativas que as atividades do modo de produção capitalista geram, sobretudo nas searas ambiental e social. Poluição – problema da absorção do lixo, dos resíduos e de rejeitos –, esgotamento ou mau uso de fontes de energia, problemas infraestruturais, desemprego e outros mazelas sociais são apenas alguns exemplos.

Nesta esteira, vale salientar a existência de uma corrente de economistas¹³ que faz a diferenciação entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico, entendendo que este último

10 “No campo da administração tributária e dos deveres tributários dos contribuintes, associa-se a irregularidade do desenvolvimento da economia brasileira à profusão de tributos, com complexas obrigações tributárias e acessórias, geralmente pautadas pela excessiva formalidade e pouca flexibilidade. Essa seria, inclusive, uma das principais causas de altos índices de informalidade na atividade produtiva, visto que leva à redução do universo de contribuintes” (GRILLO, 2007, p 72).

11 A carga tributária no Brasil é bastante alta, girando em torno de 37,37%, de acordo com o último dado à disposição no sítio da Receita Federal (vinculado ao Ministério da Fazenda) <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2005.pdf>.

12 Há uma corrente de economistas que “encara o crescimento econômico como uma simples variação quantitativa do produto [...]” (SOUZA, 2005, p. 06).

13 Enquadram-se nesta corrente economistas de orientação crítica como Prebish (1949), Furtado (1961), Singer (1977) e os demais autores de tradição cepalina e marxista, assim como grande parte dos chamados economistas do desenvolvimento (p. 06).

[...] envolve mudanças qualitativas no modo de vida das pessoas, das instituições e das estruturas produtivas. Nesse sentido, o desenvolvimento caracteriza-se pela transformação de uma economia arcaica em uma economia moderna, eficiente, juntamente com a melhoria do nível de vida do conjunto da população. (SOUZA, 2005, p. 06)

Destarte, leva-se em conta não somente o crescimento econômico, mas também a melhoria e garantia de melhores e mais saudáveis padrões de vida à população (bem-estar social), coordenada com um equilíbrio na distribuição de renda, posse de bens materiais e aumento da capacidade de consumo. Isso se reverteria em condições materiais para o bem-estar da sociedade (manutenção da sanidade física e psíquica dos indivíduos): acesso à alimentação sadia, qualidade da água que se consome, disponibilidade para o lazer, índice de salubridade do ambiente de trabalho etc (DERANI, 2001, p. 110).

Esse processo de desenvolvimento econômico considera a chamada “autossustentabilidade”, definida como “o processo de desenvolvimento que busca manter-se durante todo o itinerário e passagem do estágio de subdesenvolvimento até a chegada à nova condição de desenvolvimento” (GRILLO, 2007, p. 75).

Há várias formas de se alcançar o desenvolvimento econômico, tais como, intervenção direta no domínio econômico pela realização de atividade tipicamente privada; intervenção indireta por regulação – conforme exposto acima –; fomento econômico etc.

Armando Castelar Pinheiro (2004, p. 33) comenta que alguns autores entendem que o desenvolvimento econômico, para ser alcançado, deve contar com a intervenção do Estado em muitos setores sociais e econômicos, mas especificamente com uma estratégia de investimentos em que o Governo se comprometa a criar uma agenda de desenvolvimento, cujas prioridades seriam a estabilidade macroeconômica; preços e incentivos corretos – dentro dos parâmetros da livre concorrência e justiça social; boas instituições – estabilidade e funcionamento dos mercados; proteção aos direitos de propriedade; obediência ao princípio da legalidade; representatividade e estabilidade política e social; investimentos públicos em infraestrutura básica e gastos sociais; equilíbrio e justiça social; seguridade; equilíbrio fiscal; estratégia de desenvolvimento bem definida e comprometimento da liderança política; e, finalmente, uma máquina pública bem preparada para implementar as diretrizes de tal estratégia de desenvolvimento.

Indo ao encontro deste pensamento, o economista Amartya Kumar Sen constrói toda a concepção de desenvolvimento econômico pautada no valor “liberdade”, entendido como um *fin primordial*, uma vez que possui papel constitutivo no desenvolvimento, englobando nessa seara as liberdades substantivas, ou seja, as liberdades básicas para o ser humano, e como o *principal*

meio de se alcançar o desenvolvimento, cumprindo assim seu papel instrumental no desenvolvimento (2000, p. 52).

Neste sentido, as liberdades (e direitos nela englobados) contribuiriam de maneira eficaz ao progresso, sendo utilizadas como instrumento para a consecução do desenvolvimento, e corresponderiam a cinco tipos de modalidades, que se complementam entre si:

- 1) liberdades políticas;
- 2) facilidades econômicas (facilidade de consumo, produção e troca);
- 3) oportunidades sociais (educação, saúde, etc. influenciando as liberdades substantivas);
- 4) garantias de transparência (necessidade de clareza e sinceridade nas relação entre as pessoas, inibe a prática da corrupção, a irresponsabilidade financeira e as transações ilícitas); e
- 5) segurança protetora (segurança social garantindo medidas protetoras e benefícios sociais em casos emergenciais) (SEN, 2000, p. 55-57).

[A] [...] criação de oportunidades sociais por meio de serviços como educação pública, serviços de saúde e desenvolvimento de uma imprensa livre e ativa pode contribuir para o desenvolvimento econômico [...] (SEN, 2000, p. 57).

Embora o referido economista tenha utilizado o parâmetro “liberdade” como forma de alcançar os objetivos sociais, observa-se também a necessidade de se promover mudanças nas “estruturas econômicas, sociais, políticas e institucionais, com melhoria da produtividade e da renda média da população”. Quando se observa a necessidade de relacionar o crescimento dos setores produtivos ao aperfeiçoamento dessas estruturas, é possível eliminar “os pontos de estrangulamento do desenvolvimento¹⁴”, passando, assim, de um sistema econômico tradicional, economia de subsistência ou economia informal, a um sistema econômico moderno (CHENERY, 1981, p. IX *apud* SOUZA, 2000, p. 06).

Observam-se como pontos de estrangulamento da economia o irregular crescimento econômico, o alto nível de desemprego, uma pesada carga

14“A dificuldade em diversificar e expandir as exportações e fatores como concentração da renda, educação defasada, falta de mão-de-obra especializada, deficiência de infraestrutura e insuficiência de poupança interna e de investimentos públicos constituem pontos de estrangulamento que precisam ser vencidos sob pena de bloquear o crescimento da economia” (p. 23-24). Cabe ao Estado a função de superar esses estrangulamentos por meio da adoção de dadas diretrizes no sentido desenvolvimentistas, orientando a economia (normatização).

tributária, um sistema fiscal burocrático, espantando investimentos no Brasil tanto em âmbito interno, quanto de capital estrangeiro¹⁵, profundos problemas infraestruturais, enfim, uma série de fatores que colocam o Brasil na contramão do desenvolvimento.

Fica patente, então, que o caminho do desenvolvimento econômico é um fenômeno de longo prazo, isto quer significar que não será de uma hora para outra a mudança da qualidade em termos de infraestrutura social e a verificação de um crescimento econômico regular e estável. Para isso, frisa-se mais uma vez a necessidade de políticas públicas que paulatinamente resolvam os problemas apontados.

4 Problemas e soluções para o desenvolvimento econômico no Brasil

Conforme verificado acima, a carga tributária no Brasil é bastante alta¹⁶, mas, em contrapartida, existe o agravante de se mostrarem quase ausentes os investimentos em infraestrutura necessários ao desenvolvimento econômico, além de outros entraves como a grande complexidade do sistema tributário e o crescimento irregular e, às vezes, até retrógrado do País, segundo estudo representado na Tabela 1 abaixo (PINHEIRO, 2004, p. 34):

Tabela 1 – Decomposição do crescimento do PIB: contribuições do capital, do trabalho e da produtividade

Período	Crescimento do PIB A=B+C+D	Contribuições para o crescimento do PIB (a)		
		Capital (B)	Trabalho (C)	Produtividade total dos fatores (D)
1931-1950	5,1	2,7	0,9	1,6
1951-1963	6,9	4,3	1,4	1,1
1964-1980	7,8	4,5	1,6	1,7
1981-1993	1,6	1,3	1,1	-0,7
1994-2002	2,7	1,1	0,5	1,1

(a) Utilizando uma decomposição típica de Solow, com retornos constantes de escala e elasticidade do produto em relação a capital e trabalho de 0,5.

Fonte: Pinheiro, Gill, Severn e Thomas (2001), com dados revistos do IBGE para emprego.

15 O Brasil perde competitividade, estando em 66º lugar no *ranking* de competitividade do Banco Mundial (2006), segundo informações de Fabio Artigas Grillo (2007, p. 94).

16Atualmente girando em torno de 37,37%, de acordo com o último dado à disposição no sítio da Receita Federal (vinculado ao Ministério da Fazenda) <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/EstudoTributario/cargafiscal/CTB2005.pdf>

Isso se deve a uma política econômica que não prima pelo desenvolvimento econômico, justiça e igualdade sociais. Segundo estudo apresentado pelo Fórum Brasil do Orçamento (FBO), o Estado brasileiro tem uma política econômica – orientada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) – de meta de superávit primário, na qual se considera a entrada de ingressos públicos, menos as despesas públicas, desconsiderando o pagamento de juros da dívida.

Sendo assim, observa-se que a prioridade dos governos no Brasil é cortar gastos públicos e aumentar a receita, elevando a carga tributária, numa política econômica superavitária¹⁷ com o intuito fundamental de pagamento da dívida brasileira. A consequência desta política é a redução de gastos sociais e de investimentos estruturais, deixando a previdência social, saúde, educação, reforma agrária, saneamento básico e outros gastos sociais necessários em segundo plano (ÁVILA, 2004, p. 06-10).

Em 2004, estão previsto para todas as áreas sociais listadas na tabela a seguir, gastos de R\$ 68,53 bilhões. O Superávit Primário previsto no PPA 2004/2007 é de R\$ 70 bilhões. Assim, pretende o governo fazer um superávit maior do que todos os seus gastos nestas áreas sociais (ÁVILA, 2004, p. 10):

Áreas Sociais	Gasto (R\$ bilhões)
Segurança Pública	2,79
Assistência Social	13,17
Saúde	33,10
Educação	13,85
Cultura	0,42
Urbanismo	1,25
Habitação	0,57
Saneamento	0,18
Gestão Ambiental	1,30
Organização Agrária	1,94
Total dos gastos sociais	R\$ 68,53 bilhões

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional, em junho de 2004.

¹⁷“Em nossa avaliação, a manutenção do atual tripé de política econômica – câmbio flutuante, metas de inflação e elevados superávits primários – dificilmente garantirá um crescimento econômico sustentável para o país. Urge, portanto, que se discutam seriamente alternativas de política econômica para o Brasil” (OREIRO, 2004, p. A-10).

Mostra-se cada vez mais presente a necessidade de uma mudança na política econômica brasileira, a fim de conduzir o Estado ao caminho do desenvolvimento. Algumas alternativas são colocadas por economistas e especialistas em finanças públicas, como a diminuição das taxas de juros e uma política fiscal que prime por incentivar a produção interna, protegendo, pois, o país contra a entrada de produtos importados (ÁVILA, 2004, p. 16); aumento de investimentos no setor tecnológico, produtivo e comercial, diminuindo a vulnerabilidade externa brasileira em relação aos países desenvolvidos¹⁸ (PEREIRA, 2005, p. 18).

Outra solução interessante trazida pelo Fórum Brasil do Orçamento é a necessidade de uma maior participação da sociedade civil, cobrando dos governos a condução de políticas que dêem preferência aos investimentos em infraestruturas e gastos sociais.

Seria necessária a complementação da Lei de Responsabilidade Fiscal, trazendo maior rigorismo ao Administrador Público, quando da utilização dos recursos e maior controle de gastos públicos, a criação de uma Lei de Responsabilidade Social estipulando limites mínimos de aplicação de recursos públicos em infraestrutura e gastos sociais, trazendo mecanismos processuais de controle dos agentes públicos – dentro desta classificação, incluídos os agentes políticos (MELLO, 2005, p. 226) – pelos cidadãos (ÁVILA, 2004, p. 18).

Considerações finais

Além dos instrumentos com os quais o Direito tenta discutir e resolver problemas sociais, econômicos e políticos, como os apontados neste trabalho, ele ainda pede ajuda a outras ciências como a Economia e as Finanças Públicas, para auxiliá-lo nesse afã.

Isso porque existe uma atual situação de crise e, com razão, são feitas muitas críticas e requeridas muitas medidas urgentes ao modo como os governos brasileiros conduzem a política fiscal e econômica no Brasil: a carga tributária aumenta, mas não se verifica, na prática, melhor distribuição de renda ou contrapartida em serviços públicos de qualidade. A falta de gastos públicos na seara social denota a falta de compromisso político com o Texto Constitucional,

18 “A vulnerabilidade externa tecnológica e produtivo-comercial pode ser aceita como um único processo, em que o atraso e a dependência tecnológica nacional produzem uma estrutura produtiva direcionada ao mercado interno, provocando uma estrutura de comércio exterior negativa - exportações de baixo valor agregado e altamente dependente de cotações internacionais. Assim, a vulnerabilidade externa brasileira além de financeira é também estrutural. Isso é preocupante, na medida em que a capacidade de reação das autoridades econômicas frente a eventuais das mudanças na conjuntura internacional externa é significativamente baixa” (PEREIRA, 2005, p. 18).

cujos valores apontam para um desenvolvimento sustentável com uma política fiscal justa.

Juntamente com a injustiça da carga tributária, tem-se um crescimento econômico irregular e irrisório para um país com as dimensões do Estado brasileiro, tornando um sonho quase que distante o alcance de um desenvolvimento econômico efetivo.

Certamente, o prejuízo recai sobre a esfera social, a qual sofre não apenas com a oneração fiscal, falta de gastos públicos com infraestrutura e serviços e desemprego, mas com a falta de competitividade do país no mercado internacional, um agravante na caminhada direcionada ao desenvolvimento.

Para reverter esse quadro é preciso que haja uma maior participação da sociedade civil, cobrando políticas públicas que positivem os valores do Estado constitucionalmente previsto, modelo pelo qual o cidadão brasileiro paga bastante caro.

Referências

ÁVILA, Rodrigo; FILIPINI, Flávia. LINS, Renata. Cadernos para discussão: superávit primário. Fórum Brasil do Orçamento, 2004. Disponível em: <http://www.forumfbo.org.br>.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GRILLO, Fabio Artigas. Carga tributária e desenvolvimento econômico no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 15, n. 73, mar./abr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LONGO, Carlos Alberto; TROSTER, Roberto Luis. *Economia do setor público*. São Paulo: Atlas, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORCILLO, Francisco Mochón; TROSTER, Roberto Luis. *Introdução à economia*. Ed. rev. e atual. São Paulo: Pearson Makron Books, 2002.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. Tributação e política fiscal. In: *Segurança Jurídica na tributação e estado de direito*. São Paulo: Noeses, 2005.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OREIRO, José Luís; PAULA, Luiz Fernando de. Crescimento econômico e superávit primário. *Jornal Valor Econômico*, 24/05/2004, p. A-10. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/crescimento_economico_e_superavit_primario_fiscal.pdf.

PEREIRA, José Matias. Gestão da política fiscal e monetária no Brasil: inconsistências e equívocos, *Revista Acadêmica de Economia*, 2005, p. 18. Disponível em: <http://www.eumed.net/coursecon/ecolat/br/jmp-frag.htm>

PINHEIRO, Armando Castelar. Por que o Brasil cresce pouco? In: *Reformas no Brasil: balanço e agenda*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

RECEITA FEDERAL. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/CTB2005.pdf>

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e normalização da Economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. 5. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2005.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Fundamentos de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.

PARTE GERAL

A DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA DO CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

THE PRINCIPLE DIMENSION OF THE BRAZILIAN
CONSUMER CODE

Ricardo Maurício Freire SOARES

Doutorando e Mestre em Direito (UFBA). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Professor-convidado da Università degli Studi di Roma. Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-Ba. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Autor da obra *A nova interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor* (Editora Saraiva). E-mail: ric.mauricio@ig.com.br.

Resumo

A crise da modernidade rendeu ensejo para a configuração da sociedade de consumo, demandando o redimensionamento das instituições jurídicas. O surgimento do direito do consumidor decorre da manifestação dos desequilíbrios inerentes a este novo modelo de coexistência social. O aparecimento da sociedade de consumo engendrou, assim, uma nova concepção de relações jurídicas, baseada na desigualdade fática entre os sujeitos de direito. A interpretação principiológica do Código de Defesa do Consumidor enseja a construção de novos paradigmas de convivência sócio-econômica entre fornecedores e consumidores, descortinando um horizonte mais promissor para a realização da justiça no âmbito do mercado capitalista brasileiro.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor; sociedade de consumo; instituições jurídicas.

Abstract

The modern time crisis has raised a consuming society that made the law institutions to re dimension themselves. The consumer rights appeared because of action resulting from this new social conscious model unbalanced. Thus, this new consuming society has engendered a new concept of law relationships based on the inequality among the law subjects. The Brazilian consumer code principle comprehension enables the new paradigms of social economical acquaintanceship between providers and consumers. It unveils a more promising horizon for the accomplishment of law in the Brazilian capitalist market.

Key words: Brazilian consumer code; consuming society; law institutions.

1 A crise da modernidade, a sociedade de consumo e o código brasileiro de defesa do consumidor

Os sistemas jurídicos costumam espelhar as transformações ocorridas no tecido das relações sociais. Verificou-se que a crise da modernidade rendeu ensejo para a configuração da sociedade de consumo, demandando o redimensionamento das instituições jurídicas. O surgimento do direito do consumidor decorre da manifestação dos desequilíbrios inerentes a este novo modelo de coexistência social.

Neste sentido, sustenta Ada Grinover (1998, p.6) que o homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (*mass consumption society ou konsumgesellschaft*), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor, como disciplina autônoma.

O aparecimento da sociedade de consumo engendrou, assim, uma nova concepção de relações jurídicas, baseada na desigualdade fática entre os sujeitos de direito. O ordenamento jurídico modulou o paradigma da ordem pública econômica, disciplinando o intervencionismo do Estado no campo das relações privadas. Depois de manifestar-se com grande nitidez nas relações entre empregadores e assalariados, esta busca por uma maior isonomia jurídico-social passou a concentrar-se nas interações entre consumidores e fornecedores de produtos ou serviços.

Tratando do tema, Adriana Vieira (2002, p. 71) destaca que as grandes descobertas que prestaram serviços à Revolução Industrial vieram modificar, de modo fundamental, as relações de consumo. A propriedade passa por uma transformação, pois a atividade começa a evoluir, tornando-se industrial, e se sobrepõe à produção artesanal. Foi nessa época, com o desenvolvimento e expansão do comércio, que começou a manifestar-se o desequilíbrio nas relações de consumo, exacerbado no século atual em função do fenômeno da concentração de grandes capitais. Polarizou-se o conflito no setor das relações entre produtor e consumidor, atraindo a atenção do legislador, em nível internacional e nacional, para a edificação do regime próprio e sem prejuízo dos mecanismos normais de defesa dos contratantes.

A consequência desta mudança social foi sentida primeiramente nos países desenvolvidos. No ano de 1962, foi dirigida mensagem presidencial ao congresso norte-americano, em que se anunciava um programa de reformas econômicas consoante os interesses dos consumidores. Também, durante a década de sessenta,

difundiram-se na Europa associações de defesa do consumidor que ocasionaram a criação de entidades públicas voltadas para a tutela dos direitos do consumidor.

No sistema jurídico brasileiro, a Carta Magna de 1988 teve a primazia de contemplar os direitos do consumidor. No inciso XXII do art. 5º, dispôs o legislador constituinte que o Estado promoveria, na forma da lei, a defesa do consumidor. Não bastasse isso, a Constituição Federal consagrou, no art. 170, V, a defesa do consumidor como um princípio geral da ordem econômica. Ainda, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

Assim sendo, foi promulgada a Lei n. 8.078/90, uma das mais avançadas legislações protetivas de consumo. Rompendo com o modelo liberal e individualista do direito privado clássico, o CDC renovou o ordenamento jurídico pátrio, tutelando as legítimas expectativas de uma maior simetria dos agentes que integram o mercado de consumo.

Neste diapasão, salienta Antônio Azevedo (1996, p.17) que a demora na atualização do Código Civil fez com que o Código de Defesa do Consumidor, de uma certa forma, viesse a preencher a vasta lacuna que, no campo do direito privado brasileiro, a doutrina e a jurisprudência percebiam há muito tempo. Na impossibilidade de encontrar, no velho Código Civil, base para o desenvolvimento teórico do que há de mais apto para transformar o sistema fechado em sistema aberto – por exemplo, a referência expressa a cláusulas gerais, como a da boa fé, e a princípios jurídicos, como o da exigência de igualdade real nos negócios jurídicos –, é no Código de Defesa do Consumidor que se pode encontrar um *Ersatz* do Código Civil que não veio ou, no mínimo, um ponto de apoio para alavancar a atualização do sistema jurídico brasileiro.

2 A nova visão do contrato no mercado de consumo

Ao concretizar o discurso do ordenamento jurídico, por meio da mediação interpretativa, o hermeneuta manipula as fórmulas linguísticas, de acordo com as circunstâncias da realidade emergente. Se a linguagem espelha o devir dos valores e fatos sociais, também o discurso jurídico se revela permeável às mutações semânticas e pragmáticas de seus vocábulos. Os novos sentidos dos signos normativos são demarcados mediante redefinições hermenêuticas.

Entende-se por redefinição hermenêutica o aperfeiçoamento de um dos usos comuns da mensagem para atender às necessidades do intérprete do direito. Trata-se de uma forma de estipulação que possibilita delimitar termos já conhecidos, relacionando-os com um determinado panorama histórico-cultural. Enquanto uma definição puramente léxica se limita a descrever o uso arraigado

de um vocábulo numa comunidade lingüística, tal não ocorre com a redefinição hermenêutica. Através desta operação interpretativa, um dos significados possíveis é selecionado e, portanto, erigido à categoria de significado mais apropriado a um contexto social. A redefinição hermenêutica confere embasamento à decisão do intérprete, frisando a utilidade ou funcionalidade do sentido jurídico.

Sendo assim, a redefinição hermenêutica implica na alteração do significado de um termo, possibilitando a sua aplicabilidade a situações antes não consideradas. Na interpretação da lei, os fatores axiológicos e fáticos orientam o processo hermenêutico redefinitório. Esta alteração hermenêutica não só preside a adequação do Direito aos reclamos sociais, como também favorece a decidibilidade dos conflitos intersubjetivos.

Neste sentido, é possível destacar, em grau de importância, a redefinição hermenêutica do contrato perante as relações de consumo. A interpretação do significado de contrato, no ordenamento jurídico-consumerista, é reformulada em conformidade com as transformações ocorridas na sociedade capitalista ocidental.

Como ensina Enzo Ropo (1988, p.24), uma vez que o contrato reflete, pela sua natureza, operações econômicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam – numa palavra pelo modelo de organização econômica a cada momento prevalecente. Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica – que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais – corresponde instrumentalmente à realização dos objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de conformar-se do contrato, como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada.

Com efeito, no contexto da modernidade, sob os influxos das revoluções burguesas, o jusnaturalismo lançou as bases para a clássica definição de contrato. A moderna exaltação à liberdade e à igualdade, traduzindo os direitos naturais do ser humano, acrescida do contratualismo como base fundante da organização política, implicou na afirmação do princípio da autonomia da vontade. Estava consolidado o dogma da livre manifestação do consentimento individual, pedra de toque do direito privado tradicional.

