

ARGUMENTUM
INTERESSE PÚBLICO, LIVRE INICIATIVA
E REGULAÇÃO ESTATAL

REVISTA DE DIREITO

13

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM

INTERESSE PÚBLICO, LIVRE INICIATIVA
E REGULAÇÃO ESTATAL

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANO 2012// Volume 13 – Publicação Anual

CATALOGAÇÃO NA FONTE

ARGUMENTUM– INTERESSE PÚBLICO, LIVRE INICIATIVA E REGULAÇÃO ESTATAL -
Revista de Direito – Universidade de Marília.

Volume 13 – Marília: UNIMAR, 2012.

Anual.

ISSN – 1677-809X

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

Editora Arte & Ciência
Av. Paulista, 2.200 – 16 andar
Consolação São Paulo – SP - CEP 01310-300
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

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Profª Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

PRÓ-REITORA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Profª Drª Suely Fadul Villibor Flory

COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Profª Drª Maria de Fatima Ribeiro

COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Profª Drª 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) 2105-4028 – fax: (0xx14) 3433-8691

E-mail: mestradodireito@unimar.br

ARGUMENTUM
INTERESSE PÚBLICO, LIVRE INICIATIVA E REGULAÇÃO ESTATAL

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CONSELHO EDITORIAL

1. Dr. Achim Ernest Rorhmann
Membro do Gemeinsame Juristische Prüfungsamt der
Länder Berlin und Brandenburg
2. Dr. António Carlos dos Santos
Universidade Autónoma de Lisboa
3. Dra. Clotilde Celorico Palma
Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa - ISCAL
4. Dr. Dimitris Christopoulos
Universidade de Panteion (Atenas)
5. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino
Universidade Estadual do Rio de Janeiro
6. Dr. John Milios
Universidade Politécnica Nacional (Atenas)
7. Dr. Jorge Esquirol
Universidade Internacional da Flórida – USA
8. Dr^a Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Universidade de Marília
9. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná
10. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Universidade Federal de Santa Catarina
11. Dr^a Maria de Fátima Ribeiro
Universidade de Marília
12. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza
Universidade de Marília
13. Dra. Suzana Tavares da Silva
Universidade de Coimbra

Direção da Revista ARGUMENTUM
Prof^a Dr^a Maria de Fátima Ribeiro

Coordenação Editorial e Preparação de Texto
Prof^a Dr^a Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta
Ano 2012 - Volume 13
MARÍLIA – ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL
E-mail: mestradodireito@unimar.br

APRESENTAÇÃO	11
DOCTRINA	
PARTE TEMÁTICA - INTERESSE PÚBLICO, LIVRE INICIATIVA E REGULAÇÃO ESTATAL	
OS BENEFÍCIOS E OS CUSTOS DO CUMPRIMENTO FISCAL: BREVE REVISÃO DA LITERATURA Cidália Maria da Mota Lopes	17
O ESTADO PORTUGUÊS NA ENCRUZILHADA: BENS PÚBLICOS, DIREITOS SOCIAIS, LIBERDADES E QUALIDADE DA DEMOCRACIA Maria Eduarda Gonçalves João Pato António Carlos dos Santos	39
A TEORIA DO FATO SOCIAL EM DURKHEIM E OS ELEMENTOS DE CONEXÃO PARA UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA DO TRIBUTO Maurin Almeida Falcão	57
PAPEL DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO: ANÁLISE DO SETOR PETROLÍFERO NO BRASIL Daniel Francisco Nagao Menezes	77
DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL À EXTRAFISCALIDADE: POR UMA SUSTENTABILIDADE DEMOCRÁTICA PARA TODOS Thales José Pitombeira Eduardo	99
A MEDIDA DA DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA Marcelo Rodrigues de Siqueira Raquel Gonçalves Mota.....	117
DA FUNÇÃO SOCIAL À FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL Fernando Joaquim Ferreira Maia	145
POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA RELAÇÃO FUNDAMENTAL Marisa Rossinholi.....	165
NOTAS SOBRE O CONTRATO DE <i>FRANCHISING</i> : TEORIA E ASPECTOS JURÍDICOS Fábio Fernando Bartini Gabrielle Tesser Gugel	181
SEGURANÇA JURÍDICA: O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA Lídia Maria L. R. Ribas Maria de Fátima Ribeiro	205

A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA NO GOVERNO ELETRÔNICO SOB A
PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA DIGITAL

César Leandro de Almeida Rabelo
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas
Carlos Athayde Valadares Viegas 225

ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS CORREÇÕES DE
ROTA DA CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Emerson Ademir Borges de Oliveira 257

PARTE GERAL

O ENSINO DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL: GÊNESE, EXÍLIO E RETORNO
PREMIADO AOS CURRÍCULOS DAS FACULDADES DE DIREITO

Heloisa Helena de Almeida Portugal 285

REPERCUSSÃO GERAL: GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA?

Ivan Aparecido Ruiz
Carla Sakai Pacheco 311

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TRANSFORMAÇÃO DA CELERIDADE EM
PRINCÍPIO ABSOLUTO

Gil de Souza Von der Weid 335

RESENHA

LIVRO: *Não-zero: a lógica do destino humano.*

WRIGHT, Robert.

Rio de Janeiro: Campus. 2003

Alexandre Walmott Borges

Bernardo Moraes Cavalcanti 351

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

PROCESSAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

ANÁLISE DO ACÓRDÃO TJMG 1.0024.07.543139-5/001

Adriana Paiva Vasconcelos 357

ENTREVISTA

Desigualdade aumenta após explosão de crescimento James Galbraith

(Por Sílvia Boccanera) 385

RESUMOS DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2012 393

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO 415

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO 421

APRESENTAÇÃO

A REVISTA ARGUMENTUM, em seu décimo terceiro número, mantendo sua proposta editorial conforme dispõe o Plano de Metas e Ações para o triênio 2010-2012, é apresentada com volume temático, 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 de Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Em 2010, a Revista foi editada com a temática: *O Contexto Jurídico e o Papel do Estado em uma Economia de Mercado*. Já em 2011, publicou artigos com o tema principal *Estado, Democracia Econômica e Políticas Públicas*. E o número 13/2012, traz escritos sobre o tema: *Interesse Público, Livre Iniciativa e Regulação Estatal*. Para o ano de 2013, a chamada para a publicação de artigos destaca *A Empresa na Ordem Econômica e as tendências no Estado Contemporâneo*.

Atendendo aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto à CAPES e dos indicativos do sistema *Qualis* para os últimos três anos, a REVISTA ARGUMENTUM foi classificada no estrato B-2, tendo em vista os novos padrões exigidos, passando a integrar uma classificação de representatividade no cenário nacional, inclusive com inserções internacionais, demonstrando também a qualidade das publicações neste periódico. Com o projeto editorial do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR, previsto para o triênio 2013/2015, novos investimentos estão sendo alocados para aprimorar ainda mais a Revista, mantendo a qualidade com maior abrangência e estratificação.

Quinze artigos compõem o número 13/2012 da Revista, sendo que doze deles estão relacionados com a temática *Interesse Público, Livre Iniciativa e Regulação Estatal* e três outros estão inseridos na Parte Geral. Este número dispõe também de Comentário à Jurisprudência, Resenha e Entrevista.

Destacam-se os artigos dos autores estrangeiros: Professora Cidália Maria da Mota Lopes, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que escreveu sobre *Os Benefícios e os Custos do Cumprimento Fiscal: Breve Revisão da Literatura*. O Professor António Carlos dos Santos, da Universidade Autónoma de Lisboa, juntamente com os professores Maria Eduarda Gonçalves e João Pato apresentou o artigo intitulado *O Estado Português na encruzilhada: Bens Públicos, Direitos Sociais, Liberdades e Qualidade da Democracia*. De igual modo, deve

ser destacado o artigo sobre *A Medida da Desigualdade Tributária* de autoria de Marcelo Rodrigues de Siqueira e Raquel Gonçalves Mota, mestrandos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação e supervisão da Professora Dra. Suzana Tavares da Silva.

Com esta edição, o Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR alcança uma de suas metas e ações quanto às publicações e inserções internacionais durante o atual triênio, desenvolvendo atividades conjuntas com universidades portuguesas, espanholas, italianas e peruanas, com a participação de professores e mestrandos em eventos científicos, ministrando palestras, apresentando trabalhos bem como com atuação em grupos e projetos de pesquisa. Tal proposta integrativa continuará em 2013 com a participação em workshop e seminários na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na Universidade Autônoma de Lisboa e em obras coletivas com a Universidade Federal da Flórida e universidades brasileiras, em especial com a Universidade Estadual de Londrina.

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

Além desta publicação, integram também o Projeto Editorial do Programa diversos livros que foram publicados, no triênio 2010-2012, pelo Corpo docente e discente tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos e Europa, conforme demonstram as suas produções científicas individuais. Em 2010, foi publicada a coletânea temática sobre *Tutela Jurídica do Meio Ambiente e Desenvolvimento*. O livro *Estado e Crise Econômica - Questões Relevantes* foi organizado e publicado em 2011 e, em 2012, acaba de ser lançada a obra intitulada *Ordem Sócioeconômica: Poder Público e Iniciativa Privada*. Já para o ano de 2013, está prevista a edição do livro com o tema *Segurança Jurídica: Novos paradigmas das relações empresariais e econômicas*, dando início ao Projeto Editorial do triênio 2013/5.

Nesta oportunidade convidamos a comunidade científica para participar do próximo projeto editorial, enviando artigos, resenhas ou comentários de jurisprudências para o e-mail mestradodireito@unimar.br. Espera-se, com a publicação deste periódico, contribuir para a reflexão sobre os temas ora publicados.

UNIMAR, Marília – SP - Dezembro de 2012.

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro
Diretora da Revista

Profa. Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer
Coordenação Editorial

PARTE TEMÁTICA
INTERESSE PÚBLICO, LIVRE INICIATIVA E REGULAÇÃO ESTATAL

OS BENEFÍCIOS E OS CUSTOS DO CUMPRIMENTO FISCAL: BREVE REVISÃO DA LITERATURA

BENEFITS AND COSTS OF TAX COMPLIANCE -
A BRIEF REVIEW OF THE LITERATURE

Cidália Maria da Mota Lopes¹

Sumário

1. Introdução. 2. A teoria dos custos de tributação: revisão da literatura e desenvolvimentos mais recentes. 2.1. Os custos administrativos e o sector público. 2.2. Os custos de cumprimento e o sector privado. 2.3. Os custos de cumprimento: análise comparativa e resultados de estudos internacionais. 2.4. Os benefícios decorrentes do cumprimento fiscal. 3. Custos de cumprimento: sector público ou sector privado? 4. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The theory of taxation costs: literature review and recent developments. 2.1. Administrative costs and the public sector. 2.2. Costs of compliance and the private sector. 2.3. Compliance costs: comparative analysis and results of international studies. 2.4. The benefits of tax compliance. 3. Compliance costs: the public sector or private sector? 4. Final Remarks. References.

Resumo

O presente artigo versa sobre a análise da teoria dos custos da tributação e os seus desenvolvimentos teóricos mais recentes, em particular os benefícios resultantes do cumprimento fiscal. A maioria dos estudos realizados internacionalmente, até ao momento, apenas se preocupou em avaliar os custos que resultam do funcionamento de um sistema fiscal. Contudo, também é possível isolar alguns “benefícios” decorrentes do conjunto de obrigações a que a legislação fiscal normalmente obriga, nomeadamente na perspectiva dos custos privados. Assim, neste artigo, pretendemos dar conta dos desenvolvimentos mais recentes da teoria dos custos e dos benefícios do cumprimento fiscal, bem como das suas implicações em matéria de política fiscal.

¹ Doutora em Organização e Gestão de Empresas pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (FEUC) e Docente da Coimbra Business School - Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Coimbra (ISCAC).

Palavras-chave: Custos da tributação. Teoria dos custos e dos benefícios. Cumprimento fiscal.

Abstract

This paper analyses the theory of the costs of taxation and its more recent theoretical developments, in particular the benefits of tax compliance. Most studies conducted internationally only assess the costs which result from the tax system. However, it is also possible to isolate and consider some “benefits” arising from the set of tax obligations, which the tax law generally requires, especially in the point of view of the tax private costs. Therefore, in this article, we investigate the latest developments of the theory of costs and benefits of tax compliance, as well as their implications for tax policy. Key words: Costs of taxation. Theory of costs and benefits. Tax compliance.

1 Introdução

A existência de um qualquer imposto introduz, como é sabido, uma diversidade de custos, quer para o sector privado, quer para o sector público.

O custo mais óbvio para o contribuinte é o financeiro, ou seja, o correspondente ao pagamento do imposto.