O liberalismo então dominante propugnava pela livre circulação da riqueza, despontando o contrato como o instrumento jurídico capaz de operacionalizar as transações econômicas. Tinha-se como verdadeira a crença de que as avenças contratuais potencializariam o equilíbrio harmônico dos interesses sociais, sem

a necessidade de o Estado promover ingerências no mercado, concebido como o espaço cativo das relações privadas.

A modernidade jurídica sedimentou também o primado da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Ora, se o ser humano, igual aos seus pares, seria livre para exprimir a sua vontade, a força matriz do consentimento teria que preponderar sobre as prescrições estatais. O contrato foi, então, vislumbrado como verdadeira lei entre as partes. As normas legais, assim, teriam mera função supletória, ante as manifestações volitivas.

Com o agravamento dos problemas sociais do sistema capitalista, emergiu a reação aos postulados jurídicos da modernidade. Rompeu-se com a concepção individualista e liberal do direito das obrigações, introduzindo uma nova leitura hermenêutica do contrato.

O significado de igualdade jurídica foi repensado. Voltada à limitação do absolutismo monárquico, a igualdade atomística dos homens, consagrada nas modernas constituições e declarações de direitos, pecava pela total discrepância com a realidade cambiante. A previsão da isonomia, em termos puramente abstratos e formais, não se coadunava com as desigualdades produzidas pelo capitalismo liberal, seja nas relações entre proprietários dos meios de produção e trabalhadores, seja nas interações entre fornecedores e consumidores de mercadorias e serviços.

A concentração do capital em grandes indústrias permitiu uma produção em massa. Mas essa produção em massa não poderia jamais ser dirigida a pessoas individualizadas. Era preciso, por meio de mecanismos de publicidade e marketing, induzir o consumidor a necessidades artificiais. Para cercear o acesso às informações de produtos e serviços – qualidade, quantidade, especificidade e preço – foi criado o contrato de adesão, com evidente prejuízo aos vulneráveis consumidores.

Essa situação de flagrante desequilíbrio entre os agentes econômicos do mercado de consumo tornou imperiosa a pronta ingerência estatal, mormente pela via legislativa, de sorte a relativizar os princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade do contrato e da igualdade formal.

Sobre esta reformulação principiológica, refere Georges Ripert (1937, pp.313-314) que o declínio do contrato não provém unicamente da limitação cada vez mais estreita do seu domínio; tem outra causa: a negação audaciosa da força contratual. O contrato já não é considerado como o ato criador da obrigação e o vínculo obrigacional já não dá ao credor poder sobre o devedor. O reconhecimento da força contratual é, diz-se, uma concepção do individualismo jurídico, e a idéia dum direito subjetivo conferido ao credor é arcaica. O contrato cria simplesmente uma situação jurídica, que não poderá ser mais imutável que a situação legal. Esta situação jurídica gera consequências que o legislador determina

soberanamente. O ato da vontade consiste unicamente em submeter-se à lei do contrato, mas não pertence às partes decidir para sempre, e em todos os casos, qual seja essa lei.

No vórtice destas transformações, já nos albores do século XX, o espaço social ocupado pelo Estado se expande. Verifica-se então um maior equilíbrio entre o Estado, agente de regulamentação social, e o mercado, espaço de produção e distribuição de riqueza. A consolidação do movimento operário, o fortalecimento dos sindicatos, o movimento consumerista e a crise estrutural do sistema financeiro capitalista alteram o perfil estatal. O Estado-mínimo do liberalismo burguês, mero ente ordenador das relações sociais, é substituído pelo Estado-providência, que passa a intervir na sociedade, e assume, pois, duas funções básicas: a promoção do progresso econômico e a tutela dos cidadãos mais desfavorecidos. No que se refere a esta última vertente, o Estado intervencionista, mediante prestações positivas, potencializa o exercício dos direitos fundamentais de segunda geração.

Descrevendo o intervencionismo do Estado, assinala Orlando Gomes (1986, p. 15) que, ao longo do processo de consolidação dessas transformações, legitimou-se a intervenção do Estado na vida econômica como a forma por excelência de obtê-las. Orientou-se, desse modo, para a limitação da propriedade privada e da liberdade de contratar. Passou-se a admitir que a propriedade tem função social e que a autonomia privada deve ser comprimida em todos os modos do seu exercício.

As legislações consumeristas surgem, portanto, na transição histórica do Estado-liberal para o Estado-providência, organizado para desenvolver políticas públicas de concretização da igualdade material. Deste modo, o intervencionismo estatal passa a objetivar a busca de uma isonomia fática, mediante o implemento de prestações positivas.

Na sociedade de massas e de economia oligopolizada, a ingerência estatal, para a tutela do equilíbrio consumerista, tornou-se cada vez mais necessária, mormente nos contratos de adesão, ante o estreito campo negocial, a impessoalidade e a discrepância de poderes entre quem se organiza profissionalmente, o fornecedor, e quem deseja realizar ato isolado de aquisição do produto ou serviço, o consumidor.

Foram impostas assim, normas de ordem pública, de natureza cogente, para a promoção do chamado dirigismo contratual. O contrato, assim como a propriedade, foi limitado e eficazmente disciplinado, tendo em vista o reconhecimento da função social destes institutos.

Esta nova concepção social de contrato não só valoriza o momento da cristalização do consenso, mas também os efeitos contratuais são levados em conta, atentando-se, igualmente, para a condição econômica das partes contratantes.

O espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações – autonomia da vontade – é reduzido por normas imperativas, como as constantes da legislação consumerista. É uma nova concepção de contrato em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar um vetor hemenético que transcende os sujeitos de direito – o interesse público.

À procura do equilíbrio contratual, no âmbito sociedade de consumo, o Direito passa a destacar o papel da Lei como limitadora e legitimadora da autonomia da vontade. O contrato de consumo é, pois, iluminado por novos valores, admitindo-se a supremacia do interesse público, o respeito à vulnerabilidade, a transparência, a igualdade material, a boa-fé, a equidade e a confiança como diretrizes a serem realizadas no mercado de consumo.

Atenta para este redimensionamento axiológico, elucida Judith Martins-Costa (1992,p.141) que, contemporaneamente, modificado tal panorama, a autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição e às novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão, desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outros, dos princípios de superioridade do interesse comum sobre o particular, da igualdade (em sua face positiva) e da boa-fé em sua feição objetiva.

Diante do exposto, resta demonstrado que a mutação semântica e a redefinição pragmática do instituto contratual, alimentada pelas mudanças sociais da transição pós-moderna, exige que as relações de consumo sejam vislumbradas sob uma ótica interpretativa diferenciada, o que só se manifesta mediante a redefinição hermenêutica da noção de contrato.

3 O código brasileiro de defesa do consumidor como discurso principiológico

As legislações contemporâneas que tutelam os direitos fundamentais costumam ser estruturadas mediante proposições principiológicas, as quais sinalizam para os valores e fins maiores a ser tutelados pela ordem jurídica.

O microsistema do direito do consumidor, enquanto manifestação da cultura jurídica pátria, absorve, naturalmente, uma carga expressiva de valores. Estas estimativas comunitárias são cristalizadas em pautas de comportamento, exigindo uma interpretação capaz de atender a realização das finalidades deste ramo jurídico. A interpretação das normas consumeristas deve, igualmente, apresentar uma natureza teleológica, operacionalizando a busca de significados socialmente aceitos.

Sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete-aplicador do direito, o direito do consumidor não logra realizar os seus valores fundantes, satisfazendo os anseios da sociedade. O sentido jurídico, sendo externo às normas jurídicas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a sensibilidade do intérprete para revelar-se completamente.

Com a positivação histórica dos direitos humanos, nas esferas constitucional e infraconstitucional, a interpretação dos direitos do consumidor se colocou como problema a partir do momento em que os diplomas legais deixaram de ser apenas catálogos de competências para se converterem, também, em cartas de cidadania.

Diante do problema hermenêutico gerado pela positivação dos direitos humanos – e porque a positivação desses direitos tinha que se fazer sob estruturas normativo-materiais necessariamente abertas e indeterminadas, refratárias, portanto, aos procedimentos lógico-subsuntivos da aplicação das regras jurídicas – cuidaram os juristas de oferecer uma teoria hermenêutica que pudesse responder à necessidade de interpretar e aplicar princípios. A interpretação passou a ser entendida como uma hermenêutica de princípios, baseada em pautas axiológicas, para cuja efetividade se deve substituir a idéia retrospectiva de interpretação pela idéia prospectiva de concretização.

Destacaram-se, assim, pela ingente função fundamentadora e hermenêutica, os princípios consumeristas. Decerto, por informar todo o conjunto normativo do CDC, os princípios consumeristas funcionam como reguladores teleológicos da atividade interpretativa, iluminando a aplicação das normas jurídicas estampadas neste diploma legal.

Não é outro o magistério de Luiz Rizzatto Nunes (2002, p.19), para quem os princípios são, dentre as formulações deonticas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do direito mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. E essa influência tem uma eficácia efetiva, real e concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influência plena e direta. Vale dizer: o princípio, em qualquer caso concreto, de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

Em se tratando dos princípios jurídicos do CDC, porque a sua estrutura normativo-material é necessariamente aberta e indeterminada, a atuação do intérprete é condição de possibilidade para se concretizarem as finalidades indicadas e corporificadas pela legislação consumerista.

Decerto, a incapacidade humana de prever o futuro é a base da indeterminação dos princípios jurídicos. Há situações, de via deliberada, de escape interpretativo, com o emprego de expressões lingüísticas valorativas que podem ser interpretadas de diversos modos num contexto específico. Esta base principiológica torna flexível e dinâmica a interpretação dos direitos do consumidor.

Sendo assim, o significado normativo das legislações consumeristas, longe de ser um dado objetivamente dissociado do hermeneuta, emerge no âmbito da própria atividade interpretativa. Guiado pela principiológica, exerce o intérprete um relevante papel na reconstrução do sentido do microsistema do CDC, mormente no que se refere à necessária abertura aos valores sociais. A substituição da referência hermenêutica da *voluntas legislatoris*, por uma viva e objetiva *voluntas legis*, institucionalmente valorada, abre espaço para uma interpretação atual, porque orientada pelos princípios jurídicos.

Neste sentido, refere Eduardo de Enterría (1986, p.20) que

La autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo substancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya; aquí aparecen ya los famosos principios generales del derecho (sobre los que hemos de hablar luego), sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible; - sería, en rigor, una arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible, la misma cabalmente que el legalismo quiso en su momento desalojar.

4 Princípio constitucional da defesa do consumidor

Com a inserção dos princípios nos textos constitucionais, operou-se uma revolução de juridicidade sem precedentes no constitucionalismo ocidental contemporâneo. Isto porque os princípios gerais do direito se transformaram em princípios positivados em Cartas Magnas. Sendo assim, as novas Constituições passaram a acentuar a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em núcleos de juridicidade em torno do qual gravitam todas as normas do direito positivo.

Hoje, não há mais como pensar numa hermenêutica jurídico-constitucional sem referir-se a princípios, como referências valorativas para a interpretação teleológica do direito, pois, conforme adverte Glauco Magalhães Filho (2002, p.11), a nova hermenêutica constitucional volta-se para as normas com estrutura de princípios (Constituição Material). Ela aproxima dialeticamente

interpretação da aplicação. Objetiva, acima de tudo, a concretização de valores, e não a imediata submissão de fatos a disposições normativas. Assim, enquanto a interpretação teleológica da hermenêutica clássica busca a fixação do sentido da norma pelo seu fim imediato, a interpretação conforme a Constituição remete a norma aos fins do ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito, gerando uma sistematização (unidade) axiológica do ordenamento jurídico.

No âmbito do sistema constitucional contemporâneo, a positivação dos princípios ocorreu, em larga medida, na ordem econômica de cada Carta Magna, estabelecendo os marcos do intervencionismo estatal para a satisfação dos direitos fundamentais de segunda geração.

Discorrendo sobre o tema, leciona José Afonso da Silva (1995, p.719) que, são, apesar disso, normas de grande importância, porque procuram dizer para onde e como se vai, buscando atribuir fins ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, tendente a instaurar um regime de democracia substancial (mas ainda distante de uma democracia socialista), ao determinarem a realização de fins sociais, por meio da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social.

A ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar em 1919.

No Brasil, com o advento da Carta Magna de 1988, a ordem econômica passou a ser disciplinada nos arts. 170 a 192. A Constituição enunciou que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, tendo por escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. No art. 170, ocorreu a constitucionalização de inúmeros princípios, dentre eles, o primado da defesa do consumidor.

A este princípio da ordem econômica confere a Constituição Federal, desde logo, concreção nas regras constitucionais estampadas nos seus arts. 5º. XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”-, 24, VIII – responsabilidade por dano ao consumidor –, 150, parágrafo 5º – “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” –, e 48 da A.D.C.T – “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias, elaborará Código de Defesa do Consumidor”. Ademais, o parágrafo único, II, do art. 175, os direitos dos usuários insere entre as matérias sobre as quais deverá dispor a lei que trate da concessão ou permissão de serviço público.

Sobre seu substrato ideológico, sublinha Eros Grau (2003, p. 216-217) que, a par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante

do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra “acumulai, acumulai” impõe o ditame “consumi, consumi”, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) – afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura do parágrafo único, II do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável.

Trata-se de uma proposta de conciliação dialética entre diversos elementos sócio-ideológicos, ora apontando para o capitalismo e a configuração de um Estado liberal, ora indicando uma opção pelo socialismo e pela organização de um Estado intervencionista. Certo é que a previsão de alguns princípios, como o da defesa do consumidor, revela um compromisso entre as forças políticas liberais e as reivindicações populares de justiça social no mercado de consumo, possibilitando que o capitalismo seja domado e humanizado.

Além desta conotação na Carta Magna, a defesa do consumidor constitui-se em um dos princípios a ser seguido para o desenvolvimento da atividade econômica, sendo um meio para se atingir o desiderato constitucional em que ela se fundamenta, que é a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para que se possa assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Com efeito, a realização do princípio constitucional da defesa do consumidor não elide as demais normas principiológicas do art. 170 da CF/88, ainda que, aparentemente, polarize um conflito inconciliável.

Neste sentido, ressalta Ricardo Camargo (1992, p.52) que não se pode perder de vista que o CDC tem seu fundamento de validade na Constituição Econômica, de sorte que sua aplicação não pode conduzir a uma nulificação dos demais princípios que a informam. Se a defesa do consumidor constitui um dos modos pelos quais a propriedade dos bens de produção cumpre a sua função social e o poder econômico se põe em seus justos trilhos, não pode ela chegar ao cúmulo de comprometer a soberania nacional nem de tornar enunciados puramente ornamentais os concernentes à propriedade privada, à livre iniciativa e à livre concorrência. Afinal, são apenas aparentes as contradições da Constituição Econômica, já que nenhum de seus princípios se aplica sem restrições.

5 A principiológica consumerista como norte hermenêutico

A elevação da defesa do consumidor à categoria de princípio constitucional demanda que as normas infraconstitucionais se apresentem como realizando algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, pois os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, impondo, em verdade, a otimização dos valores jurídicos.

O princípio constitucional da defesa do consumidor não se esgota na densificação promovida pelo legislador ao elaborar o CDC. Torna-se imperiosa a concretização da defesa do consumidor na miríade das relações sociais, o que exige o esforço do operador do direito na correta interpretação e aplicação do referido diploma legal, capilarizando o mandamento constitucional.

Logo, também no plano infraconstitucional, serão relevantes os princípios jurídicos, mormente aqueles positivados na própria legislação consumerista, no desenvolvimento de suas funções fundamentadora e hermenêutica.

Neste sentido, o CDC contempla, além das normas de conduta e de organização, uma terceira categoria normativa, denominada de normas-objetivo, que ostenta uma inegável tessitura principiológica.

Tratando do tema, sustenta Eros Grau (2002, p.35) que o direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disto, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a tais normas-objetivo.

A norma que se depreende do art. 4º do CDC se enquadra nesta última tipologia, pois estabelece a responsabilidade dos poderes públicos e agentes econômicos na realização dos princípios consumeristas, configurando a verdadeira *ratio essendi* do diploma legal.

Com efeito, o art. 4º condiciona a incidência e a aplicação das normas da lei a estes princípios/objetivos, que passam a ser finalidades jurídicas prioritárias. Por isso que é uma norma-objetivo. Dado o caráter imperativo das regras do CDC, o art. 4º vincula o intérprete aos resultados pretendidos, o qual fica na contingência de aplicar o CDC teleologicamente, não por sua opção hermenêutica, mas pela própria determinação legal.

Neste sentido, assinala Newton de Lucca (1995, p. 42) que o art. 4º define uma série de princípios, que, como tais, orientam a interpretação dos demais dispositivos do Código no sentido de que eles sejam efetivamente preservados, não podendo uma simples regra jurídica sobrepor-se à idéia contida no princípio. O universo jurídico é composto por normas. Estas podem ser simples regras ou verdadeiros princípios. Estes últimos afastarão a aplicação das primeiras se tal procedimento contrariar o seu princípio fundamental.

Por essa razão, o legislador estabeleceu, no art. 4º do CDC, uma política nacional de consumo, adotando princípios específicos a serem seguidos pelo hermeneuta. A obediência a tais princípios é imperativa, pelo que as relações de

consumo devem desenvolver-se e ser interpretadas sem qualquer afastamento dos propósitos que os revestem e os caracterizam.

As dicções do art. 4º, da Lei n. 8078/90, não são programáticas, como alguns autores sustentam, a indicar os valores básicos que o Estado, entendendo relevantes, concretiza como metas a alcançar no tocante às relações de consumo. Não há outorga ao Estado de atividade discricionária pelo referido dispositivo, produzindo, ao revés, uma força cogente obrigatória não só para os órgãos estatais, mas também para os agentes da relação de consumo.

6 Princípios tutelares das relações de consumo

Os princípios consumeristas propiciam a singularização e manutenção do direito do consumidor como ramo autônomo da ciência jurídica. Além de conferir identidade ontológica, este arcabouço principiológico serve de liame condutor entre o sentido da norma jurídica (esfera do dever ser) e a opção hermenêutica concreta (esfera do ser).

Desdobrando-se o princípio constitucional da defesa do consumidor, é possível constatar, no patamar infraconstitucional, os princípios setoriais aplicáveis às relações de consumo. O art. 4º figura, prevalentemente, como o locus principiológico do CDC, iluminando a compreensão dos objetivos maiores da legislação consumerista.

Cumprе ressaltar que o rol de princípios, doravante analisado, está longe de ser exaustivo. Isto porque a ordem jurídico-consumerista sofre uma permanente influência da principilogia jurídica. É o que se depreende do art. 7º do CDC, que preceitua que os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes, e equidade.

Destarte, convém abordar os princípios que são basilares para o direito do consumidor, tais como a transparência, a vulnerabilidade, a igualdade, a boa-fé objetiva, a repressão eficiente a abusos, a harmonia do mercado de consumo, a equidade e a confiança.

6.1 Princípios da transparência

Inicialmente, encontra-se no art. 4º, caput, do CDC, a transparência como objetivo a ser, entre outros, perseguido pela Política Nacional das Relações de Consumo. Ainda no mesmo dispositivo, no inciso IV, é apontado como princípio,

ao se prescrever a educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado.

Discorrendo sobre o tema, Alcides Tomasetti (1992, p.53) define transparência como uma situação informativa favorável à apreensão racional pelos agentes econômicos que figuram como sujeitos naquelas declarações e decorrentes nexos normativos – dos sentimentos, impulsos, interesses, fatores, conveniências e injunções, todos os quais surgem ou são suscitados para interferir ou condicionar as expectativas e os comportamentos daqueles mesmos sujeitos, enquanto consumidores e fornecedores conscientes de seus papéis, poderes, deveres e responsabilidade.

Rompendo com a tradição do direito privado, de base acentuadamente voluntarista, o CDC propôs uma proteção aos contratantes, centrada em dois planos: a formação do contrato e a execução da avença. Almejando a proteção do consumidor na fase pré-contratual, temos, assim, o princípio da transparência, que pressupõe uma maior aproximação entre as partes, a fim de que se obtenha uma relação de consumo mais sincera e leal. Importa o primado da transparência na obrigação de informação clara e precisa quanto ao produto a ser vendido e ao conteúdo do negócio jurídico.

Neste sentido, leciona Cláudia Marques (2002, p.1064) que o princípio da transparência impõe uma nova conduta mais leal e aberta na fase pré-contratual, antiga fase de negociações preliminares entre os futuros parceiros contratuais. A finalidade destas normas do CDC será, portanto, possibilitar uma aproximação e uma futura relação mais sincera e menos danosa para o consumidor. Transparência significa, para nós, informação e lealdade na fase pré-contratual.

O princípio da transparência objetiva evitar qualquer tipo de lesão ao consumidor, pois sem ter conhecimento do conteúdo da avença contratual, poderia vincular-se a obrigações que não pode suportar ou simplesmente não deseja. Ao adquirir um produto ou serviço, sem ter informações claras e precisas, pode o consumidor se deparar com um objeto que não é adequado ao que pretende ou que não possui as qualidades e características alardeadas pelo fornecedor.

Desdobrando o princípio da transparência, no art. 6º, incisos II e III, o CDC consagra a obrigação de informar como direito básico do consumidor. Declara-se, assim, este fazer jus a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações. O CDC desemboca não somente na educação formal, a cargo das escolas públicas e privadas, como na educação informal, a cargo dos fornecedores, em face do aspecto ético do marketing, para que se informe o consumidor a contento com relação às características dos produtos e serviços. Requer, por isso, liame permanente de comunicação entre fornecedores e consumidores, possibilitando a estes acesso às informações sobre produtos e serviços.

O art. 31 do CDC, relativo às práticas contratuais, é também a concretização do valor de transparência, quando prescreve que a oferta e a apresentação de produtos e serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentem à saúde e segurança dos consumidores.

Ademais, por ocasião do ajuste, constata-se a norma do art. 46, ao preceituar que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Esse dispositivo impõe ao fornecedor o dever de oportunizar informações ao consumidor, antes de ultimado o contrato, no sentido de conhecer o teor deste, tanto no que diz respeito aos direitos e obrigações das partes quanto às sanções por inadimplemento. Assegura ao consumidor o conhecimento efetivo e prévio do contrato que irá celebrar, vedando-se ao fornecedor inserir no pacto cláusula, de maneira sub-reptícia, sobretudo em caracteres quase ilegíveis, segundo a qual o consumidor declarava estar ciente dos seus termos.

6.2 Princípio da vulnerabilidade

No tocante à interpretação do Código de Defesa do Consumidor, destaca-se, prevalentemente, o princípio da vulnerabilidade. Trata-se de uma diretriz reconhecida expressamente no art. 4º, I, do CDC.

Sobre a definição de vulnerabilidade, sustenta João Batista de Almeida (1993, p.11): “A vulnerabilidade é a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o que se assenta toda a linha filosófica do movimento. É, sem dúvida, que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico”.

O vocábulo vulnerabilidade comporta diversos significados no mercado de consumo, os quais defluem da desigualdade sócio-econômica verificada entre fornecedores e consumidores. Esta vulnerabilidade do consumidor é multifária, decorrendo ora da atuação dos monopólios e oligopólios, ora da carência de informação sobre qualidade, preço, crédito e outros caracteres dos produtos e serviços. Não bastasse tudo isto, o consumidor ainda é cercado por uma publicidade crescente, indutora de necessidades artificiais, não estando, além disto, tão organizado quanto os fornecedores, para defender seus interesses.

Sobre o caráter polifacético da vulnerabilidade do consumidor, salienta Adalberto Pasqualotto (1993, p.36) que o consumidor é reconhecido como parte

fraca, afetado em sua liberdade pela ignorância, pela dispersão, pela desvantagem econômica, pela pressão das necessidades, pela influência da propaganda. A vontade deixa de ter valor absoluto. Não se acredita mais na espontaneidade do equilíbrio entre as partes.