Os custos de eficiência surgem de os impostos arrastarem consigo modificações ou comportamentos económicos eficientes dos agentes – indivíduos ou empresas – actuando, por exemplo, como desincentivo ao esforço, à iniciativa ou ao risco, e alterando as escolhas de consumo e de produção, o que pode conduzir a perdas para a economia.²

A adicionar a estes custos temos, ainda, os custos de funcionamento do sistema fiscal ou de um imposto em particular (*tax operating costs* ou *running costs*), os quais são constituídos por um conjunto bastante amplo e diversificado de custos. São eles os custos do sector público (*administrative costs*) e os do sector privado (*compliance costs*).

A necessidade de minimização dos custos de funcionamento foi sublinhada, pela primeira vez, por Adam Smith, em 1776, nas suas célebres quatro máximas acerca dos impostos em geral: igualdade, certeza, conveniência no pagamento e economia na cobrança.³

2 Para uma análise mais detalhada das situações em que a aplicação de impostos pode gerar perdas de eficiência na economia, numa perspectiva teórica ver: Gomes Santos, José Carlos (1995), “Uma visão integrada dos custos associados ao financiamento público através de impostos – o caso dos custos de eficiência, administração e cumprimento”, in: *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 378, p. 31-59; e ver, também, Gomes Santos, José Carlos (2006), “Equidade fiscal revisitada”, in: *Homenagem José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 407-418.

3 Smith, Adam (1776), *An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations*. Tradução portuguesa: Smith, Adam (1983) *Riqueza das Nações*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 485-489.

Todavia, só mais tardiamente, os custos da tributação começaram a ser objecto de atenção na literatura fiscal. O carácter embrionário das metodologias utilizadas, bem como as dificuldades e limitações existentes, não impossibilitaram, porém, o aparecimento, nomeadamente nos últimos anos, de diversos estudos, com diferentes graus de abrangência e de análise, os quais são unânimes nas seguintes conclusões: i) os custos de cumprimento são elevados; ii) a distribuição dos custos de cumprimento das famílias e empresas são regressivos; iii) a principal determinante dos custos de cumprimento é a complexidade fiscal.⁴

Mais recentemente também a literatura dos custos da tributação tem sublinhado a necessidade de tomar em consideração os “benefícios” do cumprimento fiscal. Na verdade, até ao momento, a maioria dos estudos realizados internacionalmente apenas se preocupou em avaliar os custos que resultam do funcionamento de um imposto ou de todo um sistema fiscal. Contudo, também é possível isolar alguns “benefícios” decorrentes do conjunto de obrigações a que a legislação fiscal normalmente sujeita os contribuintes, nomeadamente na perspectiva dos custos privados.

Assim, neste artigo, pretendemos dar conta dos desenvolvimentos mais recentes da teoria dos custos e dos benefícios do cumprimento fiscal, bem como das suas implicações em matéria de política fiscal.

2 A teoria dos custos de tributação: revisão da literatura e desenvolvimentos mais recentes

2.1 Os custos administrativos e o sector público

Como se observa na figura abaixo apresentada, a existência de impostos conduz a custos de natureza diversa, os quais podemos dividir em custos do sector público e do sector privado.

⁴ Ver, numa perspectiva internacional, uma análise comparativa recente de estudos dos custos da tributação, com muito interesse: Lang, Michael et al (Eds) (2008), *Tax compliance costs for companies in the Enlarged European Community*. Netherlands: Kluwer Law International.

Figura 1 – Os custos de tributação

Custos de tributação	Custos de recolha e cobrança dos impostos	Custos do sector privado (cumprimento)	Monetários	Involuntários
				Voluntários
			Não Monetários	Involuntários
				Voluntários
		Custos do sector público (administrativos)		
	Custos de Eficiência			

No que diz respeito aos custos do sector público, os custos mais óbvios são os associados ao funcionamento e gestão do sistema fiscal. Trata-se dos custos incorridos na recolha dos impostos, dos gastos com a produção legislativa, dos custos legais associados à interpretação e cumprimento da lei fiscal.

Os custos administrativos incluem todos os recursos que o sector público utiliza para cobrar impostos, tais como os vencimentos dos funcionários da administração fiscal, o equipamento e os materiais usados. Esta noção de custos administrativos tem a vantagem de se aproximar, de muito perto, dos custos da administração fiscal. Por regra, estes custos são apresentados sob a forma de um indicador ou rácio de gestão fiscal, o qual mede a relação entre os custos da administração fiscal e as receitas fiscais colectadas. Trata-se de um rácio frequentemente usado para elaborar comparações internacionais sobre a eficiência das administrações fiscais.⁵

Os custos com a actividade de produção legislativa ou com os tribunais, bem como os encargos resultantes da actividade de outros departamentos com incidência mais ou menos directa na área fiscal, por razões de ordem prática, têm sido apresentados fora do âmbito desta definição.

Mais recentemente, em resultado do aumento generalizado da complexidade tributária nos sistemas fiscais mais desenvolvidos, não se pode, todavia, descurar o valor dos custos legislativos, sob pena de estar a subestimar o valor dos custos do sector público.⁶

Como medir e avaliar a complexidade fiscal?

A literatura sugere a análise da complexidade fiscal em duas perspectivas: a legislativa e a técnica.⁷

5 Sobre este assunto ver: OCDE (2004), *Tax administration in OCDE countries: comparative information series*. Paris: Centre for Tax Policy and Administration - OCDE Publications; Lopes, Cidália Maria da Mota (2008), *Quanto custa pagar impostos em Portugal – Os custos da tributação do rendimento*. Coimbra: Almedina.

6 Oliver, Tracy; Bartley, Scott (2010), “Tax system complexity and compliance – some theoretical considerations” (online), in: *Economic round – up*. Winter 2005, p. 53-68.

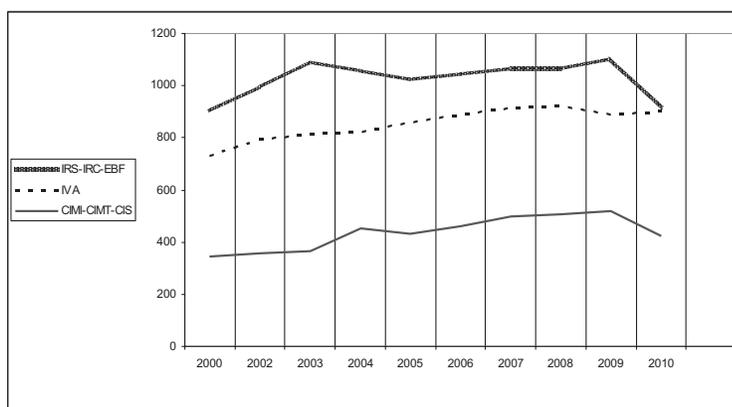
7 Wallschutzky, Ian; Simon, James (1997), “Tax law improvement in Australia and the UK: The need for a strategy for simplification”, in *Fiscal Studies*. Volume 18, n.º 4, p. 445 – 460; Prebble, John (2000), “Evaluation of the New Zealand Income Tax Law Rewrite Project from a Compliance Cost Perspective”, in: *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Volume 54, n.º6, p. 290-299; e, mais recentemente, Oliver,

No que diz respeito à complexidade técnica, a literatura recente tem incidido o seu estudo na variável “percepção de complexidade”, a qual pode ser analisada em várias perspectivas: a dos contribuintes individuais; a dos contribuintes colectivos; a dos profissionais da contabilidade; e a da administração fiscal⁸. Por meio das diferentes perspectivas, são, por regra, identificadas, através de uma análise qualitativa, as áreas do sistema fiscal mais complexas, as dificuldades técnicas dos contribuintes no cumprimento e a relação dos contribuintes com a administração fiscal e com o sistema de impostos.

Por sua vez, e no que se refere à complexidade legislativa, o aumento do volume da legislação e a interpretação da mesma são dois indicadores de natureza qualitativa frequentemente utilizados.⁹

Vejam, a este propósito, o que tem acontecido em Portugal, nos últimos 10 anos, utilizando, para tal, um indicador grosseiro como seja o número de páginas dos Códigos tributários publicados pela Editora Almedina, os quais constituem, como é sabido, uma referência no mundo profissional e académico dos impostos.

Figura 2 – Evolução da legislação fiscal em Portugal – Códigos tributários da Editora Almedina no período de 2000 a 2010



Tracy; Bartley, Scott (2010), “Tax system complexity and compliance – some theoretical considerations” (online), in: *Economic round – up*. Winter 2005, p. 53-68.

8 Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *Journal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, p. 106-133; Malta, Giavany *et al* (2008), “Custos de conformidade à tributação: uma análise de percepção dos gestores e colaboradores de uma empresa”, in: *ABCustos Associação Brasileira de Custos*, Volume III, n.º 3, p. 1-23.

9 Utilizando indicadores de natureza objectiva um estudo recentemente publicado no Expresso concluiu que as leis mal feitas custam em Portugal 7,5 mil milhões ao país. Segundo Nuno Garoupa, um investigador americano especialista em *Impact Assesment Law*, este valor encontrar-se-á, porventura, subestimado. Ver: *Jornal Expresso*, 23 de Janeiro de 2010.

Da leitura da Figura 2, observa-se uma grande aceleração no ritmo da produção legislativa onde os impostos sobre o rendimento assumem a liderança da complexidade fiscal legislativa, a qual parece tender a diminuir no último ano.

A queda do número de páginas no ano de 2010 deveu-se apenas ao objectivo de diminuição dos custos de edição e não a qualquer tendência de diminuição do volume de legislação produzida e em vigor.

Na realidade, sabe-se que este ano e nos próximos anos, na actual conjuntura de crise, existe uma tendência redobrada para produzir mais legislação fiscal, com um ciclo de vida de curto e médio prazo. A crise gera, como é sabido, uma certa pressão no sentido da aprovação de pacotes fiscais avulsos¹⁰, com consequências na qualidade da legislação fiscal aprovada.

Este aumento do volume legislativo, bem como a ineficiente produção legislativa implicam custos quer para o sector público, quer para o sector privado.

Assim, a longo prazo, e sob o ponto de vista dos custos de tributação, seria desejável, à semelhança do que se passa nos EUA e no Reino Unido, que a discussão da legislação fiscal importante fosse acompanhada de uma análise de impacto custo-benefício, sob pena de não se consagrarem soluções, introduzidas em época de crise, ineficientes do ponto de vista custo-benefício. Todavia, tão importante quanto a quantificação da análise custo-benefício é a sua divulgação não apenas aos decisores políticos mas também aos contribuintes ou ao sector privado. Esta análise seria importante no sentido de poder contribuir para uma melhoria não do custo de cumprimento, do ponto de vista quantitativo, mas da “percepção do custo”, do ponto de vista qualitativo da parte dos contribuintes. E, como é sabido, a percepção que os contribuintes têm dos impostos influencia a sua aceitação do sistema fiscal.

A complexidade fiscal, em especial, a percepção de complexidade fiscal por parte dos contribuintes é, pois, uma nova variável a ser tomada em consideração em estudos que procuram identificar os factores associados aos custos de cumprimento. A revisão da literatura mais recente sugere que complexidade fiscal varia em função proporcional da percepção de complexidade dos contribuintes¹¹. Assim, a introdução de medidas de avaliação de impacto

10 É possível observar que, em épocas de crise, no passado foram aprovadas medidas fiscais avulsas, tais como pequenos impostos e penalizações selectivas. Veja-se o caso português. Em 1942, surgiria o imposto sobre os lucros extraordinários de guerra, tributava os lucros superiores à remuneração normal do capital. Em 1961, quando estala a guerra colonial, vemos surgir o imposto para a defesa e valorização do ultramar e o imposto sobre os consumos de luxo, tais como electrodomésticos ou enfeites de Natal. Em 1979, já depois da revolução, temos o imposto extraordinário sobre os rendimentos e uso de veículos, e, em 1983, o imposto sobre *boites, night clubs e cabarets*. Sobre este assunto ver: Vasques, Sérgio (2010), “Igualdade e Coerência na Fiscalidade de Crise”, in: *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas*. Lisboa: Almedina, p. 351.

11 Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *Journal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, p. 106-133; Malta, Giavany et al. (2008) “Custos de conformidade à tributação: uma análise de percepção dos gestores e colaboradores de uma empresa”, in:

custo-benefício, bem como a sua divulgação pública, pode assumir um papel crucial no desenho da política fiscal dos custos da tributação, na medida em que poderão influenciar os custos de cumprimento fiscal dos contribuintes, os quais identificamos já de seguida.

2.2 Os custos de cumprimento e o sector privado

No que diz respeito ao sector privado, temos, como já referido anteriormente, os custos financeiros, os de eficiência e os de cumprimento incorridos pelos contribuintes e terceiras entidades, os quais constituem aqui objecto de análise.