Com efeito, sofre o consumidor com as pressões do mercado, que invade a sua própria privacidade. Não raro o consumidor se torna alvo de maciças técnicas publicitárias, que criam necessidades artificiais de consumo. Estes mecanismos de convencimento e de manipulação psíquica são utilizados, especialmente, pelos meios de comunicação de massa. Os modos subliminares de inculcar idéias na mente humana não costumam ser identificados com facilidade, pelo que a reiteração destes expedientes passa, com o tempo, a integrar o subconsciente do consumidor, favorecendo os interesses dos fornecedores.

Outrossim, esta vulnerabilidade também emerge da falta de conhecimentos técnicos sobre os produtos e os serviços. Decerto, cada área do conhecimento já possui naturalmente suas peculiaridades, somente sendo oportunizado ao especialista o domínio integral das causas e consequências dos fenômenos relativos a um campo de objetos. Transferindo esta constatação para o mundo pós-moderno, no qual as descobertas científicas se sucedem com celeridade espantosa, torna-se patente a fragilidade do consumidor. Logo, o vulnerável-consumidor não tem como ser equiparado aos fornecedores, visto que estes detêm o saber especializado para o manuseio de produtos e a prestação de serviços.

Por outro lado, descortina-se a vulnerabilidade no plano jurídico-processual, porquanto os agentes econômicos se valem dos chamados contratos de massa, os quais primam pela complexidade, tecnicidade e falta de transparência. Este modelo de avença contratual dificulta a livre e consciente manifestação volitiva do consumidor. Além disto, sofre também o consumidor quando pretende fazer valer seus escassos direitos advindos das relações de consumo, haja vista que os fornecedores, obviamente, possuem equipes jurídicas mais preparadas para os conflitos judiciais e extrajudiciais.

Tendo em vista o último enfoque, ressalta Adroaldo Fabrício (1993, p. 31) que há mais uma imensa dificuldade de acesso individual dos lesados, em regra pobres, humildes e desinformados, aos órgãos jurisdicionais. E, mesmo para os que superem essas limitações e cheguem a colocar à face do juiz a sua queixa, resta a monumental e desanimadora diferença de forças, meios e recursos que separa o litigante eventual do habitual. Aquele vai a juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo. Este outro, o litigante habitual, bem ao contrário, está permanentemente à barra dos pretórios e tem com eles a maior intimidade. Tem a seu favor a experiência acumulada dos litígios passados e

a preparação sempre mais aprimorada para os futuros, os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial.

6.3 Princípio da igualdade

Trata-se de um princípio jurídico fundamental que faz contraponto às situações de assimetria sócio-econômica entre fornecedores e consumidores.

Conforme o magistério de Adolfo Ziulu (1997, p.253), entende-se que a igualdade:

Es un principio que emana de la naturaleza misma del hombre, y que tiene su fundamento en su identidad de origen y destino. Se presenta como una relación en virtud de la cual cabe reconocer a todos los hombres sus derechos fundamentales y su plena dignidad, evitando discriminaciones arbitrarias. [...] la igualdad constituye un principio liminar, y no un derecho. La igualdad no es, por si misma, un derecho, sino una condición necesaria que permite la armonización y el equilibrio en el goce de todos los derechos.

Além do reconhecimento universal do primado da igualdade nas declarações internacionais de direitos, o ordenamento jurídico brasileiro consagra o relevante princípio da isonomia nos âmbitos constitucional e infraconstitucional. O princípio da igualdade é consagrado na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, caput), ao preceituar que todos são iguais perante a lei, comando normativo que é reproduzido no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III, quando se tutela o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Conforme o entendimento dominante, a igualdade não pode ser interpretada em seu sentido abstrato, sem o devido amparo na realidade do sistema capitalista. Não raro, o consumidor se submete aos sortilégios dos fornecedores de produtos e serviços, como única forma de satisfazer suas necessidades básicas. Esta situação de desequilíbrio, todavia, é prejudicial para o convívio harmônico entre os atores sociais, cabendo ao direito do consumidor modular as relações dos agentes econômicos, de molde a garantir a igualdade real no seio do mercado de consumo.

Neste sentido, refere Nelson Nery (1992, p.53) que devem os consumidores ser tratados de forma desigual pela lei, afim de que se atinja, efetivamente, a igualdade real, em obediência ao dogma constitucional da isonomia (art. 5º., caput, CF), pois devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades (isonomia real, substancial e não meramente formal).

No sistema jurídico brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor representa um marco desta renovação do paradigma da igualdade. A compreensão

dos regramentos do CDC passa pelo entendimento de que seus destinatários encontram-se descompassados na sociedade e a consecução do primado da igualdade implica em tratamento tendente à mitigação destas disparidades entre os atores sociais.

Neste diapasão, sustenta Luís Ferreira da Silva (1993, p. 156) que cumpre ao aplicador do Código de Defesa do Consumidor concretizar os conceitos indeterminados que permeiam esta lei, de modo a implementar a ideologia constitucional, marcada, como este estudo tenta demonstrar, pela noção de igualdade. Ao concretizar cláusulas gerais como a boa-fé, além da objetividade que se deve alcançar a esta noção, é necessário o exame concreto da realidade dos interessados, aparando-se arestas de desigualdades, ainda que, à primeira vista, sejam estabelecidas regulamentações que acolham estas dessemelhanças.

Sendo assim, a verificação da vantagem exagerada, devendo-se a tornar abusiva a cláusula que a consagre; a inversão do ônus da prova como meio de facilitação da defesa do consumidor; a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade fornecedora para evitar o abuso de direito em detrimento do consumidor são exemplos de concretizações necessárias nas quais deve estar presente a principiologia constitucional do Direito do Consumidor.

6.4 Princípio da boa fé objetiva

Outro cânon consagrado no CDC, com reflexo na formação dos contratos de consumo, é o que recomenda aos contratantes se portarem com boa-fé. De velhas raízes, foi incorporado pelos arts. 1.134 e 1.135 do Código Civil Francês, constando igualmente do §242 do Código Civil Alemão (BGB). No antigo Código Civil, podia ser depreendido do art. 85, ao indicar importante norte interpretativo dos negócios jurídicos. Da mesma maneira, já se encontrava, com referência expressa, no art. 131, n.1, do Código Comercial de 1850.

Discorrendo sobre o princípio, leciona Orlando Gomes (1995, p.42) que, ao princípio da boa-fé empresta-se, ainda, outro significado. Para traduzir o interesse social da segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil Alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta, tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir que uma parte dificulte a ação da outra.

Tradicionalmente, o princípio da boa-fé apresentava uma construção rígida, envolta numa visão eminentemente subjetiva. A boa-fé traduzia o

comportamento produzido com pureza de intenção, sem qualquer manifestação dolosa, com obediência aos padrões normais de conduta e sem vontade de produzir qualquer dano a alguém.

O Código de Defesa do Consumidor erigiu a boa-fé objetiva à condição de conduta obrigatória pelo art. 4º, III, parte final, compondo um dos seus princípios fundamentais. A boa fé foi concebida não como mera intenção, mas como imperativo objetivo de conduta, exigência de respeito, lealdade, cuidado com a integridade física, moral e patrimonial. Para os fins do CDC, deve prevalecer a boa-fé desde a formação inicial da relação de consumo, especialmente para que seja uma relação harmônica e transparente, preservando-se a dignidade, a saúde, a segurança, a proteção dos interesses econômicos do consumidor em face da presunção legal da sua vulnerabilidade no mercado de consumo.

A boa-fé subjetiva não se confunde com a boa-fé objetiva. A expressão boa-fé subjetiva denota um estado de consciência de atuar em conformidade ao direito. Diz-se subjetiva justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção.

Por seu turno, boa-fé objetiva quer significar modelo de conduta social ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta ao arquétipo normativo, atuando com honestidade, lealdade e probidade. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatos concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de forma meramente subsuntiva.

A boa-fé objetiva traduz, assim, a necessidade de que as condutas sociais estejam adequadas a padrões aceitáveis de procedimento que não induzam a qualquer resultado danoso para o indivíduo, não sendo perquirida a existência de culpa ou de dolo. O aspecto relevante na abordagem do tema é a absoluta ausência de artifícios, atitudes comissivas ou omissivas, que possam alterar a justa e perfeita manifestação de vontade dos envolvidos numa relação de consumo.

Além disto, o contrato de consumo não pode mais ser aceito como uma manifestação isolada do contexto social, na qual dois pólos executam um negócio jurídico do qual dispõem plenamente. O massificado mercado de consumo atual obriga a uma nova e atualizada maneira de observar a vida moderna, evidenciado que ficou que o contrato é um mecanismo fundamental para a circulação rápida e eficaz de riquezas.

Em brilhante artigo, Ruy Aguiar Júnior (1994, p. 22) refere que a aproximação dos termos ordem econômica e boa-fé serve para realçar que esta não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o

contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes do negócio.

O art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica mediante o comportamento fundado na lealdade e na confiança.

Esta diretriz se cristaliza em diversas normas do Código de Defesa do Consumidor. Bem por isso é que a legislação do consumidor contém diversas presunções legais, absolutas ou relativas, para assegurar o equilíbrio entre as partes e conter as formas insidiosas de abusos e fraudes, engendradas pelo poder econômico para burlar o intuito de proteção do legislador. O Código de Defesa do Consumidor é repleto dessas presunções, como a que prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (art. 12), a que autoriza a inversão do ônus da prova em favor do consumidor no processo civil (art. 6º, VIII), a que contempla o exagero em cláusulas que instituem determinadas vantagens (art. 51, parágrafo 1º) e de nulidade daquelas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor na compra e venda de móveis e imóveis, mediante pagamento parcelado (art. 53).

Nas hipóteses ora aludidas, cumpre ao intérprete do CDC observar as circunstâncias e as peculiaridades que envolveram a relação jurídica em concreto, pesquisando se as partes agiram com boa-fé para conclusão do negócio jurídico de consumo, a fim de verificar se a relação de consumo está em consonância com os referidos preceitos legais.

6.5 Princípio da repressão eficiente e abusos

Trata-se de princípio catalogado no art. 4º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. A noção de abuso costuma estar relacionada ao exercício de direitos, pois abusar significa realizar, com excessos, uma dada conduta, acobertada, em princípio, pelo manto da licitude.

Há, pois, uma necessária correspondência do conceito de abuso com a idéia de proporcionalidade. O situação abusiva se configura toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente.

Sobre a noção de abuso, assinala Jean Louis Bergel (2001, p.339-340) que a teoria do abuso de direito constitui o instrumento principal do controle da conformidade do exercício dos direitos com a função deles. É oriunda do abandono do absolutismo dos direitos e da afirmação da relatividade deles, por influência das doutrinas sociais para as quais o direito e os direitos têm acima de tudo uma função social.

Busca-se, portanto, coibir o arbítrio e calibrar o uso dos meios. Neste sentido, o meio deve ser então dosado para se alcançar o escopo de um comportamento. Isto justifica a intervenção da lei, sempre que abusos estejam sendo praticados no mercado de consumo, mormente pelo fornecedor de produtos e serviços.

No plano econômico, a repressão eficiente a abusos mantém íntima conexão com o princípio constitucional da função social da propriedade, pelo que os direitos dela advindos devem ser gozados com adequação aos fins da coletividade.

O abuso deve ser reconhecido sempre que um titular de direito escolhe o que é mais danoso para outrem, não sendo mais útil para si ou adequado ao espírito da instituição, ocorrendo, no caso de pessoas jurídicas, sempre que o exercício de direitos venha ferir a finalidade social a que se destina a organização empresarial.

Os abusos por parte dos fornecedores podem acontecer de inúmeras maneiras, seja na publicidade (art. 37, parágrafo 2º, do CDC), seja na oferta (arts. 30 e 31), na prática abusiva (art. 39) ou nas cláusulas contratuais abusivas (art.51).

6.6 Princípio da harmonia do mercado de consumo

Trata-se de princípio jurídico-consumerista que se depreende do art. 4º, caput e III, do CDC. Harmonizar o mercado de consumo significa, concretamente, atender a totalidade dos princípios da ordem econômica consubstanciados no art.170 da Constituição Federal de 1988, sede constitucional da defesa do consumidor. Não mais se aceita o antagonismo entre o consumidor e o fornecedor, como se fossem litigantes no espaço social, visto que os agentes econômicos dependem uns dos outros para potencializar a geração de riquezas e o desenvolvimento econômico.

Neste diapasão, esclarece João Baptista (1978, p. 32) que a concepção individualista do direito privado estava toda ela assentada na idéia de concorrência. O contrato era mesmo apresentado como o equilíbrio momentâneo de forças antagônicas. O princípio cardinal que tudo informava era o da obrigação concebida como vínculo jurídico exercitável pelo constrangimento. Hoje, o direito privado se

esforça por organizar-se em novas bases. As prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade, a pessoa substitui o indivíduo e a colaboração se desenvolve onde antes florescia, desembaraçada e forte, a concorrência.

Sendo assim, novas atividades empresariais surgirão à medida que os consumidores invistam nestas unidades de produção de bens ou de serviços. As empresas tenderão a aumentar de porte, fazendo com que seja absorvida a mão-de-obra e, conseqüentemente, ingressando novos consumidores no mercado de consumo.

Sobre o tema em comento, refere Luiz Amaral (1993, p. 70) que o empresário tem responsabilidades sociais perante, não seus herdeiros e familiares, mas acionistas, trabalhadores e consumidores. De certa maneira estamos superando a principal contradição do capitalismo: caráter social da produção versus apropriação privada de seus meios; produto social versus direção privada da economia.

Como exemplos de aplicação do princípio da harmonia do mercado de consumo, pode-se mencionar a prática do recall e o compromisso de ajustamento de condutas.

O primeiro instituto faz parte do rol dos instrumentos de marketing consumerista. Isto porque funciona como eficaz comunicação positiva do fornecedor perante o consumidor, v.g., como aquele chamado publicitário para troca de peça defeituosa de um veículo.

De outro lado, há também o compromisso de ajustamento de condutas. O CDC acrescentou o parágrafo 6º, ao artigo 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), no qual foi previsto o compromisso de ajustamento de conduta dos agentes econômicos às exigências legais, podendo qualquer órgão público formalizá-lo. Por intermédio deste instrumento, eventual atividade danosa aos consumidores é corrigida, mediante a cominação de elevadas multas. A importância do compromisso de ajustamento é notória, pois evita a propositura de ação coletiva contra o fornecedor. Previne o compromisso, ainda, o ingresso de ações individuais, pois, com a correção de eventual conduta, ficam sanados os vícios ou defeitos originais da atividade econômica.

6.7 Princípio da equidade contratual

Compreende-se equidade como sendo o instrumento de aplicação do direito positivo que busca refletir o valor justo nas relações intersubjetivas, mesmo que, muitas vezes, seja necessário contrariar a expressão gramatical dos modelos normativos do direito.

Sobre a equidade contratual nas relações de consumo, salienta Cláudia Marques (2002, p. 1065) que o princípio da equidade contratual significa o

reconhecimento da necessidade, na sociedade de consumo de massa, de restabelecer um patamar mínimo de equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, intervindo o Estado de forma a compensar o desequilíbrio fático existente entre aquele que pré-redige unilateralmente o contrato e aquele que simplesmente adere, submetido à vontade do parceiro contratual mais forte.

Adquire relevo, portanto, a aplicação do princípio da equidade nos contratos de consumo, por permitir que o hermenêuta, ao examinar cada caso concreto, adote, em decorrência das circunstâncias, a solução mais afeta aos padrões de justiça.

A idéia de equidade contratual se vincula também ao conceito de sinalagma, que preside o equilíbrio interno de uma avença contratual, como assevera Paulo Soares (2001, p. 223):

Efetivamente, com o advento do Código do Consumidor, o contrato passa a ter seu equilíbrio, conteúdo ou equidade mais controlados, valorizando o seu sinalagma. Como ensinam os doutrinadores alemães, sinalagma é um elemento imanente estrutural do contrato, é a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações correspectivas.

O primeiro instrumento para assegurar a equidade – concebida como justiça contratual – mesmo em face dos métodos unilaterais de contratação em massa, é a interpretação do contrato em favor do consumidor, cânone consagrado no art. 47 do CDC. A legislação consumerista optou por tutelar o consumidor como parte contratual mais débil, a proteger suas legítimas expectativas, nascidas da boa-fé e da confiança no vínculo contratual.

O CDC criou novas diretivas para a interpretação dos contratos de consumo, determinando que a exegese contratual se faça sempre em benefício do consumidor, a parte mais vulnerável do mercado de consumo.

Rompendo com a hermenêutica tradicional dos negócios jurídicos, firmaram-se novos postulados para a interpretação das avenças consumeristas, quais sejam: deve-se atender mais à intenção das partes do que à literalidade da manifestação de vontade; a cláusula geral da boa-fé reputa-se ínsita em toda relação jurídica de consumo, ainda que não conste expressamente do instrumento do contrato; havendo cláusula negociada em comum acordo, prevalecerá sobre as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo fornecedor; e as cláusulas ambíguas ou contraditórias, nos contratos de adesão, são vislumbradas *contra stipulatorem*, em favor do aderente – consumidor.

Ademais, como desdobramento do princípio da equidade, é possível referir também a cláusula geral do art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. A norma mencionada elenca como nulas de pleno direito, entre outras, cláusulas

contratuais iníquas, abusivas, exageradamente desvantajosas para o consumidor e incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Tratando do tema, acentua Maria Amarante (1998, p.113) que a equidade é um princípio que vem instrumentalizar o controle das cláusulas contratuais abusivas. Esta é, aliás, tarefa extraordinariamente importante, porquanto não só permite o entendimento do que seja a abusividade nas relações de consumo, a partir da compreensão do nexo de causalidade existente entre esse princípio e o conceito de equilíbrio das posições contratuais. Mas é importante, sobretudo, porque subentende a adoção de uma hermenêutica de prudência, de sensatez e de precaução, que tem por meta estar em condições de avaliar, em cada caso concreto, o alcance dos valiosos princípios instituídos pela Política Nacional das Relações de Consumo.

Logo, a delimitação do que seja uma cláusula incompatível com a equidade reclama do intérprete e aplicador do CDC um juízo fundado em padrões éticos e valorativos, tendo em vista as situações concretas que envolvam fornecedores e consumidores.

6.8 Princípio da confiança

O princípio da proteção da confiança faz com que o sistema normativo do CDC priorize as legítimas expectativas despertadas no mercado de consumo pelos fornecedores. O princípio da confiança garante a adequação, a qualidade e mesmo uma segurança razoável dos produtos e serviços, de molde a evitar danos à saúde e eventuais prejuízos econômicos para os consumidores.

Sobre o tema, salienta Humberto Theodoro (2000, p.11) que as várias regras inovadoras inseridas neste terreno se inspiram numa razão unificante, que é “a exigência de tutelar a confiança (e enquanto isso, como sabemos, garantir a estabilidade, a ligeireza, o dinamismo das relações contratuais e, portanto, das transferências de riqueza)” – o que, portanto, não corresponde ao desígnio muito diferente daquilo que, em última análise, se procurava atingir na concepção antiga do instituto. O que é novo é a forma de tutelar a confiança, “dando proeminência – na definição do tratamento jurídico das relações – aos elementos exteriores, ao significado objetivo e típico dos comportamentos, à sua cognoscibilidade social”, alterando o tradicional relevo dado às atitudes psíquicas singulares, concretas e individuais dos contratantes, do seu foro íntimo, à sua vontade, em síntese.

Saliente-se ainda que o reconhecimento da confiança negocial evidencia a valorização da pessoa humana, nos termos expostos por Luiz Edson Fachin (1998, p. 145), para quem um claro cenário se produz em torno da confiança: o repensar das relações jurídicas nucleadas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das preocupações do ordenamento civil. O tema de tutela da confiança não pode

ser confinado a um incidente de retorno indevido ao voluntarismo do século passado, nem é apenas um legado da Pandectística e dos postulados clássicos do Direito Privado. Pode estar além de sua formulação inicial essa temática, se for posta num plano diferenciado de recuperação epistemológica.

Como desdobramento do primado da confiança, podem ser mencionadas, a título exemplificativo, as regras que disciplinam a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço (arts. 12 a 17), a responsabilidade por vício do produto ou serviço (arts. 18 a 25), a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor em caso de inadimplemento contratual (art. 28) e o modo de cobrança de dívidas, sem exposição do devedor ao ridículo, constrangimento ou ameaça (art. 42).

7 Notas conclusivas: a interpretação principiológica e a efetividade dos direitos do consumidor

Ao longo do presente trabalho, verificou-se a emergência da racionalidade hermenêutica, no contexto mais global da crise da modernidade. Sob os influxos do pensamento filosófico, a hermenêutica jurídica, gradativamente, foi consolidando-se como um saber destinado a problematizar os pressupostos, a natureza, a metodologia e a finalidade da interpretação do direito, de molde a propiciar a melhor aplicação dos modelos normativos às situações concretas. Do mesmo modo, salientou-se a necessidade de respaldar a interpretação jurídica em bases principiológicas, de modo a exteriorizar significados hermenêuticos mais compatíveis com os valores fundantes da experiência jurídica.

Este modelo hermenêutico revela-se também adequado para a compreensão da Lei n. 8.078/90. Decerto, as contribuições da semiótica e da principiológica pós-positivista podem alicerçar e orientar, a contento, uma interpretação progressista do CDC, permitindo que se tornem efetivos os direitos do consumidor.

A eficácia social do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor se vincula, portanto, diretamente às práticas interpretativas. A interpretação, como atividade mediadora entre o legislador e o mercado de consumo, exterioriza as mensagens normativas do CDC. Ao delimitar o significado de seus modelos normativos, o hermeneuta concretiza os valores e objetivos da legislação consumerista.

No desenvolvimento deste processo hermenêutico, torna-se imprescindível ao intérprete reconhecer a linguisticidade do discurso legislativo do CDC, perquirindo, meticolosamente, as dimensões da linguagem jurídica, em seus aspectos sintático, semântico e pragmático. O mapeamento da estrutura linguística da lei consumerista possibilita a materialização dos sentidos emancipatórios deste diploma legal.

Para que seja potencializada a índole protetiva do CDC, a compreensão interpretativa de seu arcabouço normativo requer o uso dos princípios jurídicos

constitucionais e infraconstitucionais. A principiologia oferece ao intérprete os vetores axiológicos de orientação hermenêutica, embasando a interpretação teleológica da lei consumerista. Os princípios jurídicos, imbuídos que são de uma reserva ética, maximizam a tutela do consumidor, minimizando as desigualdades inerentes ao mercado capitalista.

A efetividade dos direitos do consumidor pode ser garantida pela própria textura aberta dos princípios jurídicos, característica não encontrada nas regras de direito. Com efeito, os princípios jurídicos ostentam uma estrutura dialógica, capaz de apreender as mudanças da realidade circundante, e uma permeabilidade aos conteúdos valorativos, o que melhor permite a realização da justiça. Devido a esta abertura, os princípios jurídicos não encerram verdades absolutas e imutáveis. As interpretações principiológicas se adaptam, pois, mais facilmente às exigências fáticas e valorativas da sociedade. Como são fluidos, plásticos e poliformes, os princípios transcendem a literalidade da norma jurídica, possibilitando que se mude o sentido, sem que seja necessário alterar, textualmente, o enunciado normativo.

Esta abertura, também encontrada nos princípios consumeristas, faz com que o CDC cumpra o seu papel na disciplina da realidade social, sem amarrar os atores sociais aos modelos inflexíveis e definitivos das regras jurídicas. A textura aberta da principiologia permite, pois, que o intérprete, em face das situações concretas, atualize os direitos do consumidor, de modo a espelhar as demandas de uma sociedade cada vez mais dinâmica e plural.

Decerto, os princípios norteadores das relações de consumo, tais como a transparência, a vulnerabilidade, a igualdade, a boa-fé objetiva, a repressão eficiente a abusos, a harmonia do mercado de consumo, a equidade e a confiança oferecem importante norte hermenêutico para a compreensão do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Com efeito, o reconhecimento de uma hermenêutica compreensiva do CDC, fundada na estrutura linguística do cotidiano e guiada por princípios ético-jurídicos, abre margem para uma reafirmação permanente dos valores supremos que regem os direitos do vulnerável – o consumidor. Eis uma alternativa capaz de garantir a efetividade do espírito protetivo do CDC, na busca incessante por um mercado de consumo mais transparente, equilibrado, leal e harmônico.

Sendo assim, a interpretação principiológica do Código de Defesa do Consumidor enseja a construção de novos paradigmas de convivência sócio-econômica entre fornecedores e consumidores, descortinando um horizonte mais promissor para a realização da justiça no âmbito do mercado capitalista brasileiro.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.14, 1994.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica – alternativas para o direito*. Florianópolis: Ed. CESUSC, 2002.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- AMARAL, Luiz. O código, a política e o sistema nacional de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.6, 1993.
- AMARANTE, Maria Cecília Nunes. *Justiça ou equidade nas relações de consumo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 2, abr. 1996.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Interpretação e aplicação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997.
- _____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ENTERRÍA, Eduardo García. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Editorial Civital, 1986.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*: elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1999.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.7, 1993.
- FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional do Trabalho - Estudos em Homenagem ao Prof. Amauri Mascaro do Nascimento*. São Paulo: Ed. Ltr, 1991.

- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. São Paulo: Ed. Atlas, 1991.
- GOMES, Orlando. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor: aspectos práticos – perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. Belo horizonte: Mandamentos, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, set./dez. 1992.
- MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.
- NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3, set/dez, 1992.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.6, 1993.
- RIPERT, Georges. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.
- SILVA, Luís Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.8, 1993.

SOARES, Paulo Brasil Dill. *Princípios básicos de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e o princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. O regime da transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, v.4, 1992

VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 261, 1978.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

ZIULU, Adolfo Gambino. *Derecho constitucional: principios y derechos constitucionales*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

ORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA E EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO FUTEBOL

MEMBER SHIP ORGANIZATION AND ECONOMIC FOOTBALL
THE EXPLOITATION

Márcia Santos da SILVA

Mestranda em Direito da UNIMAR, especialista em Direito Empresarial pela Universidade de Londrina (UEL), especialista em Direito Processual Civil e Civil pela UNIVEM – Marília, advogada do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Marília – UNIMAR.

Resumo

A democratização do futebol e o encantamento que exerce sobre milhares de pessoas em todo o mundo, aos poucos transformaram este esporte, inicialmente praticado com objetivos lúdicos e finalidade patriótica, em negócio. O futebol enquanto esporte de rendimento movimentou e movimentou o cenário legislativo nacional, dividindo opiniões entre o respeito à autonomia organizacional e funcional das entidades de prática desportiva, garantida constitucionalmente a partir de 1988, e a necessidade de abandono do modelo associativo adotado, desde o início, pelas agremiações, dada a sua incongruência com o exercício da empresa, que hoje representa a exploração do futebol de rendimento, atividade econômica com estampada finalidade lucrativa.

Palavras-chave: futebol de rendimento; associação; clube-empresa.

Abstract

The democratization of soccer and the fascination that exerts on thousand of people in the whole world, gradually have transformed this sport, first practiced with playful objectives and patriotic purpose, into business. Soccer as an income sport has compelled the national legislative scene, dividing opinions. On one side the respect to the organizational and functional autonomy of the sporting entities, constitutionally guaranteed since 1998. On the other side the necessity of abandoning the associative model, adopted by clubs from the very beginning, given its incongruity with the exercise of the company that currently represents the exploitation of soccer income, economic activity with clear profit purpose.

Key words: income soccer; association; club company.

Para a compreensão do futebol enquanto negócio faz-se imprescindível o estudo, ainda que breve, de sua história. No Brasil, relevante o momento em que a prática do futebol deixa a elite e ganha as massas, no início do século XX. A democratização do futebol, com o surgimento dos primeiros clubes de massa alcançando de modo definitivo o coração de todo um povo, esclarece também o momento em que a exploração deste sentimento de adoração passa a ser a atividade econômica dos clubes de futebol.

O histórico legislativo *jus* desportivo denota também a transmutação de objetivos, passando por um período de forte ingerência estatal (marcante nos governos militares), em que prevalecia o caráter lúdico e de representação patriótica, com expressa vedação da obtenção de lucro, até o reconhecimento exatamente inverso e a contemplação do esporte de rendimento como negócio, o que ocorre especialmente após a Constituição Federal de 1988.

Nesta linha, a forma associativa que serviu de base organizacional aos clubes de futebol, já não mais abarca todas as nuances da atividade econômica representada pelo futebol de rendimento, que os clubes passaram a explorar.

Um verdadeiro festival legislativo torna ainda mais cinzento o cenário e a visão empresarial do futebol de rendimento inflama prós e contras à obrigatoriedade da implantação de reformas, e exige novos modelos societários mais adequados aos clubes para exploração do futebol, enquanto atividade econômica com finalidade lucrativa, em contrapartida à autonomia funcional e organizacional, reconhecida constitucionalmente às entidades de prática desportiva.

1 A história do futebol

Feita com a bexiga do boi, recheada com cabelos e crinas, historiadores dão conta de que a bola rola desde muito antes de Cristo.

Kemari para os Chineses, *Epyskiros* para os Gregos, *Harpastum* para os Romanos, *Soule* para os Franceses, em Florença recebeu o nome de *Cálcio*, de onde, segundo consta, o futebol dos tempos modernos recebeu grande influência organizacional.

Franceses, ingleses e italianos, que praticaram o *Cálcio* e teriam criado normas para a prática do esporte, disputam também os louros da invenção, parecendo haver consenso quanto à grandiosa influência dos ingleses para organização e introdução das regras que fizeram surgir o *football* e o nosso futebol, tal como o conhecemos:

Itália, França, Inglaterra e Escócia continuavam animando o Cálcio, soule, futebol, que se transformava, principalmente na Escócia e na Inglaterra, em esporte violento. Roupas rasgadas, pernas quebradas,

dentes arrancados e críticas ao “esporte”. Muitos achavam que era um esporte bárbaro que estimulava a violência e o ódio. Na França, o esporte chegava aos jardins aristocráticos. Surge também o “futebol de massa”. Chegavam a jogar 500 de cada lado! Surgiram proibições e manifestações das autoridades contra o *massfootball* que resistia. Há um episódio histórico de 1.000 jogadores, 500 de cada lado, querendo levar a bola até as portas da cidade de Chester!¹

No século XIX o futebol já se apresenta de forma mais organizada, surgindo a figura do árbitro, as redes ao fundo dos travessões, que no início chamavam arcos, daí que até hoje goleiros são chamados de arqueiros por alguns narradores esportivos. Algumas regras como o pênalti e o impedimento surgem no final do século XIX e início do XX. Na Segunda metade do século XIX, o futebol, organizado como o que temos hoje, já era conhecido em muitos países da Europa: França, Suíça, Bélgica, Alemanha, Dinamarca, Holanda, Itália. Em 1904 surgiu a FIFA – Federação Internacional das Associações de Futebol.

A influência inglesa é marcante e os historiadores não divergem quanto à informação de ser a Inglaterra a pátria-mãe do futebol. O *football* chegou a ser proibido, visto que era mais vantajoso em tempos de guerra que a população apresentasse alguma destreza com o arco e a flecha, por exemplo, e também para evitar a movimentação popular descontrolada. Acabou sendo levado para as escolas públicas já no século XIX, quando começam a surgir os clubes e ser organizadas as primeiras competições:

Foi na Inglaterra onde surgiu o futebol moderno, principalmente como esporte de massa. Não custa recordar que já em 1863 criam-se em Londres, com a Fundação da Football Association, as premissas organizatórias que permitiram caminhar rumo à “democratização” do jogo, que fora privilégio dos elementos da juventude do estado feudal e burguês, livres do trabalho físico e que estudavam nas escolas públicas e nas Universidades.²

O primeiro clube de futebol, segundo o Professor Orlando Duarte, surgiu em Sheffield, na Inglaterra, em 1855, no Condado de York, dando início ao futebol organizado. A unificação das regras, entretanto, somente se deu em 1866.³

1 DUARTE, Orlando. *Futebol: histórias e regras*. São Paulo: Makron Books, 1997, p. 4.

2 MEIHY, José Carlos Sebe Bom; WITTER, José Sebastião. *Futebol e cultura: coletânea de estudos*. São Paulo: Imprensa Oficial: Arquivo do Estado, 1982, p. 77.

3 DUARTE, Orlando. *Futebol: histórias e regras*. São Paulo: Makron Books, 1997, p. 7-8.

2 A história do futebol no Brasil

Dizer que os nossos nativos não conheceram uma forma de jogo com bola, que pudesse ser registrada como ensaio para o futebol brasileiro de hoje, é afirmação que ninguém se arrisca a fazer:

Para começar, todo povo que se conhece – desde os primitivos até os chamados civilizados – joga um tipo qualquer de bola. Muito antes de Cristóvão Colombo ter nascido, os povos que habitavam esta parte do mundo corriam atrás de uma bola de látex. Na china, milhares de anos antes da provável existência de Cristo, jogava-se *kemari*, com uma bexiga, a forma mais antiga de futebol já registrada. Os romanos do tempo de César jogavam o *harpastum*, com zagueiros, meias de ligação e atacantes.⁴

Entretanto, o grande marco e o nome que entrou para a história é de um estudante paulista. Charles Miller desembarcou em São Paulo, em 1894, vindo da Inglaterra onde estudava, trazendo consigo uniformes, duas bolas e bicos para que se pudesse enchê-las de ar. Trouxe também as técnicas e as regras do jogo, apreendidas então, na fonte.

Em seu início, no Brasil, o futebol era esporte da elite. Uma elite que valorizava tudo que se importava, desde o o hábito do chá da tarde, ao de enviar flores para as damas. Aquilo cuja origem fosse comprovadamente estrangeira, parecia ter mais valor e o futebol integrava essa realidade. Como o tênis e o golfe nos dias de hoje, o futebol era diversão das classes elevadas:

Pelo menos nos dez anos seguintes, o futebol continuou um jogo inglês e de elite: os jogadores eram, na sua esmagadora maioria, técnicos industriais e engenheiros ingleses. Só se falava em *field*, *full-back*, *inside-right*, *referee*, *linesman* e por aí fora. Até 1930, se um jogador se machucasse, o ofensor só pedia desculpas sinceras se fosse em inglês: *I'm sorry*.

O futebol trazido por Charles Miller já não era nem sequer o esporte nacional inglês. Esta honra cabia, agora, ao *cricket*.⁵

Os termos e as expressões inglesas impregnavam as regras do futebol e conferiam *status* aos praticantes. Até hoje *corners* são batidos, felizmente nós os conhecemos muito mais como escanteios. Há relatos de que, em 1864, os marinheiros britânicos, quando em terra, jogavam o futebol, mas iam embora e

4 SANTOS, Joel Rufino. *História política do futebol brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 11.

5 Op. cit, p. 13.

levavam consigo as bolas, problema resolvido quando Charles Miller as trouxe consigo 30 anos mais tarde.

Como visto, no início o futebol não era esporte das massas. Foi levado para as Universidades, especialmente para a inglesa Mackenzie em São Paulo, e era jogado debaixo dos olhos da alta sociedade que comemorava em inglês os gols e lances emocionantes, enquanto os mais pobres podiam espia-lo por cima dos muros:

Os pobres – os que não tinham dinheiro para a bola, os uniformes e os ingressos – espiavam por cima do muro. Mesmo os que conseguiam pagar o preço da geral, sentiam-se intrusos no espetáculo: os craques, ao saldarem a torcida, nunca se dirigiam a eles, mas à seleta assistência da arquibancada, *bouquet* de moças e rapazes de boa família. Era o tempo em que os intelectuais ainda gostavam de futebol e comparavam, em artigos derramados e versos eloquentes, os jogadores a deuses gregos, os estádios ao Olimpo.⁶

Charles Miller teria organizado em 1895, segundo o Professor Joel Rufino, o primeiro Clube de Futebol do Brasil, o São Paulo Athletic Club. Em 1902, no Rio de Janeiro, foi criado o Fluminense, em 1903, em Porto Alegre, o Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense e, em 1904, o Sport Club de Belo Horizonte. São Paulo e Rio de Janeiro, especialmente o primeiro, teriam sido o berço dos clubes de futebol no Brasil.⁷

A existência desses clubes ainda não traduzia a democratização do futebol. A participação de negros e pobres e o surgimento dos times das massas ainda estariam por vir.

3 O surgimento dos clubes de massa e a democratização do futebol

A paixão pelo futebol não pode ser aprisionada pelos muros das chácaras ou *fields* das Universidades. A bola encontrou os pés e o coração daqueles que não eram sequer amigos dos amigos de Charles, tampouco o conheceram, mas que, por instinto talvez, saberiam muito melhor o que fazer com ela. As regras deveriam ser aprendidas, mas o gingado parece que não.

Em 1910 surge um dos mais importantes clubes populares, o que explica ser até hoje o dono de uma das maiores torcidas do País:

⁶ SANTOS, Joel Rufino. *História política do futebol brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 15.

⁷ *Ibid.*, p. 14.

Clubes de esquina começaram a aparecer em todo o país. O mais famoso foi o do Corinthians Paulista. O Corinthians inglês, em 1910, numa excursão pela América do Sul, chegou aqui e goleou todo o mundo – deu no Paulistano de 7 a 0 e no Fluminense do Rio, de 8 a 1. Suas vitórias foram recebidas pela turma da geral e pela “corja fedorenta”, que espiava por detrás do muro, como vingança. (Naque-la fase éramos “fregueses de caderno” de ingleses e argentinos.) Um mês depois, um grupo de artesãos e pequenos funcionários fundou o Corinthians Paulista, no Bom Retiro. Ao lado dos grã-finos do S. P. Athletic, e do The S. P. Railway, havia, agora, um time do povo. Não é por acaso que em todas as capitais do país existem, até hoje, “times do povo”: O Vasco, o Internacional, o Atlético, o Santa Cruz. Luta de classes da boa.⁸

O surgimento de clubes populares, além do Corinthians Paulista, o Palestra Itália, a Ponte Preta de Campinas, marcou a democratização do futebol. Nas fábricas o futebol passou a ser a diversão dos operários e meio de divulgação dos produtos das empresas. A realização das disputas estaduais e interestaduais, entretanto, ainda não atraía a atenção dos meios de comunicação:

Charles Miller, em entrevista a Tomás Mazzoni, afirmava: –“Calculem os senhores que quando efetuamos o primeiro jogo interestadual solicitei dos jornais de então que dessem curso à notícia do prélio realizado. Pois a resposta de *O Estado de S. Paulo*, *A platéia* e *Diário Popular*, foi uma só: “Não nos interessa semelhante assunto”.⁹

Não demorou muito para que a situação fosse revertida. Na primeira metade do século XX, já era notório o interesse da imprensa. E, hoje, basta ver a disputa dos meios de comunicação pela transmissão das competições:

Certa noite de 1925 (Lima Barreto morrera três anos antes), fez-se um ajuntamento diante da redação do O Estado de São Paulo. Subitamente saiu um empregado do jornal e afixou cópia de um telegrama. Acorreram todos. Um velhinho, de fraque e pincenez, puxou um garoto pelo braço e perguntou:
– Moço, o que aconteceu? Morreu Rui Barbosa?
– Nada. É mais uma vitória do Paulistano. Deu no Havre, da França, de 5 a 1.

8 Op. cit., p. 16-17.

9 MEIHY, José Carlos Sebe Bom; WITTER, José Sebastião. *Futebol e cultura*: coletânea de estudos. São Paulo: Imprensa Oficial: Arquivo do Estado, 1982, p. 79.

O Brasil já era o País do Futebol. Fios bons e fios podres formam o intrincado tecido da História.¹⁰

A história do futebol no Brasil é dividida pelos historiadores buscando traçar o marco inicial do profissionalismo.

De 1894 (chegada de Charles Miller) até 1920, foi a infância, a introdução do futebol no Brasil. Entre os anos de 1920 e 1930, prevaleceu o amadorismo. É a partir de 1930 que a prática do futebol se profissionaliza e passa a caminhar para o que temos hoje:

Toda a década de 30 é ainda marcada pelo jogador de futebol, que embora recebendo do clube, tem outras atividades e sempre chega ao local do treino ou do jogo saindo de outra tarefa ou de outro jogo, sem nunca ter um preparo físico adequado. É também um período de transição entre o puro amadorismo, o amadorismo marrom e o semiprofissionalismo.¹¹

A organização societária dos Clubes esportivos para exploração do futebol enquanto esporte de rendimento, utilizando jogadores profissionais, é o objeto deste estudo.

4 A evolução legislativa do direito desportivo brasileiro quanto à organização societária dos clubes para exploração do futebol de rendimento

Foi durante a ditadura de Vargas que surgiu o primeiro Decreto relativo à questão esportiva. O futebol já havia ganhado as massas, era praticado profissionalmente por toda a Europa, já havia atraído a atenção dos meios de comunicação e, é claro, o poder político brasileiro não ignoraria tamanha força.

Em 1941 foi editado o Decreto Lei nº 3.199, que criou o Conselho Nacional de Esportes, as Confederações, inclusive a Confederação Brasileira dos Desportos, englobando o futebol dentre outras modalidades.

Leitura do referido texto legal evidencia o apelo nacionalista e a intenção controladora do Estado sobre a organização e funcionamento das entidades de prática desportiva. A preocupação com o desporto profissional é evidente, bem

10 SANTOS, Joel Rufino dos. *História política do futebol brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 31.

11 MEIHY, José Carlos Sebe Bom; WITTER, José Sebastião. Op. cit., p. 82.

como, com as subvenções que seriam concedidas pelo Governo Federal à atividade, que haveria de estar desvincilhada da possibilidade de obtenção de lucro.

Ao dispor sobre a competência do Conselho Nacional de Desportos, na alínea “a”, do artigo 3º, encontra-se o objetivo de assegurar conveniente e disciplinada organização das associações e demais entidades desportivas do país, bem como a consideração do desporto como um eficiente processo de educação física e espiritual da juventude e como uma alta expressão da cultura e da energia nacionais. Nas alíneas “b” e “d” do mesmo artigo, havia a expressa preocupação com a rigorosa vigilância sobre o profissionalismo e a base moral sobre a qual deveria estar alicerçado e, ainda, quanto às subvenções estatais ao desporto.¹²

Encontramos, nos artigos 48 e 50 do Decreto de Vargas, expressa vedação à obtenção de lucro pelas entidades desportivas e explicitada a função de caráter patriótico das mesmas:

Art. 48. A entidade desportiva exerce uma função de caráter patriótico. É proibido organização e funcionamento de entidade desportiva, de que resulte lucro para os que nela empreguem capitais sob qualquer forma.

Art. 50. As funções de direção das entidades desportivas não poderão ser, de nenhum modo, remuneradas.¹³

O Decreto nº 3.199/41 é, portanto, um marco da intervenção estatal no esporte e a busca da unificação de sua estrutura administrativa. “Era uma visão amadorística, patriótica e ufanista do esporte, que atualmente pode parecer sem sentido, mas que na época seguia modelos de outras legislações tanto da Europa como de outros lugares”.¹⁴

Em 1975, durante o governo de Ernesto Geisel, foi editada a Lei nº 6.251/75, a qual ainda tratando da organização e classificação das modalidades desportivas, manteve as confederações, federações e ligas municipais, dividindo as modalidades desportivas em comunitária (o desporto profissional explorado por entidades desportivas), estudantil (praticado com o intento educacional e de lazer), militar e classista, praticada entre os militares e por empregados nas empresas, respectivamente.¹⁵

Tratando de regular especialmente a relação de trabalho entre os atletas profissionais e as associações desportivas, foi editada em 1976, a chamada Lei do

12 BRASIL. Decreto Lei 3.199, de 14 de abril de 1941. *Estabelece as bases de organização dos desportos em todo país*. Disponível em: <http://www.ibdd.com.br>. Acesso em: 25 jan. 2008.

13 Ibid.

14 AIDAR, Carlos Miguel (Coord.). *Curso de Direito Desportivo*. São Paulo: Ícone, 2003, p. 18.

15 Ibidem, p. 19.

Passe, a Lei nº 6.354/1976, mais tarde revogada em parte pela Lei nº 9.615/98, a Lei Pelé.

Em 1988 a Constituição Federal faz menção expressa ao esporte, trazendo em seu Título VIII, Da ordem Social, Capítulo III, Seção do Desporto, a questão da autonomia funcional e organizacional das entidades desportivas:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I – a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II – a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento.

III – o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV- a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir a decisão final.

§ 3º O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social.¹⁶

A autonomia desportiva para os mais renomados doutrinadores na seara desportiva, como o Professor Álvaro Melo Filho, é princípio constitucional fixador da base sobre a qual se sustenta todo o Direito Desportivo. Fundamentadas nesta autonomia estabelecida constitucionalmente, estão as opiniões contrárias à interferência estatal, por meio de leis que obriguem as associações desportivas a se transformarem em empresas.

Em 1993, entra em vigor a chamada Lei Zico nº 8.672/93. A intervenção estatal no esporte, característica marcante no período militar, com a Constituição de 1988 começa a ceder e a Lei Zico, marco deste novo enfoque dado ao esporte de rendimento, traduz a intenção de estabelecimento do domínio privado e afastamento do Estado, vislumbrando em seus artigos a possível finalidade lucrativa das entidades esportivas: “Art. 10. As entidades de prática do desporto são

16 BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 153.

pessoas jurídicas de direito privado, com ou sem fins lucrativos, constituídas na forma da lei, mediante o exercício do direito de livre associação”.¹⁷

Festjada por alguns por tratar também das outras faces do esporte (educacional e de lazer), a Lei nº 8.672/93 deixa clara a intenção do legislador em destacar a exploração do esporte de rendimento enquanto negócio. Para o Professor Álvaro Melo foi muito bem vindo o afastamento do Estado controlador:

Vale dizer, foi a conhecida “Lei Zico” que instituiu normas gerais sobre desporto com diretrizes mais democráticas, reservando espaço para a autonomia desportiva e a liberdade de associação, ambas com sede constitucional, fazendo perpassar por todos os seus 71 dispositivos a filosofia do “pode”. Com a “Lei Zico” o conceito de desporto, antes adstrito e centrado apenas no rendimento, foi ampliado para compreender o desporto na escola e o desporto de participação e lazer; a Justiça Desportiva ganhou uma estruturação mais consistente; permitiu-se que o voto nos entes desportivos pudesse ser singular ou plural transitório; facultou-se ao clube profissional transformar-se, constituir-se ou contratar sociedade comercial; em síntese, reduziu-se drasticamente a interferência do Estado, fortalecendo a iniciativa privada e o exercício da autonomia no âmbito desportivo, exemplificada, ainda, pela extinção do velho Conselho Nacional de Desportos, criado no Estado Novo e que nunca perdeu o estigma de órgão disciplinador e controlador do sistema desportivo, de visível atuação cartorial e policialesca.¹⁸

Um certo paradoxo é destacado pelo Professor Écliton, visto que, ao mesmo tempo em que trata do esporte educacional e de lazer e fala em democratização do esporte como um direito social, a Lei Zico enfatiza o esporte de rendimento e lhe traça o contorno negocial, a ser explorado pela iniciativa privada e longe do controle estatal:

A leitura mais detida da Lei Zico revela uma maior profissionalização do Esporte, que no contexto analisado adquiriu a tônica de “negócio”, envolvendo bilhões de dólares por ano – aumentando-se, então, a participação da iniciativa privada na estrutura esportiva. Por isso a ênfase maior da Lei recai sobre o Esporte de rendimento, enfocando-o sob uma perspectiva de mercantilização e espetacularização, estabelecendo uma espécie de contradição com a descentralização do

17 BRASIL. Lei nº 8.672, de 06 de junho de 1993. Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ibdd.com.br>. Acesso em: 25 jan. 2008.