Os custos de cumprimento, segundo Sandford et al (1989), dividem-se em três grupos principais: os custos de tempo; outros custos monetários; e os custos psicológicos.¹²

Os custos de tempo são, de uma forma geral, o valor do tempo gasto pelos contribuintes individuais e colectivos no cumprimento das obrigações fiscais.

Para os contribuintes individuais, os custos incluem o tempo despendido no arquivo de documentos e no preenchimento da declaração de rendimentos. E os custos monetários englobam outras despesas de carácter geral, tais como telefone, livros, equipamento e honorários pagos a consultores fiscais.

Por sua vez, para os contribuintes colectivos, os custos de cumprimento dividem-se em internos e externos. Os primeiros correspondem ao tempo gasto internamente pelos empregados e directores da empresa com os assuntos fiscais, o qual é valorado através do ordenado atribuído aos mesmos. Por sua vez, os custos externos representam os incorridos fora da empresa com o aconselhamento fiscal.

Por fim, os custos psicológicos, tais como alguma ansiedade e nervosismo suportados no processo de pagamento dos impostos, deverão ser igualmente considerados¹³. Alguns contribuintes recorrem, pois, a profissionais para diminuir

ABCustos Associação Brasileira de Custos, Volume III, n.º 3, p. 1-23. Oliver, Tracy; Bartley, Scott (2010), “Tax system complexity and compliance – some theoretical considerations” (online), in: *Economic round – up*. Winter 2005, p. 53-68.

12 Sobre este assunto ver: Sandford, Cedric (1973), *Hidden Costs of Taxation*. London: Institute for Fiscal Studies, pp. 10; Sandford, Cedric; Godwin, Michael; Hardwick, Peter (1989), *Administrative and Compliance Costs of Taxation*. Bath: Fiscal Publications, p. 12; Sandford, Cedric, (1995), *Tax Compliance Costs - Measurement and Policy*. Bath: Fiscal Publications; Sandford, Cedric (2000), *Why Tax Systems Differ? - A Comparative Study of the Political Economy of Taxation*. Bath: Fiscal Publications.

13 Segundo James e Nobes, os custos de cumprimento devem incluir também os custos psicológicos suportados pelos contribuintes como consequência da ansiedade que experimentam na sua relação com o imposto. Esta tese parece, aliás, ser adoptada por Adam Smith quando, ao abordar as “diferentes maneiras em que os impostos são frequentemente mais onerosos para as pessoas do que benéficos para o soberano”, refere que “[...] embora o vexame não seja, rigorosamente falando, uma despesa, é certamente equivalente

o seu grau de preocupação. Assim, muitas vezes, estes custos psicológicos transformam-se em custos monetários. Os custos psicológicos são intangíveis e não constituem uma despesa pecuniária directa. Variando de contribuinte para contribuinte, são difíceis, senão impossíveis, de quantificar. Por isso, os custos psicológicos não são alvo de avaliação em muitos estudos. Não devem, porém, ser descurados.

Também na literatura económica que versa sobre custos de cumprimento distinguem-se os custos de cumprimento involuntários dos voluntários.^{14/15}

Os custos involuntários são aqueles que o contribuinte necessita obrigatoriamente de suportar para cumprir com as suas obrigações legais. Por sua vez, os custos voluntários são os custos de planeamento fiscal incorridos pelo contribuinte, de modo a diminuir o pagamento dos seus impostos. Porém, as informações e estimativas obtidas pelos diferentes estudos sobre custos de cumprimento raramente permitem distinguir estes custos.

Após a definição de custos de cumprimento, procedemos, na secção seguinte, a uma breve nota dos resultados mais importantes a que chegaram alguns estudos realizados internacionalmente.

2.3 Os custos de cumprimento: análise comparativa e resultados de estudos internacionais

As diferenças na metodologia utilizada nos vários estudos tornam impossíveis conclusões e resultados claros sobre o nível e a natureza dos custos de cumprimento.

Todavia, uma conclusão interessante e unânime no que diz respeito aos custos de cumprimento é a distribuição regressiva desses mesmos custos.

Dean (1973) sublinha, a este propósito, o seguinte:

*The single finding on which practically all researchers are agreed is that compliance costs are proportionately heavier for small tax-paying units than they are for larger ones.*¹⁶

ao custo pelo qual todo o homem estaria disposto a redimir-se dele". James, Simon; Nobes, Christopher (2000), *The Economics of Taxation - Principles, Policy and Practice*. London: Pearson Education, p. 38-42.

14 Sandford, Cedric; Godwin, Michael; Hardwick, Peter (1989), *Administrative and Compliance Costs of Taxation*. Bath: Fiscal Publications, p. 12.

15 Joel Slemrod, investigador da Universidade de Michigan, nos EUA tem feito vários estudos sobre os custos de cumprimento voluntários e os involuntários, isto é, na perspectiva da evasão e fuga fiscal. Sobre este assunto pode ver-se por exemplo Slemrod, Joel; Yitzhaki, Shlomo (2000), "Tax Avoidance, Evasion, and Administration", Working Paper 7473, in: www.nber.org/papers/w7473, 76 p.

16 Dean, Peter, (1973), *Some Aspects of Tax Operating Costs with Particular Reference to Personal Taxation in the United Kingdom*, PhD Dissertation. Bath: Bath University, p. 112.

Os estudos dos custos de cumprimento das empresas são unânimes em sublinhar que estes são maiores, em termos absolutos, para as empresas de maior dimensão do que para as empresas de pequena e média dimensão. Contudo, em termos relativos, o mesmo já não se verifica, já que os custos de cumprimento das empresas tendem a ser regressivos, isto é, incidem proporcionalmente mais sobre as pequenas e médias empresas do que sobre as suas congéneres de maior dimensão.

Vejam, no quadro seguinte, a título de exemplo, o estudo de Chris Evans, realizado na Austrália, em 2000.¹⁷

Quadro 1 – Custos médios de cumprimento de acordo com a dimensão da empresa na Austrália

Categoria de empresa	Pequena	Média	Grande
Custos de cumprimento (Doláres)	1707	8 784	91 864
Custos de cumprimento % Volume de Negócios (VN)	24%	0,98%	(0,60)

Fonte: Evans et. al. (2000), Op. cit., p. 344.

Também a Comissão Europeia¹⁸, num estudo relativamente recente, concluiu que os custos de cumprimento do imposto sobre os lucros das empresas, na União Europeia, incidiam proporcionalmente mais sobre as pequenas e médias empresas do que sobre as suas concorrentes de maior dimensão, como podemos observar no quadro 2.

Quadro 2 – Custos de cumprimento do imposto sobre os lucros das empresas na União Europeia (em milhões de Euros e em percentagem)

Empresas	Custo médio de cumprimento (1 000 Euros)	Custo de cumprimento em % de imposto pago	Custo de cumprimento em % de volume negócios
Pequenas e Médias Empresas	203	30,9	2,6
Empresas grande dimensão	1 460	1,9	0,02

Fonte: Comissão Europeia (2004), Op. cit., p. 23.

¹⁷ Evans, Chris et. al. (2000), “Tax compliance costs: research methodology and empirical evidence from Australia”, in: *National Tax Journal*, Volume 53, n. 2, p. 320-345.

¹⁸ Comissão Europeia (2004), “European tax survey”, Working Paper, n. 3, in: http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/taxation.htm

Em Portugal, num estudo realizado em 2007, chegámos a resultados semelhantes dos obtidos internacionalmente. Vejamos, pois, no quadro seguinte.

Quadro 3 – Custo médio total de cumprimento fiscal, em IRC, em percentagem do volume de negócios

Custos de cumprimento das empresas	Volume de negócios (em milhões de Euros)				
	<2	2-10	10-50	>50	Média
Custo total de cumprimento	11 739	32 413	65 844	97 414	37 860
Custos de cumprimento (CC) em percentagem do VN	5,27	0,89	0,35	0,05	2,48

Fonte: Lopes, Cidália (2008), Op. cit., p. 367

Os resultados dos estudos apresentados acerca da incidência relativa dos custos de cumprimento das empresas são semelhantes e vão no sentido da regressividade desses custos.

Existem várias razões responsáveis pela regressividade dos custos de cumprimento das empresas¹⁹.

O primeiro motivo assenta na complexidade das diferentes estruturas fiscais. Para o cumprimento fiscal das obrigações tributárias, as pequenas empresas, com rendimentos de origem profissional ou empresarial, necessitam de dispor de um conjunto de informações e conhecimentos fiscais, ou, então, de recursos monetários para recorrer à ajuda externa, o que não acontece, com muita frequência, neste tipo de empresas. Esta situação implica que dediquem mais tempo às tarefas do cumprimento fiscal.

O segundo motivo que poderá explicar a regressividade dos custos de cumprimento do sistema tributário prende-se com as oportunidades oferecidas para o planeamento fiscal. Na verdade, são as grandes empresas que, regra geral, têm esquemas de planeamento fiscal mais agressivo, beneficiando, assim, de maiores deduções, o que lhes permite poupar mais nos seus impostos. Esta situação pode conduzir a uma distribuição regressiva dos custos de cumprimento das empresas.

Uma questão preocupante é que a regressividade dos custos de cumprimento tende a ser maior na actual conjuntura de crise, em resultado da diminuição do rendimento disponível das empresas, as quais não conseguem, muitas vezes, recorrer a ajuda profissionalizada.

¹⁹ Comissão Europeia (2004), “European tax survey”, Working Paper, n.º 3, in: http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/taxation.htm

A literatura mais recente tem, todavia, sublinhado que a distribuição regressiva dos custos de cumprimento pode ser compensada pelos “benefícios” resultantes do cumprimento fiscal, em especial, nas Pequenas e Médias Empresas (PME)²⁰. Esta conclusão pode, na verdade, questionar, o único resultado unânime a que muitos estudos internacionais chegaram aquando da quantificação dos seus custos de cumprimento.

Na secção seguinte, identificamos e analisamos os benefícios resultantes do cumprimento fiscal.

2.4 Os benefícios decorrentes do cumprimento fiscal

Das exigências fiscais não resultam apenas custos, existem, também, alguns benefícios, os quais a literatura tem enfatizado mais recentemente.²¹

Trata-se, em primeiro lugar, dos benefícios de *cash flow*, os quais resultam de as empresas usufruírem, durante um certo período, dos impostos antes da sua entrega ao Estado. Em segundo lugar, temos, ainda, os benefícios de gestão, os quais são obtidos pela imposição das obrigações fiscais, as quais obrigam à introdução de alguma disciplina no processo de gestão das empresas, em particular nas pequenas empresas.

No que diz respeito aos benefícios de *cash flow*, são apenas transferências entre os sectores público e privado da economia. Na verdade, o benefício de *cash flow* significa que a empresa recebe do Estado um “empréstimo livre de encargos”, ao qual está associado um determinado custo de oportunidade para o sector público.

Esta situação pode ser particularmente relevante para indivíduos e empresas nos casos, por exemplo, em que existe a possibilidade legal de dispor, durante um certo período de tempo, dos impostos cobrados aos consumidores dos seus produtos, ou dos impostos retidos na fonte sobre os rendimentos do trabalho ou capital, antes da sua entrega nos cofres públicos. Trata-se, portanto, de um benefício em termos de fluxo de caixa (*cash flow*).

Na verdade, a determinados impostos sobre o rendimento ou o consumo estão associados benefícios de *cash flow*, os quais derivam do facto de as empresas usufruírem, durante um certo período, dos impostos antes da sua entrega ao Estado. Estes benefícios são, na verdade, muito explícitos em sede de imposto sobre o valor acrescentado (IVA), uma vez que o processo de recolha

20 A este respeito, Slemrod (2004) acrescenta, ainda, que os maiores custos de cumprimento incorridos nesta categoria de empresas são compensados também por uma maior taxa de evasão fiscal. Cfr. AARON, Henry J.; SLEMROD, Joel (Eds.) (2004), *The Crisis in Tax Administration*, Washington, Brookings Institution Press.

21 Lignier, Philip (2006), “The costs and benefits of complying with the tax system and their impact on the Financial Management of the Small Firm”, in: *Journal of the Australian Tax Teachers Association*, Volume 2, n.º 1, p. 121- 143; Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *eJournal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, p. 106-133.

do imposto pode proporcionar às empresas benefícios de *cash flow* resultantes de as mesmas usufruírem do montante dos impostos “livre de encargos” até ao pagamento do imposto.

Assim, nesta linha, os custos de cumprimento das empresas, individuais e colectivas, obtêm-se através da seguinte fórmula:

CUSTOS DE CUMPRIMENTO
=
TEMPO DESPENDIDO CUMPRIMENTO + HONORÁRIOS + DESPESAS GERAIS – BENEFÍCIOS DE <i>CASH FLOW</i>

Os custos de cumprimento líquidos são os obtidos pela diferença entre os custos e o valor do benefício de *cash flow*. Na literatura fiscal, quando o conceito de custos de cumprimento é usado simplesmente, sem qualquer adjectivo, refere-se aos custos de cumprimento brutos.