18 MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 66.

poder e democratização das práticas esportivas mencionadas em Lei, bem como outros princípios elencados no artigo 2º como educação, liberdade, direito social.¹⁹

O enfoque ao esporte como negócio, para o Professor Carlezzo, foi registrado no artigo 11 da Lei Zico, que facultava aos clubes e às confederações a transformação em sociedade comercial com finalidade desportiva, a constituição de sociedade comercial com finalidade desportiva, controlando o clube a maioria do capital desta e com direito a voto ou ainda, a contratação de sociedade comercial para gerir suas atividades desportivas.²⁰

O Professor Alberto Puga esclarece:

O primeiro modelo é o da *transformação*, operação pela qual a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos *associação* passa a *sociedade comercial*, admitindo-se a lucratividade decorrente de sua gestão de seu objeto.

O segundo admite a continuidade da *associação* e a sua existência pela *constituição* de sociedade *comercial*, controlando nesta a maioria de seu capital com direito a voto numa clara alusão ao modelo das *sociedades por ações* (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e alterações). A associação é acionista majoritária da sociedade.²¹

Em março de 1988, entra em vigor a Lei nº 9.615/98, a chamada Lei Pelé, trazendo em seu bojo o fim do passe (vínculo que prendia o atleta ao clube mesmo após o encerramento do contrato de trabalho e que constituía grande fonte de receita para os clubes), equiparou o espectador pagante das partidas ao consumidor, fazendo menção à Lei nº 8.078/90, no parágrafo 3º, de seu artigo 41, e, em seu polêmico artigo 27, tratou da questão da exploração do esporte de rendimento pelos clubes, entretanto, transformando em obrigatório, o que até então era uma faculdade:

Art. 27. As atividades relacionadas a competição de atletas profissionais são privativas de:

I – sociedades civis de fins econômicos;

II – sociedades comerciais admitidas na legislação em vigor;

19 PIMENTEL, Écliton dos Santos. *O Conceito de Esporte no Interior da Legislação Esportiva Brasileira: do Estado Novo até a Lei Pelé*. Projeto de Pesquisa – UFPR. Curitiba: 2006-2007, p. 44.

20 CARLEZZO, Eduardo. *Direito desportivo empresarial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 60.

21 PUGA, Alberto; SARMIENTO, Pedro; BRAGA, José. Clube-empresa: A transição de um novo modelo de organização desportiva. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. jan./jul. 2002. ed. OAB/SP, p. 59.

III – entidades de prática desportiva que constituírem sociedade comercial para administração das atividades de que trata este artigo. Parágrafo único. As entidades de que tratam os incisos I, II e III que infringirem qualquer dispositivo desta Lei terão suas atividades suspensas, enquanto perdurar a violação.²²

O mencionado artigo 27 estabeleceu a polêmica porque, para alguns, não constava obrigatoriedade, mas condição. A associação que pretendesse participar das competições teria de se adequar aos ditames legais, mas não teria necessariamente de promover a mudança sob pena de deixar de existir. Os já citados Marcelo Avancini, Thiago Barbosa e José Francisco Mansur advogam esta idéia.

Para outros, a inconstitucionalidade do referido dispositivo seria flagrante, justamente porque a autonomia organizacional e funcional das entidades desportivas, prevista no artigo 217 da Carta Magna, estaria sendo afrontada. O Professor Álvaro Melo Filho é um dos principais defensores da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal:

São recorrentes e insistentes as proposições legislativas para tornar cogente a transformação das entidades desportivas vinculadas a competições profissionais, de “associações” em “sociedades” empresárias, especialmente as que atuam na área do futebol profissional. Esta sugestão materializada em lei, objetivamente, afronta postulados insculpidos na Constituição Federal, ou seja, a liberdade de associação (art. 5º, incisos XVII e XVIII) e a “autonomia desportiva” (art. 217, I), além de fazer tábula rasa da livre iniciativa (art. 170, caput, da Constituição Federal). Mesmo assim, ainda há constitucionalistas de nomeada que defendem o modelo gestado e convalidado na versão original da Lei nº 9.615/98, ou seja, pelo indigitado art. 27 da “Lei Pelé” referente ao clube-empresa.²³

Para a efetivação do previsto no artigo 27 da Lei nº 9.615/98, teriam as entidades desportivas o prazo de 2 (dois) anos, conforme artigo 94. Este prazo, em razão da pressão realizada pelas entidades desportivas, terminou sendo prorrogado pela Lei nº 9.940/99, que deu nova redação ao artigo 94 e estabeleceu então o prazo de 03 (três) anos para a mudança.

22 BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências. São Paulo: Ícone, 2003, p. 332.

23 MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 45.

Algumas parcerias e modelos diversos do associativo antecederam a vigência do artigo 27 da Lei Pelé:

Um exemplo da iniciativa, antes da edição da “Lei Pelé”, é o caso da constituição do Bahia Futebol S.A., em 4 de fevereiro de 1998, primeira sociedade anônima desportiva brasileira, numa associação do Esporte Clube Bahia com o Banco Opportunity. [...]

Em 1999, o Sport Club Corinthians Paulista (São Paulo) e o Cruzeiro Esporte Clube (Minas Gerais) estabelecem parceria com o fundo de investimento norte-americano Hicks, Muse, Tate & Furst (HTMF), e o Clube de Regatas Flamengo (Rio de Janeiro) estabelece parceria com a International Sport Leisure (ISL).²⁴

Antes do esgotamento do prazo prorrogado, entretanto, foi editada a MP nº 2.011/2000, mais tarde convertida em Lei nº 9.981/2000, alterando novamente a redação do artigo 27 da Lei nº 9.615/98 e facultando, mais uma vez, a transformação dos Clubes em empresa:

Art.27 - É facultado à entidade de prática desportiva participante de competições profissionais:

I – transformar-se em sociedade civil de fins econômicos;

II – transformar-se em sociedade comercial;

III – constituir ou contratar sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais.²⁵

A paz legislativa almejada, todavia, ainda estava longe. Em 14 de junho de 2002, a Medida Provisória nº 39 altera novamente a redação do artigo 27 da Lei 9.615/98, mais uma vez obrigando a transformação e afastando a faculdade trazida pela Lei nº 9.981/00:

Art. 27. Em face do caráter eminentemente empresarial da gestão e exploração do desporto profissional, as entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as ligas em que se organizarem que não se constituírem em sociedade comercial ou não contratarem sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais equiparam-se, para todos os fins de direito, à sociedades de fato ou irregulares, na forma da lei comercial.²⁶

24 PUGA, Alberto; SARMIENTO, Pedro; BRAGA, José. Op. cit., p 61.

25 BRASIL. Lei nº 9.981, de 14 de julho de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 9.615/98 e dá outras providências. São Paulo: Ícone, 2003, p. 448.

26 BRASIL. Medida Provisória nº 39, de 14 de junho de 2002. Altera dispositivos da Lei nº 9.615/98 e dá outras providências. São Paulo: Ícone, 2003, p. 470.

A Medida Provisória nº 39 foi rejeitada pelo Congresso Nacional e o cenário Lex Desportivo, na sequência, ganhou mais uma estrela. A Medida Provisória nº 79, editada para o alívio dos clubes e novamente facultando a transformação, foi convertida na Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003, e o artigo 27 da Lei nº 9.615/98, mais uma vez alterado, passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 27 - As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no caput do art. 1.017 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros.²⁷

A Lei nº 11.118, de 19 de Maio de 2005, também altera dispositivos da Lei nº 9.615/98, entretanto, escapou ileso o artigo 27, tantas vezes alvejado, tendo sido mantida a redação alterada em maio de 2003, conforme destacado acima.

5 A organização societária dos clubes esportivos para exploração do futebol enquanto esporte de rendimento

Quando surgiram, os nossos clubes de futebol adotaram o modelo organizacional associativo, justamente porque não havia interesse econômico, nem se cogitava auferir lucro algum.

O caráter patriótico, a formação de atletas para representação do Brasil em eventos esportivos mundiais, a prestação de serviços aos associados constituíram o alicerce sobre o qual foram construídos os clubes. Tudo isso traduzido no relevante interesse público envolvido, fizeram pertinentes as subvenções estatais às associações desportivas.

A dedicação ao futebol evoluiu e ganhou novos ares, tanto para os clubes que passaram a organizá-lo e explorá-lo como atividade econômica, assumindo os riscos da empresa e auferindo lucro, como para os atletas que se profissionalizaram e hoje mantêm com o clube relação de trabalho. São remunerados para demonstrar afeto e orgulho pelo símbolo que carregam no peito, aumentando assim a paixão de milhões de torcedores.

27 BRASIL. Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003. Altera a Lei 9.615/98 e dá outras providências. Disponível em <http://www.soleis.adv.br>. Legislação Federal. Acesso em: 21 jan. 2008.

Admitir a evolução traz a necessidade de se repensar a organização societária dos clubes que exploram essa atividade econômica, que é o futebol de rendimento. O que se encaixava e atendia à proposta inicial não se coaduna com a realidade atual.

O Professor Sebastião José Roque formula um quadro comparativo e, com didática exemplar, estabelece as diferenças fundamentais entre sociedade e associação:²⁸

SOCIEDADE	ASSOCIAÇÃO
1. Possui intento lucrativo; visa a lucros.	Não tem intento lucrativo; não visa a lucros.
2. O dinheiro aportado pelos sócios é um investimento; pertence a ele.	O dinheiro aportado pelo associado não é investimento; é o pagamento de uma taxa pela prestação de serviços.
3. Presta serviços a terceiros.	Presta serviços a associados, não a terceiros.
4. Constitui-se normalmente por contrato.	Nunca se constitui por um contrato.
5. Na sua extinção, o patrimônio dever ser repartido entre os sócios.	Na sua extinção, o patrimônio não é repartido entre os associados.
6. Desenvolve atividades empresariais.	Desenvolve atividades sociais, culturais, religiosas, políticas, sindicais, corporativas, beneficentes, recreativas, esportivas, etc.
7. Seus membros são chamados sócios e geralmente são poucos.	Seus membros são chamados associados e geralmente são muitos.

A opção inicial pela modalidade associativa foi natural, já que, conforme consta da história, eram poucos os que podiam adquirir até mesmo os uniformes e calçados adequados à prática do futebol. A maioria dos jogadores não tinha o esporte como profissão, dedicava-se ao futebol no tempo que lhe restava.

É claro que, à medida que as competições nacionais e internacionais passaram a ser organizadas e foi crescendo o envolvimento das nações com essa modalidade esportiva, os objetivos foram alterando-se também.

A imprensa, por exemplo, nem sempre se interessou pela divulgação dos eventos desportivos e foi somente em 1976, que a relação do atleta, então profissional, com seu clube, ganhou um texto legal específico. O histórico *lex* desportivo permite a compreensão das diversas facetas que a atividade desportiva, especialmente o futebol, foi assumindo ao longo do tempo no Brasil.

Não é possível, nos dias de hoje, imaginar que um jogador profissional vá para uma partida, levando no peito as cores e os símbolos de um clube, com o mesmo amor devotado pelos operários idealizadores e fundadores das primeiras agremiações de massa. Justamente em razão deste distanciamento dos ideais iniciais é que se conclui que a modalidade associativa de organização, adotada

28 ROQUE, Sebastião José. *Direito Societário*. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1997, p. 334.

inicialmente pelos clubes, não mais se coaduna com a prática do futebol atividade econômica.

O futebol se desenvolveu para o que temos hoje, reunindo características e levando o título de futebol de rendimento, porque inegável a existência da empresa, da busca pelo lucro sobrepondo-se à busca pela satisfação de seus milhões de apaixonados, ideal que inspirou, no início, a modalidade associativa.

Um jogador habilidoso é negociado com outros clubes e isso representa lucro ou ajuste financeiro para a agremiação que o dispensa, não guardando, na maioria das vezes, qualquer relação com o desejo da torcida. É possível trocar de uniforme como quem troca de emprego, porque, na verdade, para o jogador profissional outra coisa não é.

Ou o futebol carece da supervisão e subvenção estatais em razão do relevante interesse público que representa, ou é negócio relegado à iniciativa privada e livre. Mas o que fazer com os seus milhões de consumidores? Quem lhes resguardará o interesse puro e a satisfação de comemorar a vitória do seu time do coração?

O futebol de rendimento é inegavelmente um negócio, atividade econômica com fim lucrativo a exigir organização empresarial, mas que, ao mesmo tempo, permite a obtenção do lucro por meio da exploração do interesse público, de modo incomparável a qualquer outra atividade econômica, aliás, capaz de fazer parar todas as demais.

A exemplo da educação, dos serviços de transporte, de comunicação, de fornecimento de água e energia, é possível afirmar que o futebol enquanto negócio, em razão da dimensão de seu público consumidor, é atividade que, mesmo explorada pela iniciativa privada e livre, merece ao menos regulação estatal.

Um indivíduo pode, ao longo de sua vida, frequentar vários templos religiosos, alterar suas convicções políticas e mudar de partido, pode consultar vários médicos e advogados de uma mesma especialidade, pode convolar mais de um matrimônio, pode até dizer que não se interessa mais por futebol, mas, adulto, trocar de time e se apresentar em público com a camisa adversária, por gosto, é inconcebível, por questão de honra; e é a exploração deste sentimento de adoração a atividade econômica dos clubes de futebol.

Desde a venda de uma caneta que leve a marca registrada do clube, até a comercialização do espaço publicitário nos intervalos das partidas, disputado acirradamente pela imprensa, o alvo não se altera, são os aficionados pelo futebol.

Pertinente destacar a questão do lucro. Autores defendem que não é que as associações não podem auferir lucro, mas, este lucro deve ser revertido em favor da própria associação, não havendo distribuição entre os associados, ao contrário das sociedades.

As associações devem ter como fonte de receita a contraprestação oferecida pelos associados em razão dos serviços que são a eles disponibilizados (receita ordinária), ou seja, a associação presta serviços aos associados e não a terceiros, e daí obtêm a sua receita.

A contraprestação pela utilização do patrimônio comum pelos associados é classificada como ordinária, mas é especialmente nas fontes extraordinárias de recursos que o exercício da empresa fica demonstrado. É o que leciona o Professor Cateb.²⁹

Tanto a utilização de bens sociais por não-sócios quanto a remuneração pelos serviços postos à disposição dos associados são atividades diversas dos fins perseguidos pela associação. Quem não é associado deve remunerar o clube pela utilização dos serviços postos à disposição apenas dos sócios. Quanto aos associados, condôminos do patrimônio da associação, para serem cobrados pelos serviços prestados pelo clube, estarão se sujeitando a tratamento semelhante ao ofertado por tantos empreendimentos de fins econômicos.³⁰

A audiência e televisionamento das partidas, sendo que quanto maior a paixão de uma torcida por seu clube, muito maior a frequência aos estádios e o interesse dos patrocinadores pela divulgação de seus produtos, bem como a disputa ferrenha dos investidores por um espaço, ainda que seja nas mangas de camisa dos jogadores, constituem fontes extraordinárias de recursos.

A negociação de atletas e a utilização da marca são apontadas pelo Professor Cateb como um claro ato de comércio:

Não se pode olvidar, contudo, que transações envolvendo a transferência de atletas de um clube para outro configuram, claramente um ato de comércio. Negocia-se o passe do atleta, quando não interessa mais à entidade, como se negocia um bem de consumo, um veículo, um terreno. Leva o atleta o clube que pagar mais.³¹

O símbolo do clube é, sem dúvida, o bem maior da agremiação. Estampado em camisas, canetas, canecos, bonés, bandeiras e em mais um incontável número de objetos e acessórios, alimenta a paixão dos torcedores e também constitui fonte de receita para os clubes:

29 CATEB, Alexandre Bueno. *Desporto profissional e direito de empresa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

30 *Ibidem*, p. 93-94.

31 CATEB, Alexandre Bueno. *Op. cit.*, p. 99.

Atingindo o mais íntimo e suspeito dos sentimentos humanos, a paixão por este ou aquele clube não tem explicação racional. É pura emoção, que o direito não explica. Talvez a psicologia o faça [...] O fato, contudo, indiscutível é a utilização comercial que se faz da marca do clube. E a renda daí advinda não é outra senão uma receita de natureza mercantil, pois é a marca de um negócio que está sendo utilizada para venda de produtos.³²

A utilização mercantil da marca faz-se das mais variadas formas. A instalação de lojas para venda dos produtos com o símbolo do clube, o arrendamento de espaço para a instalação de bares e restaurantes que servirão aos expectadores das partidas, o patrocínio nos uniformes, enfim, o mercado para o negócio chamado futebol de rendimento conta com muitas frentes e, à medida que estende seus tentáculos, parece afastar-se mais e mais da intenção lúdica inicial e impregnar-se de incontestável caráter econômico.

A modalidade associativa adotada pelos clubes de futebol recebe críticas de muitos autores que, como o Professor Cateb, reconhecem a existência da empresa. O Professor Sebastião Roque é um deles:

Os clubes praticantes de esportes profissionalizados começaram realmente como associações; alguns deles antes do Código Civil de 1916. Esse código está para ser revogado, graças ao advento do novo Código Civil. É necessário então pensarmos em termos do novo código, o de 2002. Se examinarmos a vida dessas associações, mormente dos clubes de futebol profissional, notaremos que são eles sociedades esportivas. Bastaria examinar a intensa mobilização financeira, a preocupação com o lucro, enfrentando os riscos da atividade econômica, a natureza jurídica das atividades exercidas, e outros fatores, para se verificar que estamos frente a uma autêntica empresa. E se não for considerado como empresa, aplicando em sua administração os princípios científicos da economia e da administração de empresas, essa entidade de prática desportiva não conseguirá sobreviver.³³

O histórico legislativo apontado autoriza o reconhecimento da existência de verdadeira zona cinzenta. As mudanças se operam ao sabor do momento e na maioria das vezes cedendo à pressão. No Brasil, é cediço, um crime bárbaro dá ensejo a reformas no Código Penal, o que dizer então quando se trata de mudanças no futebol do país do futebol?

32 Ibidem, p.103.

33 ROQUE, Sebastião José. *Direito societário*. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1.997, p. 339.

Propostas legislativas para que o Ministério Público exerça poder fiscalizatório sobre os clubes de futebol, bem como sugestões para a criação de Agência Reguladora Desportiva, já foram aventadas, e o ponto nevrálgico é sempre o mesmo: o interesse público que envolve o futebol de rendimento, em face da autonomia desportiva das entidades de administração e prática desportivas, prevista no texto constitucional.

O Professor Álvaro Melo, ferrenho defensor da autonomia desportiva prevista no inciso I, do artigo 217 da Constituição Federal, bem como, da vedação da interferência estatal nas associações de modo geral, com fundamento no disposto no inciso XVIII, do artigo 5º, também da Constituição, afirma que o esporte não é um bem público a justificar a criação de uma Agência Reguladora:

Seria esdrúxulo, se não fosse ridículo, cogitar de uma Agência Nacional de Esporte para controlar preços e qualidade de serviços no âmbito desportivo. Ademais, a prática desportiva não depende de autorização, nem o desporto configura-se como serviço que deva ser oferecido à sociedade com o compromisso da universalização e continuidade, o que torna despicienda uma Agência Nacional de Esporte.

Aduza-se que as agências reguladoras foram criadas tão apenas nas hipóteses em que monopólios foram transferidos do setor público para a esfera privada.³⁴

Quanto à intervenção do Ministério Público, que tem como função institucional a defesa do patrimônio público e social, a justificativa advém do fato de que o futebol, mesmo explorado pela iniciativa privada, traduz-se em patrimônio cultural do povo brasileiro, ocupando o desporto seção própria dentro da Constituição Federal. O Senador Rodolpho Tourinho (PFL/BA) apresentou proposta para inserção de artigo neste sentido, ao texto da Medida Provisória n. 249, que criou a timemania, sem sucesso, entretanto.³⁵

Para o Professor Álvaro Melo, em sua já citada obra, o futebol não é patrimônio cultural do povo brasileiro, visto que não se trata de criação nacional e que também não encontrou lugar no artigo 216 da Constituição Federal, mas sim, patrimônio desportivo da humanidade e formalmente praticado em todo o mundo, debaixo das mesmas regras emanadas pela FIFA.³⁶

34 MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 37.

35 REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Melhor se prevenir: Senador propõe que MP fiscalize times de futebol. 01 jun. 2005. Disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br>.

36 MELO FILHO, Álvaro. *Direito desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 122.

6 Autonomia desportiva e a obrigatoriedade de transformação dos clubes esportivos em empresas

Análise da legislação desportiva esclarece que, em curto espaço de tempo, houve alternância entre a obrigatoriedade e a faculdade dos clubes transformarem-se em empresas, ou adotarem um modelo empresarial para administração do esporte de rendimento.

A redação vigente do artigo 27, da Lei nº 9.615/98, dada pela Lei nº 10.672/2003, vislumbrando a livre adoção de forma jurídica pelas entidades de prática e de administração do desporto, traz, para muitos, uma obrigação velada, como será apontado adiante.

Vale dizer, compelir um clube ou entidade dirigente a adotar uma tipologia societária comercial, com fins lucrativos, é, sem dúvida, interferir, na sua “organização” e “funcionamento”, derruindo o postulado constitucional da “autonomia desportiva” (art.217, I), a par de constranger Conselhos Deliberativos ou Assembléias Gerais de entes privados desportivos a adotar modelos legais que podem trazer prejuízos incalculáveis à suas tradições, patrimônio e identidades desportivas.

*Ademais, a experiência tem demonstrado que o ‘clube-empresa’ não raro cede lugar à ‘empresa-clube’, pois, regra geral, os objetivos empresariais sobrepõem-se aos interesses desportivos, quando a razão de ser do futebol profissional não é o lucro, e sim o prazer que proporciona aos seus aficionados.*³⁷ (grifo nosso)

De fato, a razão de ser do futebol não é o lucro, mas quem transmudou esse objetivo, definitivamente, não foi o legislador ordinário para afrontar o Constituinte, e sim os próprios dirigentes das associações desportivas, se não para afrontar, mas em franco desprezo aos milhares de aficionados.

É preciso considerar que a vida em sociedade fez do Direito uma necessidade. Afinal, *ubi societas, ibi jus*, e não o contrário. Portanto, é a realidade dos clubes que não se coaduna com o modelo associativo adotado e as constantes mudanças legislativas, se mal postas ou esdrúxulas, traduzem o reconhecimento de que adequações são necessárias.

A autonomia desportiva não deve ser interpretada como um escudo protetor de desmandos e engodo da fé pública. A Constituição Federal clama por interpretação sistemática e cuidadoso juízo de valor, a fim de se afastar eventual conflito principiológico.

37 Op. cit., p. 46-47.

Vale questionar: se a autonomia desportiva é princípio basilar do Direito Desportivo, o que dizer do princípio da dignidade da pessoa humana (milhões de aficionados em todo o mundo), cujo sentimento é manipulado em prol da perseguição do lucro?

A mesma autonomia que afasta a ingerência estatal não se opõe, por exemplo, a que o governo crie uma modalidade de loteria, cuja arrecadação terá parte destinada ao pagamento das dívidas dos clubes participantes com o governo federal.

O apostador da timemania faz a sua aposta e escolhe o seu “time do coração”, e quanto mais apostadores da mesma agremiação assim o fizerem, maior será o repasse ao “time do coração” campeão de apostas. O que é isso senão manipulação do sentimento que o torcedor tem pelo seu Clube?

O Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo, Luiz Felipe Guimarães Santoro, declarou: “A união vai receber um dinheiro que já não estava cobrando mais.” E mais adiante: “É claro que os clubes vão precisar tirar dinheiro do próprio bolso, mas teriam de fazer isso de qualquer maneira, bastava que o governo fosse atrás do que lhe é de direito, comentou. A situação só não é pior porque o governo nunca resolveu cobrar, emendou”.³⁸

Sem adentrar no mérito da criação da loteria, o fato é que mais uma vez os aficionados pelo futebol são conclamados, em rede nacional e com utilização de um de seus maiores ídolos (o rei Pelé), a defenderem seus clubes e salvá-los da bancarrota. Qual outra atividade econômica, privada e livre, pode contar com tamanho apoio do Governo Federal, a ponto de ver criada uma loteria em seu prol?

Não é possível rejeitar qualquer ingerência estatal, amparando-se na autonomia organizacional e funcional, e aceitá-la ao mesmo tempo, mas tão somente no que tange às subvenções.

A Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006, regulamentada pelo Decreto nº 6.187, de 14 de agosto de 2007, instituiu a timemania e, muito embora estabeleça condições aos Clubes participantes, impondo maior transparência e moralidade em suas administrações, tal como a publicação dos demonstrativos financeiros, estabelecida no inciso V, do artigo 4º, não exigiu transformação societária, tampouco incentivou a criação de sociedades empresárias desportivas pelos clubes. Mais uma vez, a referida exigência não seria e não foi conveniente.

A transformação societária dos clubes em empresas, questão conhecida como Clube-empresa, movimenta o mundo *jus* desportivo e conclama os mais renomados doutrinadores à defesa de seus posicionamentos. O Professor Luiz Felipe Santoro, já mencionado, em artigo publicado no *site* do IBDD, manifesta-

38 SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. Uma loteria para salvar os clubes. *O Estado de S. Paulo* - Caderno de Esportes, São Paulo, p. E6, 19 fev. 2008.

se no sentido de que a redação atual do artigo 27, da Lei nº 9.615/98, traz uma imposição velada à transformação:

Após “facultar” que as entidades desportivas se transformem em empresas, o projeto de lei determina que aqueles que assim não agirem ficam sujeitos ao regime da sociedade em comum, em especial, ao disposto no art. 990 do NCC. [...]

Em nosso entendimento tal tentativa não se sustenta, uma vez que o tratamento conferido aos sócios de uma sociedade em comum não pode ser aplicado aos associados de um clube. São regimes e conceitos jurídicos totalmente distintos, sendo que as consequências de um não podem ser simplesmente emprestadas ao outro. “Sem adentrar na aparente inconstitucionalidade de tal dispositivo, nos parece uma forma muito violenta (para se dizer o menos) de induzir os clubes a se tornarem empresas”.³⁹

O professor Eduardo Carlezzo advoga a idéia de que não deve haver imposição legal à transformação, até porque há obstáculos quase que insuperáveis quando se fala em transmutar associação em sociedade empresária:

Ora, não somos a favor de que se criem normas e regulamentos extenuantes para explicar como deverão desenvolver-se as sociedades empresárias desportivas, pois cremos que sua simples sujeição a Lei das Sociedades por Ações e ao Código Civil, com pequenas adaptações, já seria suficiente. Todavia existem várias questões que não podem ser olvidadas e concernem ao âmago desta transformação. Já escrevemos em inúmeros pontos deste trabalho que entendemos que a transformação dos clubes não deve ser imposição normativa, mas sim um preceito e uma necessidade de ordem mercadológica, além de uma deliberação interna do clube, em obediência ao princípio da autonomia.⁴⁰

Para muitos doutrinadores, a redação atual da Lei nº 9.615/98, muito embora faculte aos clubes a escolha de seu modelo organizacional, em alguns pontos estabelece a equiparação à sociedade em comum daqueles que não se organizarem de forma empresarial.

39 SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. Clube-empresa: obrigatoriedade ou necessidade? Disponível em <http://www.Ibdd.com.br/arquivos/artigos/gazeta1.doc>. Acesso em: 07 jan. 2008.

40 CARLEZZO, Eduardo. *Direito Desportivo Empresarial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 108.

O Professor Carlezzo, defendendo a idéia da livre adoção de modelo empresarial, contrário à imposição normativa, aponta o disparate em se equiparar uma associação desportiva a uma sociedade em comum ou irregular:

Porém, o associado não é igual ao sócio de uma sociedade empresária, como o quotista das sociedades limitadas e o acionista das sociedades anônimas, já que estes participam dos lucros e das perdas, nos limites da sua parte do capital social. Os associados das associações não participam do capital social, não participam de seus lucros. Apenas contribuem com a mesma para beneficiar-se de certos serviços e produtos que ela oferece. Porém, por este absurdo legal, o associado de um clube de futebol, que seja uma associação, é um potencial devedor do respectivo passivo social.⁴¹

A transformação de uma associação desportiva em sociedade empresária importa admitir uma série de dificuldades práticas (todos os associados serão sócios?), sem contar a impropriedade do termo transformação, visto que, no caso das associações desportivas, o objeto deixaria de ser civil para ser empresarial, diferentemente do que ocorre quando uma organização empresária opta por um novo tipo societário, transformando-se.

O Professor Cateb também reconhece a necessidade de mudanças, mas constata o rigor e o festival de inconstitucionalidades que permeiam o caminho *jus* desportivo:

Só com a adoção de um novo regime jurídico próprio, a par da legislação geral sobre desporto e societária já existente, destinado a adaptar-se às peculiares situações que caracterizam esse importante ramo da cultura brasileira, poderemos migrar do modelo associativo, hoje em franca decadência, para o modelo empresarial, que vige e se destaca no cenário mundial. A adaptação de instituições arraigadas na cultura brasileira às leis sobre sociedades mercantis já existentes fatalmente proporcionará ilegalidades, contestações jurídicas, questionamentos sobre a constitucionalidade das medidas e instabilidade social.⁴²

Verifica-se que, para ele, os clubes esportivos brasileiros merecem um modelo societário próprio, com classes de sócios (que não participam dos lucros e também não assumem responsabilidades pelos resultados financeiros), incentivos

41 Idem, p. 71.

42 CATEB, Alexandre Bueno. *Desporto profissional e direito de empresa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p.174-175.

fiscais com especial atenção aos clubes que formam atletas, adoção de mecanismos mais eficazes de fiscalização, enfim, normas específicas, que atendem à realidade desportiva nacional.

7 SAD – Sociedade Anônima Desportiva: o modelo espanhol

Obrigatória ou facultativa, a criação de sociedade anônima desportiva foi aventada em diplomas legais da Espanha, Portugal e outros países europeus.

O futebol profissional não mais praticado apenas por razões lúdicas, em sua evolução, trouxe a necessidade de se repensar o modelo organizacional inicialmente adotado por suas entidades de administração, que não somente no Brasil, foi o modelo associativo.

Na Espanha, onde há previsão constitucional assegurando a intervenção estatal em matéria desportiva, a SAD surge como norma cogente aos clubes deficitários que mantivessem a intenção da prática desportiva profissional:

Dentro desta realidade, após realização de ampla auditoria fiscal e contábil pela Liga Profissional de Futebol, entidade de Administração do desporto, com atribuições semelhantes às da Confederação Brasileira de Futebol – CBF, determinou que todos os clubes que desejassem disputar competições profissionais organizassem-se como Sociedade Anônima Desportiva – SAD, desde que *apresentassem um saldo patrimonial líquido negativo em qualquer dos cinco anos (a partir da temporada 1985/86)*, sob pena de serem impedidos de participar nas referidas competições.⁴³ (grifo do autor)

Segundo o Professor Perruci, citado acima, o modelo espanhol, assim como em todos os países onde se discute a idéia do clube-empresa, levando em conta a situação econômica precária da maior parte dos clubes de futebol, objetivou moralizar e sanear a gestão desportiva, impingindo maior responsabilização aos administradores. Transparência e solidez econômica, representada pela responsabilização patrimonial dos dirigentes, atrairiam os investidores.

Assinala o Professor Perruci, que no modelo espanhol, três são as possibilidades de transformação dos clubes em SAD.

A primeira hipótese seria a transformação (alteração do objeto social e da sistemática de funcionamento) do clube desportivo (associação sem finalidade lucrativa) em SAD, com o devido registro e manutenção da personalidade jurídica

43 PERRUCCI, Felipe Falcone. Sociedade Anônima Desportiva: o modelo societário espanhol como resposta organizativa para o futebol profissional. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. São Paulo, IOB/IBDD, vol. VI, n. 12, p. 63, jul-dez. 2007.

do clube que a originou, e com a transferência para a SAD de todas as obrigações e negócios realizados pelo clube.

Na segunda possibilidade, o clube mantém sua estrutura jurídica, transformando em SAD apenas a seção profissional. A sociedade anônima assume todo os ativos e passivos do clube que lhe der origem. Tal possibilidade não foi levada a efeito por nenhum clube espanhol.

A terceira possibilidade conferida pela legislação espanhola é a constituição de nova pessoa jurídica submetida às normas mercantis e às normas desportivas, devendo ter registros mercantis e desportivos para obtenção de personalidade jurídica. A SAD, nesta modalidade, terá por objeto a participação em competições profissionais, bem como a promoção e desenvolvimento de atividades desportivas conexas.

Nesta terceira hipótese, a lei estabeleceu parâmetros para a criação de capital social mínimo, na tentativa de se evitar conflitos entre os sócios aficionados pelo futebol e aqueles apenas interessados na distribuição dos dividendos, então condicionada à constituição de um fundo de reserva, para fazer frente aos compromissos do clube. A participação em mais de uma sociedade também sofreu limitação legal.

A lei da SAD espanhola teceu detalhes não abrangidos pela legislação mercantil ordinária, merecendo destaque o Conselho de Administração, órgão responsável pela gestão e representação jurídica da entidade; a criação de Conselho Fiscal, com no mínimo sete conselheiros e a apresentação de garantias pessoais pelos dirigentes (aval, fiança bancária, seguro-caução), em momento imediatamente anterior à aceitação do cargo. Quanto aos impedimentos e bons antecedentes civis e mercantis, não diferiu da lei mercantil comum.

No Brasil, a autonomia organizacional das entidades de administração do desporto é princípio constitucional. Alexandre Cateb adverte, entretanto, quando aos limites desta tão festejada autonomia:

Não se pode, contudo, considerar absoluta essa autonomia, sob pena de se confundi-la com o conceito de soberania. [...]

Ainda que livres para se organizarem, segundo o texto insculpido no art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição da República, as entidades desportivas devem obediência as normas internas. Não são órgãos soberanos, que fazem suas próprias leis; devem respeito à legislação nacional, observados os princípios constitucionais que as regem.⁴⁴

44 CATEB, Alexandre Bueno. *Desporto profissional e direito de empresa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p.144-145.

No modelo espanhol, houve a criação de normas especiais para a SAD, e não simples aplicação da lei das sociedades anônimas mercantis, posto que não bastaria, ou faria surgir incongruências insanáveis. O Estado quitaría todas as dívidas tributárias, com a seguridade social, e hipotecárias para com o banco estatal, dos Clubes que, para prosseguir nas disputas profissionais, deveriam adotar a SAD como estrutura organizacional.

Quanto à criação de um modelo específico, vimos que o Professor Cateb já o defendeu, admitindo que transformações são necessárias, mas que não basta obrigar sem estabelecer os parâmetros norteadores mínimos, como ocorreu na Espanha. Perruci conclui que não é suficiente encontrar o modelo e implantá-lo, é preciso aceitar e gerir o esporte como negócio do mundo empresarial:

Portanto, a transformação da estrutura organizativa dos clubes de futebol em sociedades anônimas, por si só, não é capaz de conduzir os clubes de futebol profissional em precária situação financeira, antes do plano de saneamento, a uma condição de solvência e liquidez futuras. Faz-se necessária a modernização de toda a estrutura de gestão e, sobretudo, a mudança de mentalidade dos dirigentes, para tratar o esporte como verdadeiro negócio do mundo empresarial.⁴⁵

O reconhecimento da prática desportiva profissional como atividade econômica a exigir organização empresarial, somado a seriedade na elaboração de normas norteadoras das mudanças, respeita não apenas a autonomia organizacional e administrativa dos clubes, mas também as centenas de milhares de consumidores do produto futebol de rendimento.

Considerações finais

Inegável que os interesses lúdico e patriótico que impulsionaram a criação dos clubes de futebol e a adoção do modelo organizacional associativo, cedeu espaço à busca pelo lucro de forma semelhante a qualquer outra atividade econômica privada e livre.

O exercício da empresa pelos clubes, sustentado pelo amor que devotam os aficionados pelo futebol, faz deste esporte de rendimento o tema central do Direito Desportivo. O tumultuado expediente legislativo acerca do tema é clara demonstração disso.

45 PERRUCCI, Felipe Falcone. Sociedade Anônima Desportiva: o modelo societário espanhol como resposta organizativa para o futebol profissional. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. Vol.VI – n. 12 – Jul-Dez/2007. São Paulo: IOB/IBDD, p. 76.

Obrigar os clubes, alguns quase centenários, à transformação societária, já demonstrou ser medida infrutífera. A forma coercitiva expressa ou velada faz surgir um grande hiato entre a norma e os meios para efetivá-la. Compelir à adoção de formas societárias empresariais comuns conduz a uma série de incongruências insuperáveis como, por exemplo, abarcar na qualidade de sócio todos os associados de uma agremiação.

A SAD espanhola denota maior eficácia, porque a questão clube-empresa recebe específica atenção legislativa, aliada à possibilidade legal de uma maior ingerência estatal. No Brasil, a defesa desmedida da autonomia desportiva, em prejuízo de interpretação sistemática dos demais valores e princípios também consagrados, inviabiliza a busca por solução.

O Direito não explica o fascínio que o futebol exerce sobre um público alvo incontável, razão pela qual é pertinente a presença do Estado, traçando as linhas sobre as quais atividade econômica desta natureza há de se estruturar e desenvolver. Um modelo que responda às incongruências, específico, e que alveje os clubes de futebol de rendimento viria de encontro ao insucesso das tentativas de adoção coercitiva, dos modelos societários já existentes.

O ponto de partida, entretanto, está no reconhecimento de que a exploração do futebol, enquanto esporte de rendimento, exige organização empresarial, visto tratar-se de atividade econômica, com finalidade lucrativa incompatível com o modelo associativo.

Referências

- AIDAR, Carlos Miguel (Coord.). *Curso de Direito Desportivo*. São Paulo: Ícone, 2003.
- BRASIL. Decreto Lei 3.199, de 14 de abril de 1941. Estabelece as bases de organização dos desportos em todo país. Disponível em: <http://www.ibdd.com.br>. Acesso em: 25 jan. 2008.
- BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Lei nº 8.672, de 06 de junho de 1993. Institui normas gerais sobre desportos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.ibdd.com.br>. Acesso em: 25 jan. 2008.
- BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências. São Paulo: Ícone, 2003, p. 332.
- BRASIL. Lei nº 9.981, de 14 de julho de 2000. Altera dispositivos da Lei nº 9.615/98 e dá outras providências. São Paulo: Ícone, 2003, p. 448.
- BRASIL. Medida Provisória nº 39, de 14 de junho de 2002. Altera dispositivos da Lei nº 9.615/98 e dá outras providências. São Paulo: Ícone, 2003, p. 470.
- BRASIL. Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003. Altera a Lei 9.615/98 e dá outras providências. Disponível em <http://www.soleis.adv.br>. Legislação Federal. Acesso em: 21 jan. 2008.
- CARLEZZO, Eduardo. *Direito desportivo empresarial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

CATEB, Alexandre Bueno. *Desporto profissional e direito de empresa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

DUARTE, Orlando. *Futebol: histórias e regras*. São Paulo: Makron Books, 1997.

MEIHY, José Carlos Sebe Bom; WITTER, José Sebastião. *Futebol e cultura: coletânea de estudos*. São Paulo: Imprensa Oficial: Arquivo do Estado, 1982.

MELO FILHO, Álvaro. *Direito Desportivo: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MELO NETO, Francisco Paulo de. *Administração e marketing de clubes esportivos: a base para a criação do clube-empresa*. Rio de Janeiro: Sprint, 1998.

OLIVEIRA JUNIOR, Piraci Ubiratan. *Clubes brasileiros de futebol e seus reflexos fiscais*. Rio de Janeiro: Mauad, 2004.

PERRUCCI, Felipe Falcone. Sociedade Anônima Desportiva: o modelo societário espanhol como resposta organizativa para o futebol profissional. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. São Paulo: IOB/IBDD, vol.VI, n. 12, p. 63, jul-dez/2007.

PIMENTEL, Écliton dos Santos. *O conceito de esporte no interior da legislação esportiva brasileira: Do Estado Novo até a Lei Pelé*. Projeto de Pesquisa – UFPR. Curitiba: 2006-2007.

PUGA, Alberto; SARMIENTO, Pedro; BRAGA, José. Clube-empresa: A transição de um novo modelo de organização desportiva. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. São Paulo: IOB/IBDD, jan./jul. 2002.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DESPORTIVO. v.1, 3, 7-11, jan. 2002 – jun. 2007.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Melhor se prevenir: Senador propõe que MP fiscalize times de futebol. 01 jun. 2005. Disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br>.

ROQUE, Sebastião José. *Direito Societário*. 2 ed. São Paulo: Ícone, 1997, p. 334.

SANTORO, Luiz Felipe Guimarães. Uma loteria para salvar os clubes. *O Estado de S. Paulo* - Caderno de Esportes, São Paulo, p. E6, 19 fev. 2008.

_____. Clube-Empresa: obrigatoriedade ou necessidade? Disponível em: <http://www.Ibdd.com.br/arquivos/artigos/gazeta1.doc>. Acesso em: 07/01/2008.

SANTOS, Joel Rufino. *História política do futebol brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

A TESE DA RESPOSTA CORRETA DE DWORKIN FRENTE ÀS NOVAS CONCEPÇÕES ANALÍTICAS DO DIREITO: UM PROVÁVEL MAL ENTENDIDO

DWORKIN RIGHT ANSWER THESIS FACE TO THE NEW ANALYTICAL CONCEPTIONS OF LAW: PROBABLY A MISUNDERSTANDING

Luiz Henrique Urquhart CADEMARTORI

Mestre em Instituições Jurídico-políticas e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; tem Pós-Doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Granada – Espanha, professor no programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica e na graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí UNIVALI; consultor do INEP e SESu – MEC para avaliação de cursos de direito no território nacional; foi assessor jurídico do CECCON – Centro de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria de Justiça de Santa Catarina; autor de várias obras e artigos sobre Direito Público.

Resumo

O artigo aborda a teoria da resposta correta de Dworkin, tentando elucidar o que seria um mal-entendido com respeito a alguns dos debates sobre o tema. Isto em função de que, são maiores os pontos convergentes entre teorias tais como a de Dworkin, a respeito da resposta jurídica certa, em face de outras teorias de embasamento racional, tais como as defendidas por algumas das novas correntes analíticas do Direito, que supostamente seriam contrárias a essa tese.

Palavras-chave: argumentação; decisão; direito; resposta correta.

Abstract

This article approaches Dworkin right answer theory and it tries to elucidate what could be a misunderstanding about some discussions on this subject. We consider that there are more convergence points of view between Dworkin right answer theory, and some of the new Analytical currents of Law with a rational basis that apparently would be against this theory.

Key words: argumentation; decision; law; right answer.

A questão, ainda tão polemizada sobre a teoria da resposta correta formulada por Ronald Dworkin, na realidade baseia-se mais em argumentos que, por exclusão, rebatem as críticas contrárias a ela, do que em afirmações taxativas sobre uma única e absoluta resposta racional para cada problema enfrentado pelo

direito. Vale dizer, não se trata de defender a possibilidade de afirmações amparadas em alguma fórmula de precisão quase matemática que garanta a existência de uma única decisão certa e inequívoca para cada caso apreciado à luz do direito e que exclua, liminarmente, qualquer outra opinião divergente ou alternativa.

Com efeito, para levar a um bom termo a sua teoria, Dworkin formula três teses hipotéticas que poderiam desacreditar a sua tese sobre a resposta correta e que afirmariam, em síntese:

1 - a existência de lacunas no âmbito da decisão judicial, seja pelo fato de que há espaços onde opera a validade (fora ou além do binômio jurídico: validade-invalidade) dos atos regidos pelo direito que comportam indeterminações insolúveis;

2 - os próprios termos da lei são imprecisos ou fluidos;

3 - no plano da argumentação jurídica, ambos os lados de uma dada controvérsia teriam argumentos igualmente fortes para provar que é o outro lado que está errado ao ponto desta situação gerar um impasse sem solução.¹

Consideradas tais teses, como passo seguinte, o autor desconstrói essas teses com argumentos que, por vezes, recorrem a silogismos lógicos e, por vezes, a analogias literárias, sendo que o pano de fundo de todo o desenvolvimento dessa discussão encerra uma severa crítica ao paradigma positivista do direito nos seus fundamentos. É com base nesta crítica que Dworkin, ao tentar demonstrar os pontos fracos do positivismo tradicional, mostra também como sustentar a tese da resposta correta nos termos, a seguir, desenvolvidos.

1 O modelo juspositivista e suas limitações

O modelo *juspositivista* é entendido como reducionista ao tentar encerrar todo o espectro de condutas sociais e individuais dos sujeitos em um código binário positivo-negativo ou mandatório-permissivo, que, ao deparar-se com questões como as três teses já apontadas, teria que se render, inevitavelmente, ao voluntarismo discricionário do julgador.

Tal concepção positivista, ao lidar com tais operadores ou códigos de decisão, pode chegar à clássica fórmula que estabelece que “tudo o que não é proibido está permitido”. Para Dworkin, tal proposição somente seria aceitável em casos em que o direito intervém em uma *tábula rasa*, como, por exemplo, quando são instituídas regras de propriedade por uma comunidade que não possui nenhum modelo (pré-jurídico) de propriedade e não para uma sociedade

¹ Conferir essas teses bem como toda a argumentação em favor da resposta correta em: DWOR-
KIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 175-216.

amparada por um ordenamento jurídico mais evoluído e complexo. Assim é que a referida fórmula positivista:

Não é razoável quando alguma área do Direito desenvolve-se passo a passo em vez de instaurar e depois refinar algum princípio abrangente, como no caso, por exemplo, do desenvolvimento de grandes partes do direito sobre a negligência. Não considero essas breves observações como argumentos eficazes contra uma distinção canônica positiva-negativa (ou mandatória-permissiva), mas apenas como um lembrete das dificuldades que tal distinção deve vencer.²

O que parece ser atacado aqui é o espaço vazio ou desprovido de alguma forma de decisão *justa* que uma concepção positivista restritiva contém e que é abandonado, no momento da decisão, à mercê tão somente dos resultados de operações deonticas baseadas apenas em regras pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico, seja por inclusão ou exclusão. Com isto, deixam-se de lado tanto os *standards* ou padrões (tratados por Dworkin como princípios) advindos do campo da moral coletiva de uma comunidade, quanto as diretrizes de ordem política que fundam essa mesma comunidade, pois estes elementos (da moral e da política) são totalmente estranhos a uma concepção de positivismo jurídico clássica ou ortodoxa. Ao contrário disto, para Dworkin, o direito congrega (ou como eles estabelecerá inter-relações), além das regras, diretrizes políticas e princípios morais.

2 A possibilidade de uma teoria moral prevalente

Portanto, para uma concepção de positivismo não ortodoxo, segundo Dworkin, é possível traçar alguns critérios visando determinar se uma dada teoria oferece os melhores elementos jurídicos disponíveis, vale dizer, se oferece a resposta certa em face de outras teorias que se debatam sobre um mesmo caso.