O primeiro autor a sublinhar a importância dos benefícios de *cash flow* na investigação dos custos de cumprimento foi Sandford, no seu estudo de 1981 acerca dos custos e benefícios resultantes da introdução do IVA, no Reino Unido²².

Quadro 4 – Benefícios de cash flow resultantes da introdução do IVA (£ milhões)

Custos de cumprimento	Volume de Negócios (£ milhões)						Total
	0-10	≥10-20	≥20-50	≥50-100	≥100-1000	≥1000	
Custos de cumprimento	29,0	49,7	88,5	69,3	105,6	49,9	392,0
Cash Flow Benefits	0,2	0,7	1,7	1,9	2,2	49,4	56,1
Custos de cumprimento líquidos	28,8	49,0	86,8	67,4	103,4	0,5	335,9

Fonte: Sandford et al (1981), Op. cit. p. 98.

Estudos posteriores não manifestaram muita preocupação na quantificação dos benefícios de *cash flow*, não os considerando de todo nas suas estimativas. É na Austrália, todavia, que os benefícios de *cash flow* e a sua quantificação têm merecido mais atenção. Assim, vejamos, novamente, alguns desses resultados obtidos por Chris Evans²³, no quadro seguinte:

²² Sandford, Cedric; Godwin, Michael; Hardwick, Peter; Butterworth, Ian (1981), *Costs and Benefits of VAT*, London, Heinemann, pp. 75-96.

²³ Evans, Chris, *et. al.* (2000); "Taxation compliance costs: some lessons from "down-under"; in: *British Tax Review*, n. ° 4, Sweet&Maxwell, pp. 244-271.

Quadro 5 – Custos de cumprimento de acordo com a dimensão da empresa na Austrália

Categoria de empresa	Pequena	Média	Grande
Custos de Cumprimento	1707	8 784	91 864
Cash Flow Benefits (CFB)	(113)	(1 016)	(96 963)
CC % Volume de Negócios	24%	0,98%	(0,60)

Fonte: Evans et. al. (2000), Op. cit., p. 344.

Observamos que os benefícios de *cash flow* assumem uma importância grande nas empresas de maior dimensão, conduzindo, muitas vezes, a custos de cumprimento líquidos negativos nesta categoria de empresas. Neste caso, parece que os benefícios compensam, efectivamente, os custos de cumprimento fiscal.

Por sua vez, e no que diz respeito aos benefícios de gestão, estes traduzem-se, como já referido anteriormente, nas vantagens associadas a maior capacidade de gestão nas empresas. Na verdade, as exigências fiscais têm virtudes pedagógicas, ao incentivarem os empresários a dotar-se dos instrumentos de informação necessários para uma boa gestão.

Existe uma diferença importante entre as duas formas de “benefício”, isto é, entre o benefício de *cash flow* e o benefício da capacidade de gestão. Ambos podem constituir vantagens para as empresas, mas só os segundos, isto é, os de “melhoria de gestão”, representam uma poupança de recursos, do ponto de vista da economia. Assim, e uma vez que as exigências fiscais obrigam o contribuinte a preparar-se para as cumprir, sem recorrer a ajuda externa, existirão potenciais poupanças nos honorários a pagar aos profissionais fiscais.

Os benefícios de gestão introduzidos pelo cumprimento fiscal resultam, pois, de melhorias no sistema de informação e na tomada de decisões, no controlo de stocks e, também, numa possível poupança de recursos nas empresas.

Como medir e quantificar os benefícios de gestão?

Existem alguns problemas na medição e avaliação dos benefícios de gestão resultantes das imposições fiscais.²⁴

O primeiro resulta de as tarefas fiscais serem realizadas em simultâneo com as contabilísticas, em especial, nas pequenas e médias empresas (PME). Por sua vez, para uma grande empresa é mais eficiente separar o departamento contabilístico do fiscal, dado que a este último é necessário dedicar uma atenção acrescida. Assim, nas empresas de maior dimensão, dotadas por regra de um departamento

24 Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *eJournal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, p. 106-133; Lignier, Philip (2006), “The costs and benefits of complying with the tax system and their impact on the Financial Management of the Small Firm”, in: *Journal of the Australian Tax Teachers Association*, Volume 2, n.º 1, p. 121- 143.

fiscal e de uma boa estrutura organizacional, os benefícios de gestão não são, em princípio, tão expressivos como nas suas concorrentes de menor dimensão.²⁵

O segundo problema está relacionado com a percepção que o próprio contribuinte tem do sistema fiscal e das tarefas associadas ao cumprimento fiscal. Num extremo, temos as empresas que consideram que todo o custo contabilístico é um custo fiscal pois só possuem contabilidade para efeitos fiscais. Neste caso, qualquer uso de informação fornecida para outros efeitos que não os fiscais deve ser vista como um benefício de gestão imposto pelas exigências fiscais. No outro extremo, estão as empresas que consideram que os custos de cumprimento dos impostos sobre o rendimento são mínimos ou insignificantes, uma vez que os custos que incorrem na empresa são contabilísticos e já existiam independentemente das obrigações em sede de impostos sobre o rendimento. Neste caso, os benefícios de gestão são insignificantes.²⁶

Assim, os estudos com evidência empírica dos benefícios de gestão nas empresas foram e ainda hoje são praticamente inexistentes.

O estudo de Sandford et al. (1981), foi a primeira tentativa de quantificar os benefícios de gestão. Os proprietários das empresas (2.232 empresas) responderam acerca do número de benefícios que, segundo a sua opinião, resultaram da introdução do IVA.²⁷

Quadro 6 – Os benefícios do cumprimento do IVA, em percentagem, no Reino Unido

Custos de cumprimento	Volume de negócios (milhões de Libras)						Total
	0-10	≥10-20	≥20-50	≥50-100	≥100-1000	≥1000	
0	4,8	7,1	8,1	6,5	8,2	12,7	47,5
1	2,7	3,2	3,6	3,2	3,7	5,4	21,8
2	2,3	2,6	3,3	2,1	2,5	1,6	14,4
3	1,6	1,7	1,7	1,3	1,0	0,7	8,0
4	1,2	1,0	1,1	0,7	0,6	0,1	4,7
≥ 4	0,6	0,7	0,8	0,7	0,6	0,2	3,6
Total*	8,4	9,2	10,5	8,0	8,4	8,0	52,5

* A coluna do total exclui aqueles que consideram não existir qualquer benefício

Fonte: Sandford et al (1981), Op. cit., p. 94.

25 As empresas de maior dimensão possuem contabilidade não só por razões fiscais, mas sobretudo por motivos legais, comerciais e de gestão. Estas sociedades são obrigadas, por imposição legal, a publicar relatórios anuais de contas, para benefício e uso dos seus accionistas e, assim, podem, em qualquer caso, recolher a informação com objectivos extra-fiscais, isto é, negociais, de desenvolvimento e expansão da empresa.

26 Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *eJournal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, p. 106-133; Lignier, Philip (2006), “The costs and benefits of complying with the tax system and their impact on the Financial Management of the Small Firm”, in: *Journal of the Australian Tax Teachers Association*, Volume 2, n.º 1, p. 121- 143.

27 Sandford, Cedric; Godwin, Michael; Hardwick, Peter; Butterworth, Ian (1981), *Costs and Benefits of VAT*. London: Heinemann, p. 75-96.

Na análise do quadro acima observamos que 47% dos inquiridos não consideram existir qualquer benefício, enquanto 53% dos contribuintes afirmam existir pelo menos um benefício do cumprimento do IVA. Não podemos, todavia, ignorar o facto de na análise constarem todos os benefícios, quer os de *cash flow*, quer os de gestão.

É, ainda, de salientar que as empresas que consideram existir mais benefícios são as pequenas e médias empresas (PME) por comparação com as suas concorrentes de maior dimensão (Volume de Negócios \geq £1000). Na realidade, as suas concorrentes de maior dimensão têm departamentos contabilísticos e fiscais, os quais são responsáveis pela preparação de toda a informação contabilística, de gestão e de auditoria para outros fins que não os exclusivamente fiscais.

Mais tarde, em 1995, Evans et al.²⁸ observaram que apenas para uma pequena maioria dos proprietários das PME as exigências fiscais do imposto sobre o rendimento ajudavam a introduzir disciplina e melhorias na gestão das empresas.

Em 2003, um estudo realizado pela CPA Austrália observou que para 75% dos proprietários das PME as obrigações fiscais funcionavam como um incentivo para introduzir melhorias no arquivo, no controlo de stocks e na gestão da empresa. Se assim não fosse, não usufruiriam de um sistema de informação e gestão organizado e estruturado.²⁹

Parece, todavia, não existir muita coerência entre os resultados obtidos nos dois estudos realizados na Austrália.

Mais recentemente, em 2009, Lignier, também na Austrália, mediu e avaliou, de forma qualitativa, os benefícios de gestão. Concluiu, pois, no sentido da regressividade dos benefícios de gestão, à semelhança dos resultados obtidos na literatura internacional acerca dos custos de cumprimento.³⁰

Inicialmente, os proprietários das empresas foram convidados a responder à seguinte questão: *Complying with tax obligations has benefits that compensate some of the costs.*

28 Evans, C.; Ritchie, T.; Tran-Nam; Walpole, M.; (1996) *A Report into Incremental Costs of Taxpayer Compliance*.

29 CPA Austrália (2003), *Small Business Survey Program: Compliance burden* (CPA Austrália), p. 17, citado por Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *Journal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, p. 106-133

30 Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *eJournal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, p. 106-133.

Quadro 7 – Percepção dos benefícios de gestão nas PME na Austrália

Opinião	Numero de empregados			
	0	1-4	≥5	Total
Concorda	48	31	45	40
Não Concorda	30	36	22	29
Indiferente	23	34	33	32
Total	100	100	100	100

Fonte: Lignier, Philip (2009), Op. cit.

Da análise do quadro, observa-se que a percentagem que concorda com a existência de benefícios de gestão (40%) é maior do que a percentagem que não concorda (32%). Estes resultados parecem, assim, ser indicadores da existência de, pelo menos, alguns benefícios decorrentes das obrigações fiscais. Vejamos, pois, no quadro seguinte, a comparação entre os dois estudos realizados, até ao momento, mais recentemente, na literatura internacional, acerca da percepção dos benefícios do cumprimento fiscal.³¹

Quadro 8 – Percepção dos benefícios de gestão nas pequenas empresas na Austrália

Benefícios de gestão	Inquiridos que concordam com os benefícios de gestão (em percentagem) Lignier 2007	Inquiridos que concordam que existem benefícios de gestão (em percentagem) Evans 1995
Melhoria no arquivo	72	50
Melhor conhecimento da posição financeira	66	37
Melhor conhecimento do sistema de informação	63	37
Melhor gestão dos cash flows	58	34
Melhor controlo de stocks	31	15
Melhor tomada de decisões	47	N/A

Fonte: Lignier, Philip (2009), Op. cit.

Os resultados de ambos os estudos são comparáveis, na medida em que contêm perguntas similares. Assim, a comparação dos resultados sugere, desde

³¹ Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *Journal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, p. 106-133.

logo, que, na actualidade, existe uma maioria de inquiridos que concorda com a existência dos benefícios de gestão. Verifica-se, então, uma percepção crescente, da parte dos contribuintes, dos benefícios de gestão introduzidos pela disciplina do cumprimento das obrigações fiscais.

A avaliação dos benefícios de gestão, porém, acarreta alguns problemas de medição, na medida em que se baseia em percepções e, portanto, em avaliações subjectivas dos contribuintes, não constituindo, muitas vezes, um indicador satisfatório de medição. Não são mais do que uma avaliação subjectiva em que factores, pessoais e outros influenciam a percepção dos pequenos empresários acerca dos benefícios do cumprimento fiscal. São disso exemplo a idade, o nível de instrução, os conhecimentos de contabilidade e a experiência de negócios do proprietário da empresa.

O problema de medição da percepção dos benefícios de gestão pode, todavia, segundo Lignier³², ser sustentado recorrendo à teoria da utilidade marginal.

Assim, o valor dos benefícios de gestão resulta da utilidade marginal obtida pelo uso de informação financeira adicional por parte do contribuinte. À medida que aumenta uma unidade adicional de informação contabilística, diminui a utilidade marginal resultante do uso adicional dessa informação pelo contribuinte. Quer-se com isto dizer que uma empresa onde não exista antecipadamente um sistema de informação financeira e contabilística é susceptível de incorrer em mais benefícios de gestão, resultantes do uso dessa informação, impostos pelas obrigações fiscais, em relação a uma empresa onde a contabilidade, enquanto sistema de informação, já esteja devidamente implantada.