Nesse diapasão, considera que há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria estabelece a melhor justificação dos dados jurídicos que sejam apresentados à lide: a dimensão da *adequação* e a dimensão da *moralidade política*.

Para a dimensão da adequação, uma teoria confere melhor justificativa que outra se, *grosso modo*, quem a sustentasse pudesse, em função dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido pelo caso em questão do que alguém que sustentasse a outra teoria.

2 DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 198.

A segunda dimensão, da moralidade política, estabelece que havendo duas justificativas igualmente boas com relação aos dados jurídicos apresentados, certamente uma delas oferecerá uma justificativa melhor que a outra, se for superior enquanto teoria política ou moral, ou seja, se apreende melhor os direitos que as pessoas têm.

Evidentemente que, ao se tratar de âmbitos tais como os da moral, não há como evitar toda a gama de considerações sobre a relatividade dos valores e Dworkin não é indiferente a isto. Como decorrência desta constatação, o autor não deixa de considerar os argumentos axiológicos absolutamente céticos que sustentam que nenhuma teoria moral pode ser considerada superior às outras. Caso esta tese seja correta, tentar delimitar padrões morais norteadores dos demais é tarefa fadada ao fracasso.

De outra parte, traz à tona argumentos utilitaristas sobre o tema, baseados na idéia do prazer-dor, sendo que, neste caso, se entenderia simplesmente inacreditável que duas teorias diversas, o suficiente para demandar decisões diferentes em qualquer caso específico, possam chegar a um mesmo resultado na dimensão da avaliação moral. Em outros termos, pode-se dizer que, um utilitarista reconhecerá a possibilidade teórica de que dois conjuntos diferentes de regras morais tenham exatamente as mesmas consequências de prazer-dor a longo prazo; entretanto, esta possibilidade se revelaria tão remota ao ponto que, na prática, poderia ser totalmente desconsiderada.

Ante tais argumentos, Dworkin aduz uma outra teoria da moralidade política (que em realidade é a sua própria teoria da integridade), baseada nos direitos individuais que tenha como fundamento a idéia de um suposto direito *absoluto* dos indivíduos de serem tratados com equidade. Esta reivindicação se traduz na conhecida fórmula esposada por Dworkin de que cada um deve ser tratado *com igual consideração e respeito* e, neste ponto, a questão da relativização de concepções sobre o que seja uma igual consideração e respeito deixa de ter um caráter absoluto, pois este o é apenas quanto à observância de tal axioma. Isto significa que se admite que possam existir concepções diferentes sobre o que seja tratar a cada um com igual consideração e respeito, mas desde que se parta desse princípio como uma espécie de idéia reguladora indispensável.

Este, então, revela-se como sendo ponto crucial da questão: dificilmente se perceberá como alguém poderia aceitar a idéia geral da teoria da igual consideração e respeito e, ao mesmo tempo, sustentar que tem dúvidas quanto à qual seria a melhor concepção sobre equidade. E aqui se poderia acrescentar que, para Dworkin, levar o direito a sério é assumir, perante questões que por ele devam ser tratadas, um posicionamento específico e claro dentro do instrumental teórico que um direito que transita pelo campo moral e político pode hoje oferecer. E isto assim deve ser, ao invés de entender que, dentro de uma complexa pluralidade de

opções, qualquer uma delas e, portanto, nenhuma, é a decisão certa. Esta última justificativa certamente se situa no campo das teorias puramente decisionistas, como as que derivam do realismo jurídico, que encaram o direito como um instrumento essencialmente de exercício de um certo poder político, provido de fatores, no máximo, razoáveis, antes do que providos de qualquer elemento de racionalidade.

3 O sentido adequado de “resposta correta” segundo Dworkin

Pelo que se observa, então, ao contrário de outras teorias que identificam no direito um mecanismo redutor de complexidade,³ para Dworkin, quanto maior a sofisticação do direito e, portanto, da própria sociedade, mais provável se torna uma efetiva (e legítima) capacidade de resposta do sistema jurídico às demandas sociais, mesmo que a discussão sobre qual a melhor resposta se mantenha em aberto.

Corroborando isto, Dworkin menciona especificamente os casos dos Estados Unidos e da Grã Bretanha⁴ como exemplos de sistemas jurídicos em que seria extremamente raro verificar casos concretos a serem apreciados pelo direito, sem nenhuma possibilidade de resposta sob uma base de convicção certa. Isto ocorreria, entre outras razões, devido à maturidade institucional e ao arraigado senso social de debate de direitos que tais países já teriam alcançado. A esse respeito, o autor reconhece que tais sociedades, centradas nos direitos como ideal político, tenderiam a pagar um preço por sua eficiência como sociedade e pelo espírito comunitário pois esse poderia deformar-se com uma excessiva preocupação com o direito. Entretanto:

[...] essa sociedade faz uma promessa importante a cada indivíduo, e o valor dessa promessa parece valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o seu governo são questões de justiça e o encoraja, assim como a seus concidadãos, a discutir como comunidade o que a justiça exige que sejam essas relações. Promete-lhe um fórum no qual suas reivindicações quanto àquilo a que tem direito serão constante e seriamente consideradas a seu pedido. Não pode prometer-lhe que a decisão o agrada ou

3 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. 1985. Coleção Estudos Alemães. v. 2

4 Nesta altura da sua análise, que ocorre no início da sua obra, o autor se refere aos modelos britânico e norteamericano, discutindo o papel social do direito em cada um deles e apontando algumas diferenças quanto à influência política no direito, explorando certas críticas ao modelo britânico, mas tais divergências não afetam o ponto que se está explicitando. DWORKIN, Ronald, Op. cit., p. 5-39.

mesmo que estará certa. Mas isso não é necessário para tornar valiosos a promessa e o senso de justiça que ela cria.⁵

É precisamente aqui se desvela o ponto nodal da tese da resposta correta que pode dissipar alguns desentendimentos. Para Dworkin, duas teorias ou teses jurídicas diferentes, a elucidar um caso, podem sim fornecer justificativas equivalentes, mas isto se revelaria muito mais provável em sistemas jurídicos menos avançados, com poucas regras jurídicas ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um aspecto limitado da conduta dos seus integrantes. Ao contrário disto, em sistemas jurídicos avançados e de considerável complexidade, a carência de uma resposta certa seria um dado quase exótico.

Entende-se aqui que o aspecto polêmico que mais se manifesta em muitas críticas à tese da resposta correta, formulada por Dworkin, é justamente quanto ao fato de que em sociedades multiculturalistas como as de hoje, onde a força da tradição dos seus valores fundantes torna-se cada vez mais enfraquecido e as disputas político-corporativas mais disseminadas, a própria concepção de um direito hegemônico, de respostas unívocas, tornar-se-ia altamente problemática.

Mas o detalhe nesta controvérsia é o de que Dworkin não nega (e em nenhum momento de suas obras o fez) que, no contexto de um sistema complexo, os juristas discutam e discordem sobre qual tese que responde melhor às questões de direito apresentadas, desde que existam teses e convicções a se apresentar. Ele se opõe à falta de resposta que possa existir para um determinado problema a ser equacionado pelo direito que possa servir de móvel ou escusa para decisões puramente discricionárias, o que, no caso do debate com Hart,⁶ ocorreria porque, segundo Dworkin, este jurista considerava o direito como conjunto apenas de regras, subestimando o papel dos princípios morais e diretrizes políticas para auxiliar o julgador em um caso difícil em que as regras fossem insuficientes. E, neste caso, deve-se entender que o auxílio dos princípios e diretrizes se dá em termos de fornecer ao intérprete julgador um maior suporte e carga argumentativa de convicções a fundamentar uma decisão e não em fórmulas de precisão matemática a decidir, de forma absolutamente excludente, a questão.

Portanto, a tese da resposta correta não combate a possibilidade de uma pluralidade de respostas que possam ser esgrimidas no campo do direito; combate, isto sim, o vazio ou carência de respostas a um dado problema que possa ser justificativa em prol da discricionariedade do julgador na falta de instrumentos jurídicos suficientes para a solução do problema posto. Sendo assim, as teses

5 DWORKIN, Ronald, Op. cit., p. 38.

6 Cf. HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1972, e o prólogo de Albert Calsamiglia da edição espanhola da obra: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. 5º reimpressão. 2002

que sustentam uma crítica à chamada tese da resposta correta, ao embasar seus ataques na suposta idéia de uma concepção de uma só e inequívoca forma correta de decidir juridicamente um caso, partem de uma premissa incorreta, sendo que, o que mais parece verificar-se nesses debates (ao menos entre as teorias que não compartilham um ceticismo quanto à possibilidade de um padrão de decisão racional para o Direito) é uma convergência de opiniões diluída em um mal-entendido quanto ao real sentido de uma decisão juridicamente certa. A propósito desta questão, pode-se observar, resumidamente, o que pensam a este respeito, alguns dos representantes de algumas das novas concepções analíticas do Direito, tais como Manuel Atienza e Robert Aléxy.

4 A teoria da resposta correta no âmbito das novas teorias analíticas do direito

Retomando-se este tema por outro viés que, de certa maneira, converge com o anterior, Atienza, interpretando a tese polêmica de Dworkin, afirma que a questão decisiva, no que se refere ao problema da resposta certa, é o que os respectivos participantes de um discurso jurídico, caso pretendam que suas afirmações e fundamentações tenham um sentido pleno, devem, independentemente de se existe ou não uma única resposta correta, elevar à pretensão de que a sua resposta é a única certa. Isso significa que eles devem pressupor a única resposta correta como idéia reguladora. A idéia reguladora da única resposta correta não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta. Só pressupõe que, em alguns casos, pode-se dar uma única resposta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta.⁷ Pelo que se pode depreender desta digressão, o jurista espanhol sustenta a mesma tese de Dworkin, esposada, talvez, com argumentos mais objetivos sobre a questão, vale dizer, focando a ênfase do argumento da resposta correta na convicção do intérprete julgador, o que pressupõe, evidentemente, todo um instrumental de “peças”⁸ do direito suficientemente apto para sustentar tal idéia reguladora.

Já, para Aléxy, o fato de que a argumentação jurídica possa ocorrer segundo regras, condições e padrões especiais, mas sempre permanecendo dependente da argumentação prática geral – pois o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, segundo ele – significa que, a despeito de a

7 ATIENZA, Manuel, *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Perelman, Toulmin, McCormick, Aléxy e outros. Rio de Janeiro: Landy. 2002, p. 263-268.

8 Cf. também a obra ATIENZA, Manuel, RUIZ, Juan. *Las Piezas del Derecho*. Teoria de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel. 2004, onde os autores fornecem uma classificação, tipologia e parâmetros de aplicação normativa suficientemente ampla como para abranger problemas complexos enfrentados pelo direito atual.

fraqueza do discurso prático geral ser mitigada no maior grau possível pelo discurso jurídico, a eliminação total das incertezas e lacunas é impossível.

Por essa razão, Aléxy afirma que, quem desejar aceitar uma teoria da argumentação jurídica racional como um procedimento que confira certeza absoluta de resultados, tal pessoa não poderia aceitar a sua teoria, precisamente por essa razão. E mais, segundo ele, nenhum procedimento argumentativo que garanta tal certeza de resultados encontra-se à vista no âmbito das teorias vigentes. Isto significa que qualquer pessoa que entenda a racionalidade, neste âmbito de aplicação, como sinônimo de certeza absoluta nos padrões de decisão jurídica, terá de renunciar à idéia de uma teoria de argumentação jurídica racional.⁹

Some-se a isto o argumento de que tal padrão de identificação – racionalidade como sinônimo de certeza absoluta sobre um dado juízo – até mesmo nas ciências ditas “exatas” ou naturais, muitas vezes sustentadas como paradigmas de ciências autênticas, se mostra insuficiente ou incapaz de atingir certezas conclusivas. Entretanto, o fato de tal certeza ser inatingível na sua plenitude não pode, por si mesmo, ser razão suficiente para negar o caráter científico da teoria jurídica (ou jurisprudência) ou a natureza da sua empreitada como atividade racional

Aléxy também assinala que a pretensão de correção que se propõe no discurso jurídico é uma pretensão não só *limitada*, no sentido de que se efetua sob as exigências assinaladas pela lei, a dogmática e os precedentes, como também *relativa* aos participantes do discurso e, fundamentalmente, a um determinado momento temporal

Mas essas dificuldades ou limitações, na sua opinião, não desacreditam em absoluto a teoria do discurso. Em primeiro lugar, porque o fato de respostas diferentes serem possíveis discursivamente não significa que *todas elas* sejam possíveis e, por outro lado, sustentar a tese de que há uma única resposta correta revela-se, a seu ver, como um equívoco. E aqui também há de se observar que, na realidade, não se poderia entender esta afirmação como um ataque à tese de Dworkin da “resposta correta”, se é que a tese deste último foi devidamente compreendida. Com efeito, mesmo que assim seja, conforme se elucidou no item anterior, o que o jurista norte-americano combate é a indeterminação ou vazio de resposta jurídica a ser dada e não uma pluralidade de respostas que possam ser discutidas.

Em segundo lugar, a relativização com relação aos participantes não é apenas um inconveniente. Toda discussão tem de ter um ponto de partida. Esse ponto de partida consiste nas convicções normativas dos participantes faticamente existentes. E, na teoria do discurso, cada convicção normativamente relevante é

9 ALÉXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Rio de Janeiro: Landy. 2001, p. 272.

passível de tornar-se uma modificação argumentativa baseada numa argumentação racional. Nesse âmbito, até mesmo os valores últimos dos participantes do discurso são também objeto de uma discussão racional e podem ser modificados pragmaticamente no desenvolvimento do discurso.

A propósito de tais mutabilidades discursivas, Alexy afirma que, o fato de os resultados serem passíveis de modificação ao longo do tempo, pode ser, inclusive, considerado uma vantagem, pois permite eliminar deficiências existentes num momento temporal anterior. E, embora o procedimento não possa, na maioria dos casos, ser realizado na prática, ao menos no seu nível ideal, é cabível a possibilidade de que quem se formula a pergunta o realize hipoteticamente.

Deve-se frisar que tal modelo de Direito apresentado em três níveis, na concepção de Aléxy (o das regras, o dos princípios e o dos procedimentos), não permite alcançar sempre uma única resposta correta para cada caso, o que, considerando um devido esclarecimento sobre a tese da resposta certa, torna indevida ou inócua uma crítica de tal jaez endereçada a Dworkin. Mas, de outra parte, deve-se frisar que qualquer uma destas teorias certamente confere um acentuado grau de racionalidade prática ao direito e é também um modelo de racionalidade incorporado nos sistemas jurídicos contemporâneos e, em particular, sob a égide de um Estado Democrático e constitucional do qual dependem, evidentemente, para garantir institucionalmente os espaços de debates sobre direitos e a construção de consensos sobre decisões.

Considerações finais

Pelo que se pode observar de todas estas teorias que se debruçam sobre um padrão de argumentação e decisão a embasar uma dada resposta juridicamente adequada, o embasamento político necessário para conferir viabilidade à formação de consensos discursivos na solução de problemas que envolvem direitos, somente pode atingir seu intento a partir de uma teoria geral do Estado e do Direito de perfil eminentemente democrático. Uma teoria desse tipo deveria ser capaz de unir dois modelos diferentes de sistema jurídico, nos termos propostos por Aléxy: *o sistema jurídico como sistema de procedimentos*, o qual se compõe dos procedimentos como o discurso prático geral, a criação estatal do Direito, o discurso jurídico e o processo judicial; e *o sistema jurídico como sistema de normas*, o qual deve mostrar que o Direito, como sistema de normas, é composto na só por regras, como também por princípios portadores de valores explicitados, muitas vezes, de maneira difusa.

Com efeito, no contexto do Estado Democrático de Direito, as normas e diretrizes da política estatal encontram-se permeadas, notadamente no âmbito constitucional, por conceitos jurídicos indeterminados, tais como

liberdade, igualdade, justiça social ou interesse público, de acentuado conteúdo axiológico, os quais terminam por gerar um padrão de decisões judiciais quando do conflito de interesses gerados pela entrada em cena de tais padrões valorativos, baseado na ponderação desses mesmos valores conflitantes, configurando-se eles, normativamente, sob a forma de princípios constitucionais em colisão, no caso de propostas tais como as de Aléxy.

Isso, entretanto, não invalida a existência de regras (leis em sentido estrito), as quais, sob a sua dimensão de generalidade, asseguram a igualdade perante a lei com certo distanciamento de contextos mutáveis, sendo que a eles se soma um grau de abstração que acaba conduzindo a um princípio geral segundo o qual, toda situação envolvendo condições de igualdade deve ter tratamento igual e toda situação envolvendo condições diferenciadas deve ter tratamento diferenciado.¹⁰

No que diz respeito ao tratamento jurídico dos princípios constitucionais, mereceram eles, ante o problema já exposto, um tratamento específico no âmbito da principiologia em que diversos autores (e aqui se destacaram Aléxy¹¹ e Aienza) tratam do tema, tendo como afinidade o desenvolvimento de um padrão de ponderação e aplicação de tais princípios, permeados de valores como já se enfatizou, que não comprometa o nível de racionalidade formal do direito. Entretanto, também se constata teorias que simplesmente negam a relevância de uma diferenciação estrutural entre regras e princípios como sendo relevante para solucionar questões de direito, substituindo o padrão da ponderação principiológica pelo modelo da coerência e imparcialidade discursiva, válido tanto para regras como para princípios, como é o caso da teoria da adequação normativa de Klaus Günther¹², ou mesmo as concepções que negam relevância a princípios (sendo que a constatação da existência de regras ou princípios somente ocorreria após um processo de interpretação e decisão), tais como defende Letícia Gianformaggio.¹³ Entretanto, tais temas de discussão remetem a outra, e igualmente densa, seara de análise, alheia aos propósitos deste estudo.

10 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. vol. I. 1997, p. 200 e ss.

11 ALÉXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

12 GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993. p. 319 e ss.

13 GIANFORMAGGIO, Letizia. *Studi sulla giustificazione giurídica*. Torino: G. Giappichelli. 1986, p. 93 e ss.

Referências

- ALÉXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Rio de Janeiro: Landy. 2001.
- ALÉXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.
- ATIENZA, Manuel, *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Perelman, Toulmin, McCormick, Aléxy e outros. Rio de Janeiro: Landy. 2002.
- ATIENZA, Manuel, RUIZ, Juan. *Las Piezas del Derecho*. Teoría de los enunciados jurídicos. 2.ed. Barcelona: Ariel. 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- _____. *Los derechos en serio*. 5a. reimpr. Barcelona: Ariel, 2002.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. *Studi sulla giustificazione giurídica*. Torino: G. Giappichelli. 1986.
- GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness*. Albany: State University of New York Press, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. voll. 1997.
- HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian. 1972.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Vol 2. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. 1985. Coleção Estudos Alemães.

RESUMOS
Dissertações Defendidas em 2008
(Parcial)

A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: PROPOSTA PARA INSTITUIÇÃO DE UM IMPOSTO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

Vânia Senegalia Morete SPAGOLLA

A degradação ambiental que se presencia atualmente no país não permite que o ser humano desfrute de forma plena de direitos fundamentais que lhe são garantidos pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 225, quais sejam o meio ambiente ecologicamente equilibrado e, conseqüentemente, a sadia qualidade de vida. Para que se possa implementar a sustentabilidade, conciliando o desenvolvimento econômico e a preservação dos recursos naturais para a presente e futuras gerações, criou-se no ordenamento jurídico pátrio a figura da tributação ambiental, a qual permite a graduação da carga tributária e o direcionamento das espécies tributárias já existentes, com o intuito de conduzir a sociedade a adotar a proteção ambiental como prioridade. A tributação ambiental pretende incentivar as posturas preservacionistas de pessoas jurídicas mediante a concessão de incentivos fiscais e controlar as condutas que degradam o meio ambiente através da majoração de tributos. O objetivo da presente pesquisa consiste em identificar o sentido ambiental atribuído às figuras tributárias já existentes, desvendar sua fundamentação e viabilidade e analisar sua repercussão no âmbito jurídico, bem como demonstrar a possibilidade de criação de um imposto ambiental direto, com estrutura própria e validade formal e material. Busca-se demonstrar que os agentes econômicos, considerados hodiernamente os maiores poluidores, podem contemplar a causa ambientalista e obter benefícios em virtude desse posicionamento, seja em razão da imagem positiva que será gerada perante o consumidor, seja em razão da economia no pagamento de tributos. Para que o presente estudo possa ser desenvolvido, necessária faz-se a utilização dos métodos científicos dedutivo e histórico, além de uma intensa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, que permita identificar as vantagens e desvantagens da aplicação desta tributação ambiental.

Palavras-chave: extrafiscalidade; preservação ambiental; tributação ambiental.

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: EMPRESA

Mariângela Conceição Vicente Bergamini de CASTRO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a função social da empresa. Com o advento do Estado Social e o reconhecimento da função social da propriedade, alterou-se o regime fundamental da propriedade privada, proporcionando uma situação de equilíbrio entre o individual e coletivo. A função social da propriedade, prevista constitucionalmente, determina que o proprietário, além de um poder sobre a propriedade, tem um dever correspondente para com toda a sociedade de usar esta propriedade de forma a dar-lhe a melhor destinação sob o ponto de vista dos interesses sociais. Esta pesquisa pretende demonstrar que a empresa, enquanto propriedade privada dos bens de produção, a par do lucro desejável para os sócios, exigência de sua subsistência empresarial, tem que atender aos interesses coletivos, determinados pela sua função social. Para tanto, após o desenvolvimento histórico da evolução do direito de propriedade, analisa-se o processo de funcionalização dos direitos subjetivos e da propriedade, destacando a transformação dos institutos do direito privado, por meio da função social que lhes foi atribuída, empreendendo-se uma análise crítica da propriedade na pós-modernidade. Em seguida, enfoca-se a empresa, como propriedade dinâmica, atividade destinada à produção e circulação de bens e serviços. A esta propriedade dinâmica, dos bens de produção, vincula-se uma função social. Estudada em seu contorno atual, busca-se especificar o papel que a empresa pode desempenhar para promover os valores albergados pelo ordenamento jurídico. Procede-se ainda à investigação dos princípios constitucionais e sua força normativa, analisando-se o princípio da função social previsto no Art. 170 da Constituição Federal e sua aplicação à empresa e os bens de produção. O estudo permite concluir que a atividade empresarial não mais se restringe aos interesses particulares dos proprietários, mas representa o atendimento de interesses sociais potencializados pela funcionalidade que integra o exercício do direito de propriedade.

Palavras-chave: empresa; função social da empresa; princípio da função social da propriedade.

CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS (COMPATIBILIDADE): O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE INICIATIVA E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Juliana MEDINA

A presente pesquisa trata do desenvolvimento sustentável e da necessidade de intervenção do Estado, por intermédio de regulação e das tutelas judiciais, como forma de preservar o meio ambiente para as futuras gerações. A Constituição Federal de 1988 considera no seu Art. 1º, IV, o direito à livre iniciativa como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e no Art. 3º, II, indica o desenvolvimento nacional como um dos seus objetivos fundamentais. O direito à livre iniciativa e ao desenvolvimento nacional cede espaço para a necessidade de um desenvolvimento nacional sustentável. Neste sentido, tem-se no Art. 225 da CF a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito de terceira geração, erigido como direito fundamental. A conscientização e a mudança de mentalidade se fazem necessárias dentro desta nova ordem ambiental, especialmente quando se trata da atividade econômica. Esta preocupação está registrada no Art. 170, VI da Constituição Federal. Para a efetividade destas normas constitucionais o Estado está autorizado a intervir por meio de normas restritivas do exercício pleno dos direitos da propriedade privada e das liberdades individuais em nome de interesse público maior, qualificado como interesse trans-individuais. Esta pesquisa envolve o estudo da evolução histórica da tutela ambiental no cenário internacional e do sistema jurídico brasileiro, para mostrar a necessidade de uma transformação na concepção do direito de propriedade privada de caráter absoluto e individualista para o social de propriedade. Neste caso, autorizando inúmeras limitações à empresa no exercício deste direito, por figurar como a mais fiel expressão da livre iniciativa, enfatizando a proteção ambiental e a atividade empresarial que é também, geradora de impactos ambientais, as políticas públicas e empresariais estão direcionadas à sustentabilidade, bem como instrumentos processuais, tais como: Ação Civil Pública Ambiental; Ação Popular Ambiental; Mandado de Segurança Coletivo Ambiental; Mandado de Injunção Ambiental. Acrescenta-se, ademais, a existência de tutelas inibitórias com previsão nos Art 461, do CPC e Art.84, do CDC, mecanismos estes que podem ser manejados para salvaguardar o direito ao desenvolvimento sustentável, buscando-se a responsabilização do infratores ao meio ambiente.

Palavras-chaves: desenvolvimento sustentável; políticas públicas e empresariais para o desenvolvimento sustentável; tutelas processuais ambientais.

CIDADANIA FISCAL ETICAMENTE RESPONSÁVEL E O CONTROLE NA APLICAÇÃO DO TRIBUTO ARRECADADO

Douglas Roberto FERREIRA

No Brasil, os princípios gerais da atividade econômica têm como objetivo garantir a todos uma existência digna. Para consolidar esta finalidade é necessário que haja um desenvolvimento econômico e social, não bastando um mero crescimento econômico. A história comprova que a participação do Estado na economia é muito relevante, principalmente em países em desenvolvimento, no entanto, para que ele possa atuar é necessária a cobrança de tributos. Os direitos humanos fundamentais e a tributação sofreram mutações vinculadas às mudanças socioeconômicas provocadas pela concentração de renda, pela Revolução Industrial e pelas conseqüências do progresso desequilibrado. A tributação possui um liame direto com a efetivação dos direitos humanos fundamentais. A sociedade precisa ser conscientizada de que: a) o dever antecede o direito; b) o direito da coletividade prevalece sobre o do indivíduo; c) pagar tributo é um dever; d) o poder não é exclusivo do Estado; e) o cidadão tem o direito de fiscalizar a aplicação do tributo arrecadado. A efetivação dos direitos humanos fundamentais tem um custo. O Estado precisa captar recursos para que possa prestar os serviços públicos necessários. Diante disso, o cidadão tem que cumprir o seu dever de pagar tributos para que possa exigir do Estado a consolidação de seus direitos humanos fundamentais. Por outro lado, os direitos fundamentais do contribuinte devem ser reverenciados. O tributo deve ser apreciado como um instrumento que auxilia a proteger e a garantir a dignidade da pessoa humana e a cidadania. Um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária, entretanto, o Estado só poderá consolidá-lo se houver recursos financeiros disponíveis. A sociedade também é responsável pela garantia de uma vida digna a todo cidadão, visto que a dignidade da pessoa humana pressupõe e exige um complexo de direitos e deveres fundamentais. Com a Constituição de 1988, a cidadania passou a ser interpretada como um conjunto de direitos e deveres políticos e sociais. A participação do cidadão na Administração Pública tornou-se indispensável. Pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário indicam que 32% dos tributos arrecadados são desviados. Relatórios da Controladoria Geral da União apontam corrupção em 77% das prefeituras brasileiras. Estas informações ratificam a necessidade da participação

do cidadão nas decisões e, principalmente, na fiscalização da aplicação do tributo arrecadado. Uma cidadania fiscal eticamente responsável é fundamental para que possamos combater o desvio de recursos públicos e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Através do Observatório Social de Maringá exige-se mais honestidade na aplicação do tributo arrecadado, fato este que possibilitará uma redução na carga tributária brasileira e um melhor desenvolvimento econômico e social.

Palavras-chave: cidadania; direitos humanos; tributos.

DESENVOLVIMENTO DAS PRÁTICAS DE RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL MEDIANTE A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS

Isadora Minotto Gomes SCHWERTNER

O presente trabalho procura analisar os princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica, especialmente da função social da empresa, com ênfase para as ações de responsabilidade social empresarial. Destaca a importância das práticas de cunho social realizadas pelo empresariado com o objetivo de desenvolver uma sociedade mais justa e igualitária, de acordo com os preceitos constitucionais, em detrimento do princípio da livre iniciativa privada e da busca desenfreada pela lucratividade. Considerando-se a tendência mundial em privilegiar a autonomia privada dos meios de produção, a ocorrência da chamada Globalização dos mercados e a busca incessante das empresas pelo crescimento da lucratividade, o Brasil assumiu, constitucionalmente, o compromisso de conceder à iniciativa privada, a exploração dos mais diversos campos econômicos, mas a concede mediante uma contraprestação da empresa que deverá participar da integração do cidadão à coletividade, garantindo-lhe bem-estar e vivência digna. Assim, as empresas são induzidas a assumir a posição de agentes transformadores da sociedade, coibindo ações que possam prejudicar o público, os clientes, os fornecedores e ir além, implementando projetos de inserção social dos menos favorecidos. O Estado, no intuito de incentivar práticas desta natureza, concede incentivos fiscais, como forma de desonerar o empresariado que contribui com as finalidades do Estado, mediante a adoção de políticas tributárias. O desenvolvimento de práticas de responsabilidade social da empresa poderá se realizar mediante a concessão de incentivos fiscais, os quais decorrem do planejamento e implementação de políticas econômicas e tributárias, com a adoção de normas tributárias indutoras, as quais caracterizam uma política voltada para a extrafiscalidade. Para tanto, é necessário transformar a gestão da empresa e ponderar o compromisso empresarial com a realização desses valores sociais, os quais transcendem os objetivos da atividade econômica empresarial. Os resultados das políticas tributárias extrafiscais no contexto macroeconômico têm-se mostrado uma alternativa de política pública em consonância com o modelo de Estado Social preconizado pela Constituição Federal brasileira. No presente estudo, demonstrou-se que o desenvolvimento de práticas sociais empresariais em prol da sociedade traz benefícios fiscais ao empresariado, pois, na sociedade

de hoje, a preocupação com o social, o ecológico, o humano e a valoração dos princípios básicos de convivência, como o trabalho e a existência digna, poderá representar o diferencial entre o sucesso e o fracasso da atividade econômica e a inserção ou não da empresa no contexto mercadológico mundial.

Palavras-chave: incentivos fiscais; políticas econômicas; responsabilidade social.

A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO COMO CONDIÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: O PAPEL DO ESTADO NA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO

Débora Brito MORAES

O presente estudo apresenta reflexões sobre a necessidade de valorização do trabalho humano, como condição de efetividade da dignidade humana, trazendo à baila a discussão sobre a flexibilização dos direitos trabalhistas ante o crescimento econômico, bem como a necessidade de conscientização dos detentores deste poder, no sentido de eles terem a obrigação social de tratar o homem trabalhador como um parceiro necessário ao desenvolvimento empresarial, e não apenas como um fator de produção. Ainda, foi mostrado que a Ordem Econômica tem uma função social a cumprir, no tocante à dignidade humana, de forma que possa assegurar a todos os cidadãos os direitos sociais básicos, o que implica na intervenção do Estado nas relações econômicas, quando necessária, a fim de fazer prevalecer a valorização do trabalho humano, levando sempre em consideração que trabalho e capital foram tratados de forma simétrica pela Constituição Federal. Com isso, os incentivos estatais são importantes instrumentos que podem ser utilizados para que a iniciativa privada participe de programas sociais, atuando também como um parceiro do Estado na valorização do trabalho humano. O Governo Federal instituiu, por meio do Ministério do Trabalho, políticas públicas de emprego, trabalho e renda. Dentre as formas de geração de renda incentivadas está a concessão de diversas modalidades de crédito, com baixas taxas de juros a serem concedidos para os trabalhadores que atendam os requisitos do programa. Foi destacado o programa nacional de qualificação, que possui como objetivo a inserção do trabalhador no mercado de trabalho. Conclui-se que o Estado deve atuar juntamente com a iniciativa privada, incentivando-a, por meio de políticas públicas que contribuam para efetivar a valorização do trabalho humano.

Palavras-chave: dignidade humana; papel do Estado; valorização do trabalho humano.

CONTRATOS TELEMÁTICOS: ASPECTOS JURÍDICOS

Glauco MOLINA

O desenvolvimento da tecnologia introduziu profundas mudanças nos costumes e hábitos da sociedade do final do Século passado. Especialmente as tecnologias da informação, consideradas o grande motor da hodierna sociedade, serviram de base às mudanças mais relevantes. Tais transformações, alcançaram as práticas comerciais, obrigando o legislador a adaptar o ordenamento jurídico à nova realidade social que se originou a partir da introdução dos avanços tecnológicos na vida cotidiana do homem. O Contrato Telemático, objeto deste estudo, é fruto do uso dessas novas tecnologias e pode ser entendido como o pacto realizado por meio do uso combinado do computador e dos meios de telecomunicação, especificamente da Internet. A Internet entrou na vida das pessoas de forma definitiva e, por certo, os atos comerciais telemáticos ainda estão no limiar de seu desenvolvimento, porém, indiscutivelmente, serão presença na rotina diária da sociedade, que hoje vive a chamada Era da Informação, devido especialmente à celeridade que representam. A celeridade, a facilidade e outras vantagens neles ínsitas, contudo, não justificam a insegurança que ainda paira nas relações jurídicas entabuladas tendo como suporte o meio virtual. Assim é afirmado, tendo em vista que não existe na nova legislação substantiva pátria nenhum artigo que trate especificamente desse tipo de contratação. Ao que parece, inexistem, da mesma forma, premissas legais que definam como se dá a formação do consentimento nos Contratos Eletrônicos, uma vez que ela é *on-line*, o que caracteriza a desumanização do Contrato. Aspectos jurídicos clássicos, a legislação existente no Brasil e até mesmo advinda de outros países, bem como o próprio Código de Defesa do Consumidor, serão objeto da pesquisa, no intuito de verificar suas aplicações às lides que surgirem envolvendo relação contratual telemática. Desta forma, o presente trabalho se propõe buscar dados que demonstrem qual a importância de se discutir possível criação de legislação específica, harmonizando, destarte, as relações de consumo finalizadas por meio de contratação eletrônica, com base nos Princípios da Boa-Fé Objetiva, da Função Social do Contrato e de seus Princípios Clássicos, orientando-se no sentido de proteção ao vulnerável e hipossuficiente, de forma a evitar maiores prejuízos ao consumidor.

Palavras-chave: comércio eletrônico; contrato; contrato telemático; internet; consumidor.

AGÊNCIAS REGULADORAS: CARACTERÍSTICAS, ATIVIDADES E FORÇA NORMATIVA

José Vicente GODOI JUNIOR

O presente estudo tem por objetivo a análise das Agências Reguladoras, suas características, atividades e força normativa. Retrata alguns momentos históricos do Estado Liberal ao Estado Contemporâneo, com as transformações ocorridas na atividade econômica. Trata do surgimento e desenvolvimento das Agências Reguladoras no estrangeiro, que influenciaram as Agências brasileiras. No Brasil, verifica-se que as Agências Reguladoras são entes que foram criados, sob a forma de autarquias em regime especial, há pouco mais de uma década, e, portanto, as peculiaridades que a lei lhes outorga para o desempenho de suas atividades causam polêmica. As Emendas Constitucionais nº 8 e 9 de 1995 autorizam o processo de instituição de Agências Reguladoras, as quais devem ser instituídas por Lei. A Constituição Federal e a implantação do Programa Nacional de Desestatização evidenciam que a iniciativa privada é que deve atuar na ordem econômica, porém, via Agência Reguladora, o Estado passou a fiscalizar e ditar as diretrizes para estes setores econômicos. O estudo analisa a relação e o controle das Agências Reguladoras pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Outro ponto de discussão doutrinária se refere à falta de consenso quanto ao poder normativo atribuído as Agências Reguladoras. Todavia, as transformações ocorridas trouxeram a instituição das Agências Reguladoras, que são instrumentos importantes para a sociedade.

Palavras-chave: agência reguladora; agente regulador; poder normativo. regulação.

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

1 - OBJETIVOS:

O Programa de Mestrado em Direito tem por meta realizar os seguintes objetivos:

– Qualificar habilidades, aprofundando níveis de compreensão e aptidão para captar a complexidade e dinâmica do fenômeno jurídico;

– Concentrar a investigação científica a partir dos núcleos temáticos contidos na área de concentração e especificados nas linhas de pesquisa contemplando a articulação interdisciplinar;

– Gerar mudanças capazes de oportunizar a atuação do profissional do direito no ensino jurídico contemporâneo, face às tendências decorrentes do processo de globalização e disseminação das inovações tecnológicas;

– Implementar e divulgar o conhecimento científico, cultural e tecnológico, gerado no programa, dando prioridade à produção científica e conseqüente divulgação, visando fornecer aos mestrandos subsídios para expandir e aprofundar conhecimentos técnicos na área de concentração.

2 - ÁREA DE CONCENTRAÇÃO:

EMPREENHIMENTOS ECONÔMICOS, DESENVOLVIMENTO
E MUDANÇA SOCIAL

3 - LINHAS DE PESQUISAS:

A linha de pesquisa tem por escopo proporcionar as condições necessárias à reflexão da temática que comanda o programa, a partir de sua área de concentração.

Linha de Pesquisa 1 – *Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais*

Esta linha abarca as pesquisas que dizem respeito ao desenvolvimento econômico a partir do papel a ser desempenhado pela empresa, tendo por norte as demandas provenientes da sociedade brasileira.

Linha de Pesquisa 2 – *Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas*

A segunda linha de pesquisa está vocacionada à cobertura do segundo vértice que deve sustentar a área de concentração, estando presentes, aqui, as possibilidades de reflexão acerca da dinâmica jurídica que se fazem presentes nas relações empresariais, nas relações de consumo e nas relações entre Estado e a Empresa.

4 - DURAÇÃO DO CURSO:

De 24 a 30 meses.

5 - NÚMERO DE VAGAS:

Serão ofertadas 25 (vinte e cinco vagas).

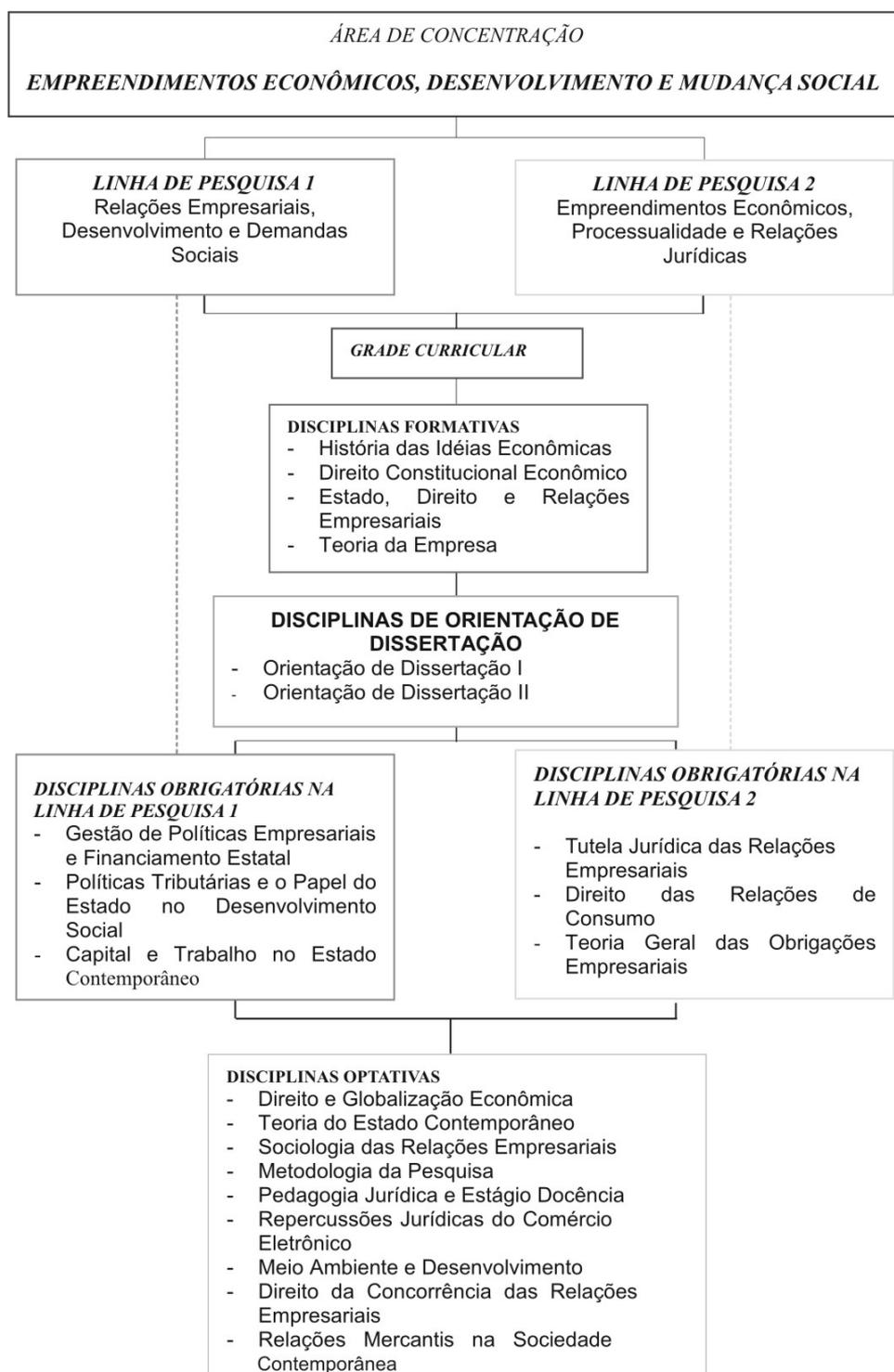
6 - OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE:

Para concessão do título de Mestre, além do cumprimento das demais exigências regimentais, o mestrando deverá prestar e ser aprovado no Exame de Qualificação e no Exame de Proficiência em uma das seguintes Línguas Estrangeiras: Inglês e Espanhol e Italiano. Deverá apresentar, defender e ser aprovado na Dissertação de Mestrado realizada de acordo com as normas regimentais.

7 - SITUAÇÃO INSTITUCIONAL:

Curso recomendado pela CAPES/MEC.

8 – ORGANIZAÇÃO CURRICULAR:



9 - CORPO DOCENTE PERMANENTE E CONVIDADO:

9.1 - Corpo Docente permanente:

Prof. Dra. Adriana Migliorini Kieckhöfer - Doutora em Engenharia da Produção - UFSC/SC - área de concentração: Gestão Ambiental

Prof. Dr. José Luiz Ragazzi – Doutor em Direito – PUC SP, com especialidade em direito do consumidor.

Prof. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira – Doutora em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito Civil /Direito Obrigacional/Direito Negocial.

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira - Doutor em Direito das Relações Sociais – PUC/SP, com especialidade em Direito do Trabalho.

Prof. Dr^a. Maria de Fátima Ribeiro – Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito Tributário e Direito Constitucional.

Prof. Dra. Marlene Kempfer Bassoli - Doutora em Direito do Estado – PUC/SP, com especialidade em Direito do Estado e Gestão de Políticas Públicas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza – Doutor em Direito – PUC/SP, com especialidade em Direito Ambiental.

Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro – Doutor em Direito do Estado – PUC/SP , com especialidade em Direito Constitucional e Constitucional Econômico.

Prof. Dra. Soraya Regina Gasparetto Lunardi - Doutora em Direito Constitucional - PUC/SP - área de concentração: Direito Constitucional Econômico - Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito da UNIMAR.

Prof. Dr^a. Suely Fadul Villibor Flory – Doutora em Letras – UNESP, com especialidade em Metodologia da Pesquisa Científica e Comunicação.

Prof. Dr^a. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer – Doutora em Educação – UNESP, com especialidade em Metodologia do Ensino.

9.2 – Corpo docente convidado:

Prof. Dr. Francisco Pinto Rabello Filho – Doutor em Direito do Estado – UFPR, com especialidade em Direito do Estado/Tributário.

Prof. Dr. Jonas Luiz Moreira de Paula – Doutor em Direito - UFPR/PR, com especialidade em Direito Processual Civil.

Prof. Dr. Luiz Otavio Pimentel – Doutor em Direito – UFSC, com especialidade em Direito da Concorrência, e Direito Industrial.

Prof. Dr. Dimitri Dimoulis – Doutor em Direito – Universidade de Sarre (Alemanha), com especialidade na área de Direito Constitucional e Direitos Humanos.

Prof. Dr^a. Maria Christina de Almeida – Doutora em Direito Civil – UFPR, com especialidade em Teoria Geral do Direito Civil.

Prof. Dr. Nelson Borges – Doutor em Direito – UFPR, com especialidade em Direito Obrigacional e Direito de Empresa.

Prof. Dr. Richard Paulo Pae Kim - Mestre em Direito Econômico e Financeiro e Doutor em Direito Administrativo pela USP, com especialidade em Direito Obrigacional e Empresas.

10 - PROCESSO DE SELEÇÃO:

O processo seletivo constará de:

PROVA ESCRITA DISSERTATIVA

ENTREVISTA

CURRICULUM VITAE

– INFORMAÇÕES:

As inscrições serão realizadas na Secretaria do Programa de Mestrado em Direito Bloco II – Campus Universitário – Faculdade de Direito, no horário das 14h00min às 17h30 e das 19h00 às 22h00, de Segunda à Sexta-feira.

Previsão para abertura de novo processo seletivo em outubro e novembro de cada ano.

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Prof^aDr^a Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Secretaria do Programa de Mestrado em Direito

Faculdade de Direito – Bloco II

Endereço: Campus Universitário

Av. Higyno Muzzi Filho nº 1001 – CEP 17.525-902 – MARÍLIA-SP

Telefones: (14) 2105-4028

E-mail: : propos@unimar.br

Home page <http://www.unimar.br>

Pró-Reitoria de Pós-Graduação
Secretaria: Telefax (14) 2105-4100
E-mail: propos@unimar.br
Home Page: <http://www.unimar.br>

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista ARGUMENTUM tem como objetivo divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente da Faculdade de Direito da UNIMAR, assim como de estudiosos do direito e das ciências sociais de outras Universidades e Centros de Pesquisa.

A Revista só avalia trabalhos *inéditos*. Podem ser trabalhos de doutrina, de pesquisa empírica, resenhas e comentários de jurisprudência.

1. Os trabalhos de doutrina e pesquisa devem incluir:

- a) Título (em português e inglês)
- b) Nome do autor e breve CV (em nota de rodapé)
- c) Resumo de até 250 palavras em português e inglês
- d) Palavras-chave em português e inglês.

2. As referências bibliográficas devem ser uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

3. Transcrições de até três linhas devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de três linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a do texto utilizado e sem aspas

4. Os trabalhos devem ser encaminhados ao Conselho Editorial da Revista por email: mestradodireito@unimar.br ou no endereço postal:

UNIMAR, Secretaria do Programa de Mestrado em Direito
Av. Higyno Muzzi Filho nº 1001
Campus Universitário - Bloco II
17525-902 – MARÍLIA – SP.

5. Todos os trabalhos serão analisados por dois avaliadores externos *ad hoc* com o sistema *double-blind-peer-review*, assim como pelo Conselho Editorial. Os que precisarem de modificações serão devolvidos com as respectivas sugestões.

6. A Revista reserva-se o direito de não publicar trabalhos enviados.



Papel Reciclado: a Universidade de Marília preservando o meio ambiente.