A existência de benefícios de gestão e a sua magnitude depende sempre, na prática, da forma como o sistema de informação financeira e contabilística é avaliado pelo proprietário da empresa. No limite, se o proprietário não atribui qualquer valor ao sistema de informação contabilístico e financeiro, quer porque este não é fundamental para a tomada de decisões, quer simplesmente porque o percebe como irrelevante, o seu valor subjectivo é zero.

Segundo Lignier, os benefícios de gestão podem, também, ser avaliados de forma objectiva, não obstante a avaliação da percepção destes benefícios pelo proprietário da empresa. Segundo o mesmo autor, os benefícios de gestão podem ser representados pelo ganho económico resultante da mais eficiente performance das empresas, a qual resulta de uma melhoria na tomada de decisões. Ainda assim, não deixa de ser um facto que a realização destes ganhos depende da forma como o proprietário da empresa usa o sistema de informação financeira e contabilística. Deste modo, se o proprietário da empresa não atribui importância aos potenciais

³² Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *Journal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, p. 106-133.

benefícios resultantes do uso do sistema de informação contabilística, os benefícios de gestão são irrelevantes. Mais ainda, o proprietário da empresa pode não reconhecer os ganhos da melhoria da performance da empresa aos benefícios de gestão resultantes das obrigações fiscais.

O estudo dos benefícios de gestão no cumprimento das obrigações fiscais encontra-se, assim, numa fase pioneira de investigação no que se refere à sua avaliação e impacto na política fiscal dos custos.

A este propósito a teoria dos benefícios de gestão leva-nos a reflectir sobre as possíveis consequências da introdução, em Portugal, do regime contabilístico das Micro Entidades. Vejamos porquê.

Segundo este regime, as entidades com total de balanço inferior a 500 000 Euros, com um total de volume de negócios inferior a 1 000 000 Euros e um número de trabalhadores inferior a 5, podem optar pelo regime das Micro Entidades, o qual prevê a criação de um regime especial simplificado para das normas e informações contabilísticas, bem como a dispensa, no todo ou em parte, de obrigações declarativas e de registo.³³

A justificação para a introdução do regime das Micro Entidades prende-se, pois, com questões relacionadas com custos de cumprimento e administrativos, dado que o objectivo deste regime é, ao isentar as Micro Entidades da obrigatoriedade de contabilidade organizada, aligeirar a sua carga burocrática³⁴.

Entendemos, porém, e atendendo à teoria dos benefícios de gestão, que um regime desta natureza pode trazer consequências graves para a competitividade desta categoria de empresas, não obstante o argumento de diminuição do peso burocrático.

Se é verdade que regimes desta natureza diminuem a carga burocrática desta categoria de empresas, não é menos verdade que os mesmos não incentivam estas mesmas empresas a crescer no mesmo ambiente empresarial das suas concorrentes de maior dimensão. E, como é sabido, são as exigências contabilísticas e fiscais que introduzem disciplina no processo de gestão das PME, permitindo-lhe, deste modo, crescer.

Acresce, ainda, que os benefícios de gestão, ao contrário dos benefícios de *cash flow*, tendem a ser regressivos, dado que são as pequenas empresas que mais

33 Lei n.º 35/2010, de 2 de Setembro.

34 Não podemos ainda deixar de referir um argumento defendido, entre nós, por Ana Maria Rodrigues, de que a prestação de contas nas pequenas entidades é o preço a pagar pela limitação da responsabilidade dos seus sócios, principalmente quando optam por tipos de sociedades designadas de capitais. Assim, subjacente a qualquer medida de simplificação não se pode deixar de atender à protecção do ente societário e aos interesses de terceiros que interajam com estas entidades e que importam tutelar. Ver: Rodrigues, Ana Maria Gomes (2010); “Modelos de Relato Financeiro em Portugal - o caso das PME”, in. Comunicação: *A Contabilidade, a Fiscalidade, a Gestão e a Banca nas PME*, apresentada no ISCAC, no dia 29 de Outubro de 2010.

usufruem deste benefício de gestão, o qual é impulsionado pelo cumprimento das obrigações fiscais.

Assim, podemos, em síntese, concluir que os benefícios de gestão, introduzidos pela disciplina do cumprimento fiscal, têm uma importância crucial no desenvolvimento e crescimento das pequenas empresas. Ao invés, os benefícios de *cash flow* assumem uma maior importância nas grandes empresas por comparação com as suas concorrentes de menor dimensão.

Este argumento dos benefícios de gestão atenua, assim, a distribuição regressiva dos custos de cumprimento, os quais incidem proporcionalmente mais sobre a categoria de empresas de menor dimensão.

Perante este cenário, de balanço de custos e benefícios introduzidos pelas obrigações fiscais, é pertinente pôr a seguinte questão:

Os custos de cumprimento das obrigações tributárias deverão incidir mais sobre o sector público ou sobre o sector privado?

É da resposta a esta questão que nos ocuparemos na secção seguinte.

3 Custos de cumprimento: sector público ou sector privado?

A questão fundamental aqui reside em saber se, e em que medida, as tarefas de cumprimento fiscal devem ser desempenhadas pelo Estado/Administração fiscal ou, ao invés, pelos contribuintes.

Segundo Saldanha Sanches (2010), estamos perante uma falsa dicotomia, pois todas as tarefas que incumbem ao Estado implicam um custo, o qual vai ser suportado pelo contribuinte.³⁵

Assim sendo, o que pretendemos saber então é qual a forma mais eficiente de cobrar impostos com o mínimo de custo.

Assim, para conseguir a minimização dos custos de tributação pode recomendar-se que a repartição dos referidos custos se oriente no sentido de mais elevados custos de administração e menores custos de cumprimento, para um mesmo nível de custos de funcionamento do sistema fiscal³⁶. É que, se quanto aos custos de administração se pode considerar que os mesmos serão distribuídos entre os indivíduos segundo a forma socialmente considerada mais desejável de repartição da carga fiscal, os custos de cumprimento, pelo contrário, incidem e são suportados, muitas vezes, de forma regressiva, sobrecarregando mais, em

35 Saldanha Sanches, José Luís (2010), *Justiça Tributária*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, pp. 53 e ss.

36 Gomes Santos, José Carlos (1995), “Uma visão integrada dos custos associados ao financiamento público através de impostos – o caso dos custos de eficiência, administração e cumprimento”, in: *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 378, p. 31-59.

termos relativos, os contribuintes de menor capacidade económica e as empresas de menor dimensão.

Tal deverá ser ponderado tendo em conta que, por mais transparentes que sejam, os custos de cumprimento tendem a gerar maiores ressentimentos e resistências do que os custos de administração. Esta situação pode conduzir a comportamentos anti-sociais acrescidos, com aumento da evasão e da economia paralela, além de aumentar os custos psicológicos da tributação.

A teoria dos benefícios de gestão acrescenta, todavia, novos elementos nesta discussão ao questionar a distribuição regressiva dos custos de cumprimento, a qual é claramente compensada pela distribuição regressiva dos benefícios de gestão nas PME.

4 Considerações finais

Do cumprimento das obrigações fiscais não decorrem só custos. É também possível isolar alguns benefícios resultantes do conjunto de obrigações a que a legislação fiscal normalmente sujeita os contribuintes.

Trata-se, em primeiro lugar, dos benefícios de *cash flow*, os quais resultam de as empresas usufruírem, durante um certo período, dos impostos antes da sua entrega ao Estado. Em segundo lugar, temos os benefícios de gestão, os quais resultam de alguma disciplina de gestão introduzida pelo cumprimento das obrigações fiscais nas PME.

Observámos que os benefícios de *cash flow* assumem um papel importante nas grandes empresas, podendo mesmo nesta categoria de empresas obter custos de cumprimento negativos. Por sua vez, a percepção dos benefícios de gestão é maior nas pequenas unidades empresariais.

A distribuição regressiva dos custos de cumprimento nas pequenas empresas é compensada, em parte, por um nível mais elevado de benefícios de gestão.

Atendendo a estes argumentos introduzidos pela teoria dos benefícios de gestão, a discussão acerca da incidência dos custos da tributação – sector público ou sector privado – encontra-se longe de estar resolvida, sendo cada vez mais pertinente desenvolver estudos de investigação futura nesta matéria.

Referências

AARON, Henry J.; SLEMMOD, Joel (Eds) (2004), *The Crisis in Tax Administration*. Washington, Brookings Institution Press.

BARTLEY, Scott (2010), “Tax system complexity and compliance – some theoretical considerations” (online), in: *Economic round – up*. Winter 2005, pp. 53-68.

- Comissão Europeia (2004), “European tax survey”, *Working Paper*, n.º 3, in: http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/taxation.htm
- Comissão Europeia (2004), “European tax survey”, *Working Paper*, n.º 3, in: http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/taxation/taxation.htm
- CPA Austrália (2003), *Small Business Survey Program: Compliance burden* (CPA Austrália), pp. 17, citado por Lignier, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, *Journal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, pp. 106-133.
- DEAN, Peter, (1973), *Some Aspects of Tax Operating Costs with Particular Reference to Personal Taxation in the United Kingdom*, PhD Dissertation. Bath: Bath University, pp. 112.
- EVANS, Chris *et. al.* (2000), “Tax compliance costs: research methodology and empirical evidence from Australia”, *National Tax Journal*, Volume 53; n.º 2, pp. 320-345.
- EVANS, C.; Ritchie, T.; Tran-Nam; Walpole, M.; (1996) *A Report into Incremental Costs of Taxpayer Compliance*.
- EVANS, Chris, *et. al.* (2000); “Taxation compliance costs: some lessons from “down-under”; in: *British Tax Review*, n.º 4, Sweet&Maxwell, pp. 244-271.
- GOMES SANTOS, José Carlos. Uma visão integrada dos custos associados ao financiamento público através de impostos – o caso dos custos de eficiência, administração e cumprimento, in: *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 378, 1995, pp. 31-59.
- GOMES SANTOS, José Carlos. *Equidade fiscal revisitada*, in: *Homenagem José Guilherme Xavier de Basto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- LANG, Michael et al (Eds) (2008), *Tax compliance costs for companies in na Enlarged European Community*. Netherlands: Kluwer Law International. Lei n.º 35/2010, de 2 de Setembro.
- LIGNIER, Philip (2006), “The costs and benefits of complying with the tax system and their impact on the Financial Management of the Small Firm”, *Journal of the Australian Tax Teachers Association*, Volume 2, n.º 1, pp. 121- 143.
- LIGNIER, Philip (2009), “The managerial benefits of tax compliance: perception by small business taxpayers”, in: *eJournal of Tax Research*, Volume 7, n.º 2, pp. 106-133.
- LOPES, Cidália Maria da Mota (2008), *Quanto custa pagar impostos em Portugal – Os custos da tributação do rendimento*. Coimbra: Almedina.
- MALTA, Giavany *et al* (2008), “Custos de conformidade à tributação: uma análise de percepção dos gestores e colaboradores de uma empresa”, *ABCustos Associação Brasileira de Custos*, volume III, n.º 3, pp. 1-23.
- NOBES, Christopher (2000), *The Economics of Taxation - Principles, Policy and Practice*. London: Pearson Education, pp. 38-42.
- OCDE (2004), *Tax administration in OCDE countries: comparative information series*. Paris: Centre for Tax Policy and Administration - OCDE Publications.
- OLIVER, Tracy; Bartley, Scott (2010), “Tax system complexity and compliance – some theoretical considerations” (online), in: *Economic round – up*. Winter 2005, pp. 53-68.

PREBBLE, John (2000), “Evaluation of the New Zealand Income Tax Law Rewrite Project from a Compliance Cost Perspective”, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Volume 54, n.º 6, pp. 290-299.

RODRIGUES, Ana Maria Gomes (2010), “Modelos de Relato Financeiro em Portugal - o caso das PME”, in. Comunicação: *A Contabilidade, a Fiscalidade, a Gestão e a Banca nas PME*, apresentada no ISCAC, no dia 29 de Outubro de 2010.

SALDANHA SANCHES, José Luís (2010), *Justiça Tributária*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, pp. 53 e ss.

SANDFORD, Cedric (1973), *Hidden Costs of Taxation*. London: Institute for Fiscal Studies, pp. 10.

SANDFORD, Cedric; Godwin, Michael; Hardwick, Peter; Butterworth, Ian (1981), *Costs and Benefits of VAT*, London, Heinemann, pp. 75-96.

SANDFORD, Cedric; Godwin, Michael; Hardwick, Peter (1989), *Administrative and Compliance Costs of Taxation*. Bath: Fiscal Publications, p. 12.

SANDFORD, Cedric, (1995), *Tax Compliance Costs - Measurement and Policy*. Bath: Fiscal Publications.

SANDFORD, Cedric (2000), *Why Tax Systems Differ? - A Comparative Study of the Political Economy of Taxation*. Bath: Fiscal Publications.

SLEMROD, Joel; Yitzhaki, Shlomo (2000), “Tax Avoidance, Evasion, and Administration”, *Working Paper 7473*, in: www.nber.org/org/papers/w7473, 76 pp.

SMITH, Adam (1776), *An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations*. Tradução portuguesa: Smith, Adam (1983) *Riqueza das Nações*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 485-489.

VASQUES, Sérgio (2010), “Igualdade e Coerência na Fiscalidade de Crise”, *Conferência Crise, Justiça Social e Finanças Públicas*. Lisboa: Almedina, pp. 351.

WALLSCHUTZKY, Ian; Simon, James (1997), “Tax law improvement in Australia and the UK: The need for a strategy for simplification”, in *Fiscal Studies*. Volume 18, n.º 4, pp. 445 – 460.

Recebido em 29/10/2012

Aceito para publicação em 09/11/2012

O ESTADO PORTUGUÊS NA ENCRUZILHADA: BENS PÚBLICOS, DIREITOS SOCIAIS, LIBERDADE E QUALIDADE DA DEMOCRACIA

THE PORTUGUESE STATE AT A TURNING POINT: PUBLIC
GOODS, SOCIAL RIGHTS, FREEDOM
AND DEMOCRACY QUALITY

Maria Eduarda Gonçalves¹
João Pato²
António Carlos dos Santos³

Sumário

1. Introdução. 2. Evolução das funções do Estado. 2.1. De Estado produtor a Estado “predador”? 2.2. Bens públicos e papel do Estado. 3. Revalorizar o Estado de Direito. 3.1. Repor os direitos fundamentais na agenda política. 3.2. Reforço da segurança e da vigilância policial: as liberdades em risco? 4. Fundamentação e transparência das decisões públicas. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Evolution of state jobs. 2.1. From producer state to “predator” state? 2.2. Public goods and the role of state. 3. Revalue the rule of law. 3.1. Replace fundamental rights on the political agenda. 3.2. Security and police surveillance enhancement: freedom at risk? 4. Grounds and transparencies for public decisions. 5. Final remarks. References.

Resumo

As respostas à crise financeira que assola diferentes países europeus, incluindo Portugal, têm privilegiado as políticas de austeridade assentes em cortes de despesa pública e aumento de impostos. Em Portugal, a crise tem justificado inclusive “reformas estruturais” envolvendo privatizações em sectores estratégicos e desinvestimento nos sectores da educação e da saúde públicas, entre outros, pondo em risco direitos sociais e, em última

1 Professora catedrática do ISCTE - Instituto Universitário de Lisboa e catedrática convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Investigadora do DINAMIA'CET, ISCTE-IUL.

2 Sociólogo, investigador do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa (ICS-UL) entre 2002 e 2012, visiting fellow na Netherlands Environmental Assessment Agency em 2011.

3 Professor da Universidade Autónoma de Lisboa, membro do IDEFF / Faculdade de Direito de Lisboa, do SOCIUS / Instituto Superior de Economia e Gestão, e do VAT Expert Group da Comissão Europeia.

análise, os princípios do Estado de direito democrático. O presente artigo discute estas tendências à luz da teoria dos bens públicos e da evolução histórica do papel do Estado na economia. Considerando que as funções do Estado destinadas a promover o desenvolvimento económico e o bem-estar social, representam um prolongamento da razão de ser do próprio Estado, como garante do bem comum, defendemos a importância de revalorizar os direitos fundamentais como imperativos éticos e pilares essenciais do Estado de direito, especialmente em contexto de crise. Nesta matéria, as responsabilidades do Estado devem, julgamos, expressar-se em deveres precisos, expondo não só politicamente, mas também juridicamente o Estado pelo seu não cumprimento. As circunstâncias atuais impõem inclusive uma maior exigência à fundamentação e à transparência das orientações fundamentais das políticas públicas.

Palavras-chave: Bens públicos. Papel do Estado na economia. Responsabilidades do Estado.

Abstract

The response to the financial crises that presently distress several European countries has favoured austerity policies relying on cuts of public expenditure and higher taxes. In Portugal, the current crisis has also justified the so-called “structural reforms” involving privatisations in strategic domains and disinvestment in the public educational and health sectors, among others, threatening social rights and eventually the rule of law and democracy. This article discusses some of these trends in the light of the theory of public goods and of the historical evolution of the economic role of state. Considering that the functions of state designed to promote economic development and society’s well-being ultimately represent a prolongation of the state reason for existing as a guardian of public good, we underline the importance of re-valuing fundamental rights as ethical imperatives and essential pillars of the rule of law, especially in a crisis context. Accordingly, state responsibilities should be defined in a more precise way, and its accomplishment rendered not only politically but also legally accountable. Likewise, current circumstances do require rather more accurate groundings and transparency of the fundamental choices underlying public policies.

Key words: Public goods. The role of state in the economy. State responsibilities.

1 Introdução

O Estado encontra-se no centro da atual crise financeira e económica, bem como das formas de a resolver⁴. Em Portugal, o governo presentemente em

⁴ A crise teve início nos Estados Unidos da América em 2007 como crise do sistema financeiro, alastrou-se como crise económica e social, converteu-se em crise das dívidas soberanas (e, conseqüentemente, em crise política). A União Europeia e os seus Estados membros não têm até agora encontrado solução para estas crises que fustigam de forma mais intensa a Grécia, a Irlanda, Portugal, Chipre, e, recentemente, também a Espanha, ameaçando a Itália e outros países. A bibliografia sobre esta crise é já vastíssima. Em português, é de salientar o recente livro de P. Krugman, *Acabem com esta Crise Já*, Lisboa: Presença, 2012, e os textos de autores portugueses como F. Louçã e M. Mortágua, *A Dividadura – Portugal na Crise do Euro*,

funções (um governo conservador, constituído por uma coligação entre o Partido Social Democrata - PSD e o Centro Democrático Social - CDS) tem apostado, para combater a crise, na realização de “reformas estruturais” envolvendo novas revisões da lei do trabalho, privatizações das empresas públicas que até agora se mantêm em sectores estratégicos (energia; serviços de águas e saneamento; comunicação social; transporte aéreo), desinvestimento nos serviços públicos de educação e de saúde e, em geral, uma intensificação do processo de liberalização económica e redução da despesa pública, acompanhadas de enormes aumentos de impostos e de cortes em remunerações de agentes do setor público e de reformados e pensionistas⁵. Deste modo, ameaça o *Estado democrático de direito e o Estado social* consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP), bem como as possibilidades de desenvolvimento económico e social do país.

Consideramos por isso essencial relançar o debate sobre o papel do Estado, questionando as tendências atuais e propondo outros caminhos para o futuro. O presente documento pretende oferecer alguns elementos de informação e reflexão nesse sentido.

O texto encontra-se estruturado em três secções: numa primeira secção, revisitam-se brevemente a história e a fundamentação teórica da intervenção do Estado na economia, procurando clarificar conceitos centrais como o de bens e serviços públicos e discutir a evolução das “fronteiras” entre o sector público e o sector privado; numa segunda secção, alarga-se o debate aos impactos das políticas de liberalização e privatização sobre princípios e direitos fundamentais; numa terceira secção, afirma-se a exigência de políticas públicas mais transparentes,

Lisboa: Bertrand, 2012; J. Reis e J. Rodrigues, *Portugal e a Europa em Crise – Para acabar com a economia de austeridade*, Lisboa: Actual, *Le Monde Diplomatique*, 2011; B. Sousa Santos, *Portugal – Ensaio contra a Autoflagelação*, Coimbra: Almedina, 2011; J. F. do Amaral et alii, *Financeirização da Economia. A Última Fase do Neoliberalismo*, Lisboa: Livre, 2010; J. M. Rolo, *Labirintos da Crise Financeira Internacional (2007-2010)*, Chamusca: Cosmos, 2010; J. Mota, L. Lopes e M. Antunes, *A Crise da Economia Global. Alguns Elementos de Análise*, Lisboa: Ana Paula Faria Editora, 2009.

5 O atual governo aposta, nas palavras do Primeiro Ministro, Passos Coelho, numa *estratégia de empobrecimento* do país, com políticas de austeridade muito duras. Estas medidas vão bem além das previstas nos *Memorandos de Entendimento sobre os Condicionalismos Específicos de Política Económica* (ME) acordados pelo governo anterior (do Partido Socialista - PS, então em funções de mera gestão): um, com a Comissão Europeia (CE) e o Banco Central Europeu (BCE), em 17 de maio de 2011, e o outro, com o Fundo Monetário Internacional (FMI), em 20 do mesmo mês, – vulgarmente conhecidos por acordos com a *troika* (CE, BCE e FMI). Estes acordos obrigam a um resultado de contenção do défice e da dívida pública dentro dos limites previstos no referido ME e têm em vista a promoção da competitividade, nomeadamente por meio de uma política de reduções salariais. Daqui decorre um Programa de Ajustamento Económico e Financeiro para vigorar entre 2011 e 2014, como forma de acesso a um empréstimo de 78 mil milhões de euros, a conceder durante aquele período, e o acompanhamento permanente da *troika* para verificar se as medidas acordadas estão ou não a ser concretizadas. O ME com o FMI suscita, porém, muitas dúvidas no plano jurídico, analisadas por Eduardo Correia Baptista, “Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 71, n.º 2, 2011, p. 477 e ss., o qual conclui que esse acordo sofre de inconstitucionalidade orgânica e formal, razão pela qual não poderá ser aplicado por qualquer tribunal português (p. 486).

melhor fundamentadas, avaliadas e acompanhadas de procedimentos de responsabilização pela sua aplicação.

2 Evolução das funções do Estado

2.1 De Estado produtor a Estado “predador”?

O debate sobre o papel do Estado opõe tradicionalmente as concepções liberais às concepções socialistas e comunitárias. As primeiras defendem liberdades sem interferência estatal, enquanto as segundas tendem a propor uma intervenção mais ou menos alargada do Estado na vida social e económica, podendo este assumir, inclusivamente, o papel de proprietário e gestor de bens de produção e empresas.

Na realidade, por diversos meios e técnicas (legislativas, administrativas, financeiras), os Estados exercem hoje, de um modo geral, um conjunto de *funções económicas* que a teoria tem agrupado em três vertentes⁶: *afetação* de recursos à provisão de bens e serviços, em especial no caso de “falhas de mercado”⁷; *distribuição*, a fim de corrigir a ineficiência do mercado para operar uma mais justa distribuição de rendimento ou riqueza; e *estabilização*, a fim de promover o alcance de certas metas macroeconómicas (pleno emprego, estabilidade de preços, crescimento económico). Algumas novas necessidades (preservação do ambiente e valorização dos recursos naturais, coesão territorial e social, desenvolvimento) implicam a conjugação de todas as vertentes das funções do Estado.⁸

Nas últimas décadas, as funções produtivas, sociais e mesmo reguladoras do Estado têm, porém, vindo a ser diminuídas por força de um conjunto de fatores económicos (a mundialização e a concentração do poder financeiro), tecnológicos (as novas tecnologias de informação e da comunicação), ideológicos (a crença no mercado, a disseminação das correntes neoliberais), políticos (o fim da guerra fria, a implosão dos regimes do “socialismo real” e a crise dos partidos comunistas e social-democratas, uma certa promiscuidade entre o poder político e o poder económico) e financeiros (o ciberespaço financeiro, a “crise fiscal” do Estado⁹). No contexto da

6 A visão clássica das funções económicas do Estado parte de R. Musgrave, *The Theory of Public Finance: A Study in Public Economy*, New York: McGraw-Hill, 1959.

7 O conceito de “falhas de mercado” presume o ideal de um mercado de concorrência perfeita e de equilíbrio. O Estado é assim visto como um bombeiro que só deve intervir quando o mercado falha. Sobre o conceito, cfr., por todos, J. Stiglitz, *Economics of the Public Sector*, 3. ed. New York: Norton and Company, 2000.

8 O Estado assume hoje outras funções, como as de regulação normativa, de promoção do desenvolvimento, de coesão territorial, etc. que vão para além daquelas funções económicas clássicas.

9 Falar de crise fiscal do Estado significa falar de uma forma de Estado cujo suporte financeiro está essencialmente centrado nos impostos. A noção permite distinguir o Estado fiscal do Estado patrimonial, do Estado coletivista ou do Estado taxador. A sustentabilidade de um Estado assente em impostos tem limites, derivados de fenómenos de vária natureza (económicos, técnicos, políticos, psicológicos, de legitimação,

atual crise, esse movimento tem-se acentuado ainda mais em nome da consolidação orçamental e da estabilidade de preços, acabando as funções do Estado por se cingir, por vezes, na prática, à promoção da “competitividade” e da “produtividade”.

Assim, se subverte um modelo de intervenção pública construído ao longo do século XX, baseado nas políticas e nas despesas públicas como elementos mobilizadores do investimento e da redistribuição do rendimento. O Estado “keynesiano” foi configurado como promotor da estabilização macroeconómica e de redistribuição, tendência intensificada depois da Segunda Guerra mundial, não só reforçando a ação pública na provisão de bens e serviços associados a grandes infraestruturas (v.g. estradas, portos, barragens, água e eletricidade), mas também estendendo a provisão pública à educação, saúde, habitação, serviços sociais e mesmo a um sistema de prestações culturais e desportivas, que fundaram um novo contrato social.

Em vários países da Europa ocidental, no pós-guerra, depois da Revolução de 25 de Abril de 1974, em Portugal, as nacionalizações de empresas deram testemunho de orientações favoráveis à intervenção direta do Estado, mesmo em “economias de mercado”, como meio de controlar empresas em sectores estratégicos e de conter os preços de bens essenciais, assim como de promoção da justiça social pela via dos impostos (progressividade na tributação) e da despesa pública. No entanto, a partir dos anos 1980, as políticas de privatização reconfiguraram, consideravelmente, o papel do Estado¹⁰. Apoiadas na ideologia neoliberal, as privatizações estenderam-se das empresas aos próprios serviços públicos.¹¹

O Estado afirmou-se como regulador, mas também como contratante com o sector privado. Instituíram-se agências reguladoras com estatuto de autonomia ou independência em relação ao Estado, traduzindo um novo tipo de

etc.). Existe crise sempre que a despesa pública (cuja tendência histórica tem sido no sentido do crescimento) mostra dificuldades para ser financiada pelos impostos. O tema tem sido analisado, sob ópticas diferentes, por vários autores, com destaque para J. Schumpeter, em 1918 (“La crise de l’État fiscal” in *Impérialisme et Classes Sociales*, Paris: Flammarion, 1984, p. 229-282) e J. O’Connor, *The Fiscal Crisis of the State*, New York: St Martin’s Press, 1973. Entre nós, sobre o tema, cfr. Casalta Nabais, “Da sustentabilidade do Estado fiscal”, in J. C. Nabais e S. T. da Silva (coord.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 11-59.

10 Vide, entre outros, A. C. Santos, M. E. Gonçalves, M. M. L. Marques, *Direito Económico*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 129 e ss.

11 Neoliberalismo é uma expressão que sintetiza um conglomerado de teorias económicas de inspiração neoclássica (teorias do monetarismo, da eficiência dos mercados financeiros, do princípio da equivalência ricardiana, das expectativas racionais, dos ciclos reais, da ordem espontânea) ou de natureza mais interdisciplinar (teoria da escolha pública) que se opuseram ao keynesianismo, ao marxismo e à economia institucional. É este conglomerado que domina o atual pensamento económico (por isso designado “pensamento único”) e se arvora em norma de transformação da realidade. Neste sentido, o neoliberalismo não é contra a intervenção do Estado em geral, mas defende um Estado mínimo que alargue os pressupostos da esfera do mercado à generalidade do tecido económico e social. Uma excelente crítica aos pressupostos da teoria neoliberal pode ler-se in Há-Joon Chang, *23 Things They Don’t Tell You About Capitalism*, London: Allen Lane, Penguin Books, 2010.

descentralização institucional contendo em si o gérmen do primado da tecnocracia sobre a decisão política democrática. A criação destas agências teve alegadamente em vista libertar as decisões económicas e financeiras da influência política (i.e., dos parlamentos e governos democráticos); mas estas agências têm levantado não raro a suspeita da sua “captura” pelos interesses privados.

Também as parcerias público-privadas (PPP), que tomaram em parte o lugar das tradicionais concessões de obras e serviços públicos, suscitam desconfianças quanto à justeza da repartição dos riscos envolvidos entre as partes pública e privada, em detrimento da primeira.

Será caso para perguntar: estaremos perante o “Estado predador” de que fala James Galbraith, decorrente da “*sistemática exploração das instituições públicas para o benefício privado de alguns*”?¹²

Em suma, a governação atual tem sido de facto orientada para a transferência crescente de funções públicas para o sector privado em moldes que deixam sérias dúvidas quanto às suas consequências na satisfação do interesse geral.

Curiosamente, a crise desencadeada em 2007 gerou inicialmente, com o beneplácito da União Europeia (UE), a crença num “retorno” do Estado, o qual acudiu rapidamente a bancos em dificuldades, acreditando-se que viria aí, pelo menos, um reforço e maior transparência dos mecanismos de regulação do sector financeiro.¹³

Casos como, em Portugal, o do Banco Português de Negócios – BPN ilustraram, contudo, a distorção de sentido da figura da nacionalização nos novos tempos e, de um modo mais geral, a lógica prevalecente de privatização de lucros e socialização de custos, justificada, aliás, naquela instância, por um indemonstrado risco sistémico.

2.2 Bens públicos e papel do Estado

Um dos fundamentos em que assentou historicamente o papel do Estado residiu no reconhecimento da existência de “bens públicos”, i.e. bens, por natureza, não rivais e não exclusivos, ou seja, que são susceptíveis de serem utilizados ou consumidos por toda uma população e insusceptíveis de apropriação privada.

12 James Galbraith, *L'Etat Prédateur: Comment la droite a renoncé au marché libre et pourquoi la gauche devrait en faire autant*, Paris: Seuil, 2009.

13 Cfr., entre outros, A. C. dos Santos, “A crise financeira e a resposta da União Europeia: Que papel para a fiscalidade?”, in: S. Monteiro, S. Costa e L. Pereira, *A Fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica*, Porto: Vida Económica, 2011, p. 19- 40 e “Crise financeira e auxílios de Estado - Risco sistémico ou risco moral?” in *C &R, Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 3, 2010, p. 209-234.

A sua produção implica assim um custo idêntico ao que teria no caso de serem usufruídos por um único indivíduo.¹⁴

Os bens públicos são por isso suportados por impostos (e não por taxas) e, conseqüentemente, pela globalidade dos contribuintes. Cabe, nessa noção, um conjunto de bens ou recursos naturais (“bens do domínio público”, como as águas territoriais, lagos, lagoas, rios, o espaço aéreo, os recursos naturais, as águas minerais extraídas do solo, estradas e linhas férreas – cf. Art. 84.º da CRP), assim como as funções clássicas do Estado (exército, diplomacia, polícia, iluminação pública etc.).

Há, além disso, bens ou serviços que são “públicos” não por natureza, mas por opção política e imposição constitucional (saúde, educação, habitação, segurança social etc.). São estes bens públicos constitucionais ligados à ideia de Estado Social – e garantidos como direitos fundamentais dos cidadãos – que são objeto do fogo cerrado das teses neoliberais.

No entanto, um bem público não é necessariamente um bem provido diretamente pelo Estado e sem encargos para o utente. A crise do Estado fiscal, que se exprime na insuficiente arrecadação de impostos para cobrir a despesa pública e, conseqüentemente, na persistência de défices, gerou a procura de outras fontes de receita além dos impostos (taxas, como propinas, taxas moderadoras, rendas, contribuições especiais, tributos atípicos, receitas parafiscais etc.) ou de não despesa (“cortes” em remunerações, incluindo subsídios de agentes públicos e reformados) e conduziu mesmo a uma privatização maior ou menor desses bens públicos jurídicos por meio das parcerias público-privadas, seguros de doença, etc. A dimensão desta privatização, bem como as condições de regulação dessa atividade são objeto de controvérsia política.

Com a dominância das teses neoliberais conjugada com a evolução tecnológica e os constrangimentos orçamentais inerentes à já mencionada crise do Estado fiscal reforçou-se em maior ou menor grau, conforme os países, a tendência para delegar uma parte importante das referidas funções públicas em entes privados, inclusive as funções inerentes ao próprio Estado soberano (mercenários ou corpos militares profissionais após o fim do serviço militar universal, segurança privada, cobrança tributária privada, privatização da função penitenciária etc.).

Portugal tem acompanhado este movimento sem uma efetiva transparência e avaliação dos impactos da privatização e da desintervenção no equilíbrio das contas públicas e na qualidade dos serviços ou mesmo nos preços dos bens e serviços, que, em diversos sectores, têm vindo visivelmente a subir.¹⁵

14 Deve-se a P. A. Samuelson a primeira teorização do tema em “The pure theory of public expenditure”, *Review of Economics and Statistics*, 1954, vol. 36, p. 387-389.

15 Estudos europeus recentes têm posto em evidência que a liberalização de serviços como o fornecimento de energia elétrica não se tem repercutido numa diminuição do preço ao utilizador, nem mesmo numa maior

De facto, muitas das privatizações deram-se – e continuam a dar-se... – por razões orçamentais, outras por razões ideológicas vertidas em ideias feitas, do tipo “o privado é sempre melhor gerido que o público”¹⁶. A criação de empresas públicas tende a ficar assim reduzida a casos de desorçamentação ou a domínios em que o capital privado não tem interesse em investir (por exemplo, em domínios como o transporte ferroviário ou outros promovidos, em áreas não rentáveis, por empresas municipais).

As privatizações equacionadas no âmbito da “troika” – em rigor, não necessárias para a consolidação orçamental¹⁷ – abrangem inclusive bens públicos (e.g. a privatização das empresas públicas de serviços de águas e saneamento) ou empresas de referência (como a TAP - Transportes Aéreos Portugueses) relativamente às quais existem fortes motivos para mantê-las sob mão pública. Por pressão de banqueiros privados, tem sido inclusive encarada a possibilidade de alienação ao sector privado do agora único banco público, a Caixa Geral de Depósitos. A polémica gerada ultimamente à volta da proposta de privatização da RTP - Rádio e Televisão Portuguesa, seja por meio de venda, seja de concessão da sua exploração a entidade privada, é exemplar de quão longe se está a caminhar nesta senda privatizadora, atingindo um serviço público cujas exigências transcendem a garantia da qualidade e equidade na prestação, envolvendo a área sensível da liberdade de expressão e do pluralismo e o património de valor incalculável relativo à história da televisão em Portugal.

Por último, não deve ser ignorada a influência da UE nestes processos de liberalização e privatização. É verdade que a UE conceptualizou os serviços públicos como “serviços de interesse geral”, abrindo caminho a uma mais forte presença do sector privado na sua exploração e prestação. Mas também é verdade que o direito europeu deixa considerável margem de autonomia aos Estados Membros quanto aos limites da propriedade pública e razoável autonomia quanto à gestão pública (razoável, pois, em sede de auxílios de Estado, o critério do investidor privado acaba por obrigar as empresas públicas a serem geridas de acordo com os mesmos critérios de gestão das privadas).

eficiência do sistema. Cfr. Hughes Belin, “French study: Electricity liberalisation has failed to deliver benefits to households”, 24 de novembro de 2011, <http://www.europeanenergyreview.eu/site/pagina.php?id=3373>.

16 Esta é uma das ideias feitas que não resiste nem a uma análise teórica (não sendo o Estado uma empresa, a gestão estatal tem constrangimentos jurídicos que a gestão privada não conhece; no campo empresarial, os preços da gestão privada comportam uma componente lucrativa que não tem de existir no sector público, etc.), nem a uma análise empírica (v.g. parte substancial da inovação tecnológica provém do sector público). Se a gestão pública tem, entre nós, problemas, a questão central talvez esteja no facto de serem normalmente as mesmas pessoas que passam, pela porta giratória, do sector público para o privado e vice-versa e que, por razões que a razão desconhece, são mais competentes na gestão privada do que na pública... Sobre o mesmo fenómeno (a *corporatocracia*) nos EUA cfr. J. Sachs, *El precio de la civilización*, Barcelona: Galaxia de Gutenberg, 2012, p. 131 e ss.

17 O produto das privatizações não chegará para cobrir 3% da dívida pública.

Por exemplo, a alegada imposição europeia da supressão das “*golden shares*” do Estado em empresas como a Eletricidade de Portugal - EDP ou a GALP deixou no ar a suspeição de que outras poderiam ter sido as opções do governo português (i.e., manter essa presença do Estado naquelas empresas), igualmente compatíveis com o direito da UE (como ocorre em outros Estados Membros). É o caso, entre outros, da Alemanha (onde se mantem uma *golden share* do Estado da Baixa Saxónia na Volkswagen, correspondente a 20% do capital) e do Reino Unido (onde o Estado conserva *golden shares*, designadamente, na BAE Systems e na Rolls Royce, ambas no sector da defesa).

3 Revalorizar o Estado de Direito

3.1 Repor os direitos fundamentais na agenda política

As funções do Estado, tendo em vista promover o desenvolvimento económico e o bem-estar social, representam um prolongamento da sua razão de ser essencial como garante do bem comum e dos direitos dos cidadãos.

Causa, assim, perplexidade a desconsideração dos direitos sociais fundamentais que acompanha atualmente o desenho das políticas financeiras e orçamentais portuguesas e europeias, erigindo em suprema prioridade o controlo do défice e da dívida, “custe o que custar” (como afirmou o Primeiro Ministro português) ... As políticas de austeridade têm implicado limitações a direitos constitucionalmente consagrados e a princípios em que assenta o modelo social europeu, desde logo nos planos do trabalho e das condições de emprego, mas também na saúde, na educação, na segurança social.¹⁸

Parece gritante a contradição entre estes desenvolvimentos e a evolução do discurso político nas instituições europeias ao longo da última década, um discurso que tem colocado a ênfase nos valores e direitos humanos (cf. Carta dos Direitos Fundamentais da UE, em vigor com força obrigatória desde Dezembro de 2009)¹⁹, e no apego aos direitos sociais fundamentais, definidos na Carta Social Europeia (1961) e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (1989).

Acresce que a perspectiva de perdas adicionais de autonomia dos Estados no que respeita à condução das suas políticas públicas, quer financeiras e orçamentais (v. a chamada “regra de ouro”, recentemente adotada²⁰, impondo

18 Sobre o divórcio entre a economia e os direitos humanos, cfr. Manuel Couret Branco, *Economia Política dos Direitos Humanos: os direitos humanos na era dos mercados*, Lisboa: Sílabo, 2012.

19 Cfr. Ana Riquito et al, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

20 Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governo na União Económica e Monetária, disponível em: http://european-council.europa.eu/media/639122/16 - tscg_pt_12.pdf.

limites adicionais, de natureza constitucional ou para-constitucional, ao défice e à dívida públicos), quer económicas e sociais, permite antecipar riscos acrescidos de erosão (ou desconstrução) do Estado social, especialmente nos países mais frágeis como Portugal.

Sucedem-se os cortes cegos na despesa, os aumentos indiscriminados de impostos e taxas, o aumento do desemprego e o empobrecimento do país, a par da adoção de um modelo económico baseado em baixos salários e no aumento das desigualdades sociais, sem que se vislumbre, ao mesmo tempo, qualquer movimento sério no sentido de se criarem condições de uma política de desenvolvimento económico e de reforço dos mecanismos de regulação pública de atividades privadas, designadamente as financeiras e as decorrentes de privatizações.

Não se desconhece que a teoria dos direitos fundamentais tem por vezes invocado o carácter programático dos direitos sociais e económicos para justificar o abrandamento da sua realização em tempos de crise e de dificuldades financeiras. Do mesmo modo, a Constituição portuguesa recuperou a dicotomia entre direitos, liberdades e garantias (onde inclui os direitos pessoais e de participação política e os direitos dos trabalhadores)²¹, por um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, por outro lado, reconhecendo tão-só aos primeiros (e aos direitos equivalentes) a força vinculativa direta de entidades públicas e privadas (Art.º 18.º). Esta opção tem-se refletido, muitas vezes com deficiente fundamentação, na jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC), que tem concedido efetivamente uma ampla margem de decisão ao legislador ordinário na conformação dos direitos sociais.²²

Foi assim que, num primeiro momento (acórdão n.º 396/2011, de 21 de setembro, de 2010), o TC invocou a margem de decisão do legislador, a eficácia da medida e o seu carácter temporário e não excessivo, num contexto de emergência financeira para não declarar a inconstitucionalidade dos cortes salariais na função pública, sem ter verificado a sua necessidade e proporcionalidade em face de medidas alternativas com idênticos resultados. Mas nesse mesmo acórdão ficaram avisos claros de que a invocação política do estado de emergência financeira teria limites.²³

Não surpreendeu assim que, no seu acórdão n.º 353/2012, de 5 de julho, o TC tenha declarado a inconstitucionalidade dos cortes dos subsídios de férias

21 São direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores os relacionados com a segurança no emprego, as comissões de trabalhadores, a liberdade sindical, os direitos das associações sindicais e contratação coletiva e o direito à greve, assim como a proibição *do lock-out*.

22 Para uma crítica certa da hierarquização dentro dos direitos fundamentais e da pretensa superioridade natural dos direitos, liberdades e garantias, cfr. J. Reis Novais, *Direitos Sociais, teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.

23 Ver um comentário a este acórdão in A. C. dos Santos, “A nova para-fiscalidade: a tributação por via de cortes na despesa com remunerações de funcionários e de pensionistas”, *Revista do Ministério Público*, n.º 129, jan-abr. 2012, p. 49-61.

e de Natal de funcionários, aposentados e reformados, reconhecendo, em nome do princípio da igualdade proporcional na repartição dos sacrifícios nos encargos públicos, que há limites para os sacrifícios impostos aos rendimentos do trabalho.

A ideia, muitas vezes repetida, de que “vivemos acima das nossas possibilidades”, para além de diluir num fictício “nós” quem de facto vive acima das suas possibilidades, escamoteia o imperativo de avaliar que meios efetivamente existem para financiar a despesa pública (e pagar a dívida pública) e de que modo são aplicados ou distribuídos. Aliás, de acordo com as orientações da Agência dos Direitos Fundamentais da UE (instituída em 2007), os impactos das políticas e medidas de contenção deverão ser objecto de avaliação prévia que permita ponderar opções que, sem deixarem de contribuir para a resolução dos problemas financeiros, possam revelar-se menos gravosas para os indivíduos e as famílias. Trata-se, no fundo, de uma exigência do princípio da proporcionalidade que, no caso português (e não só...) tem estado longe de ser devidamente considerado.

Por tudo isto parece-nos crucial repor os direitos fundamentais na agenda política, “levar os direitos a sério” (Ronald Dworkin), revalorizando-os como imperativos éticos e pilares essenciais do Estado de Direito. As responsabilidades do Estado nesta matéria devem expressar-se em deveres precisos que permitam a tradução daqueles direitos no espaço social, implicando políticas e meios adequados e expondo não só politicamente, mas também juridicamente, o Estado pelo seu não-cumprimento.

Vale a pena sublinhar, a propósito, o exemplo de países como a África do Sul (Constituição de 1976) e a Finlândia (Constituição de 1999), que reconhecem hoje aos tribunais o poder de verificarem a razoabilidade das políticas públicas em função dos meios disponíveis à luz de uma combinação de critérios humanos, tecnológicos, de disponibilidade e acessibilidade social, aceitabilidade ética e cultural e qualidade.²⁴

Uma outra novidade da moderna teoria dos direitos fundamentais reside na configuração destes direitos como padrões de referência quer da produção político-legislativa, quer mesmo da ação das instituições públicas e até privadas. Um corolário desta visão é a defesa da oponibilidade dos direitos económicos e sociais não só aos poderes públicos, mas também aos centros de poder económico.

3.2 Reforço da segurança e da vigilância policial: as liberdades em risco?

É igualmente preocupante que o recuo do Estado social e a limitação de direitos a que se assiste presentemente venham a par de uma intensificação das

²⁴ A Constituição finlandesa trata os “*basic rights*”, quer civis e políticos, quer sociais e económicos, de acordo com os mesmos princípios (Capítulo 2), cometendo às autoridades públicas o dever de garantir a observância desse conjunto de direitos básicos (Secção 23).

políticas de segurança na Europa, manifesta na ampliação dos mecanismos de vigilância e controlo policial dos cidadãos, na expansão dos sistemas de informação contendo cada vez mais categorias de dados pessoais (biométricos, genéticos, etc.), em obrigações impostas aos operadores de telecomunicações de retenção dos dados dos utilizadores, entre outras.²⁵

Impulsionadas pela luta contra o terrorismo global que se acentuou após o 11/9, estas tendências têm sido também justificadas por um alegado recrudescimento da criminalidade decorrente da crise social, sem que todavia os dados disponíveis o confirmem.²⁶

Na União Europeia, foi aprovado, em abril de 2012, mais um acordo com os EUA relativo à transmissão ao Department of Homeland Security dos EUA dos dados de passageiros aéreos (Passenger Name Records - PNR) viajando para aquele país, reforçando inclusive a interconexão entre bases de dados de natureza comercial e policial. Este acordo foi aprovado por uma maioria estreita no Civil Liberties Committee do Parlamento Europeu (31 contra 23 deputados e 1 abstenção), e também com forte oposição no Plenário do Parlamento, o que é indicativo da controvérsia que continua a marcar esta matéria²⁷. Inicialmente interdita a não ser que os países de destino dessem garantias de proteção equivalentes às que constam da legislação europeia, a transferência de dados pessoais sensíveis é hoje admitida para países como os EUA, onde essas garantias manifestamente não existem, com reconheceu o Supervisor Europeu da Proteção de Dados, em parecer de dezembro de 2011.²⁸

Portugal tem acompanhado esse movimento, uma vez mais, sem verdadeiro debate público. O governo português foi, aliás, dos que se apressou a aceitar o referido acordo com os EUA, antes mesmo da sua aprovação pela UE. A revisão da legislação sobre videovigilância (Lei n.º 9/2012, de 23 de fevereiro),

25 Cfr. M. Eduarda Gonçalves e M. Inês Gameiro, "Security, privacy and freedom and the EU legal and policy framework for biometrics", *Computer Law & Security Review* 28 (2012), p. 320-327, disponível em: www.sciencedirect.com.

26 Sobre o tema, cfr., entre outros, Michel Walzer, *A guerra em debate*, Lisboa: Livros Cotovia, 2004; Eric Hobsbawn, *Globalização, democracia e terrorismo*, Lisboa: Presença, 2008; C. Romani e F. Garcia, *Terrorismo e derechos humanos: una aproximación desde el derecho internacional*, Madrid: Dykinson, 2005 e A. C. dos Santos, "Guerra contra o terrorismo e direitos fundamentais: o fio da navalha", in *Galileu, Revista de Economia e Direito*, vol. XIII, n.º 2, 2008, p. 11-24

27 O EU-US Passenger Name Record (PNR) Agreement foi adoptado com 409 votos favoráveis, 226 contra, e 33 abstenções. Uma minoria significativa de membros do Parlamento Europeu votou contra o acordo, incluindo a relatora Sophie in 't Veld (ALDE, NL), que retirou o seu nome do relatório. Foi recusada a proposta de remeter o acordo para o Tribunal de Justiça. Cfr. <http://www.europarl.europa.eu/news/en/pressroom/content/20120419IPR43404/html/Parliament-gives-green-light-to-air-passenger-data-deal-with-the-US>.

28 Cfr. Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Proposal for a Council Decision on the conclusion of the Agreement between the United States of America and the European Union on the use and transfer of Passenger Name Records to the United States Department of Homeland Security http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Opinions/2011/11-12-09_US_PNR_EN.pdf.

permitindo a instalação de câmaras em locais públicos por mera decisão do Ministro da Administração Interna e retirando à Comissão Nacional de Proteção de Dados o poder de emitir parecer prévio vinculativo, representa outro sinal perturbador na perspetiva das liberdades públicas. Tudo isto acontece a par de restrições progressivas aos princípios e direitos constantes da legislação relativa à proteção de dados pessoais.

E não é apenas a lógica da segurança (alargada a muitas outras esferas da vida quotidiana, mas não à segurança social) que explica esta deriva. O mercado das tecnologias e serviços de segurança é dos que mais cresce hoje em dia, não obstante a crise, estimulado por investimentos privados e públicos, incluindo da UE (v. Programa Horizon 2020, relativo às prioridades da investigação e desenvolvimento do próximo programa-quadro).

Esta evolução não tem sido imune a críticas por parte das próprias autoridades europeias por, em nome do combate ao crime, se estar concedendo às autoridades policiais e judiciais acesso a dados de indivíduos insuspeitos.

A verdade é que, apesar das manifestas limitações que vêm sendo impostas a direitos e liberdades dos cidadãos, o discurso político que acompanha as políticas e medidas securitárias hoje em dia, quer no plano europeu, quer em Portugal, tem adotado um tom conciliatório: as medidas de segurança não serão mais, afinal, do que condições da realização dos direitos humanos. Assim, se veicula para a opinião pública a noção de que segurança e liberdade, segurança e privacidade são não só compatíveis como se fortalecem mutuamente... É um discurso perigoso e que importa desmontar, sublinhando antes o conflito entre a expansão das formas de controlo social, por um lado, e as liberdades e democracia, por outro.

4 Fundamentação e transparência das decisões públicas

As circunstâncias atuais impõem especiais exigências à fundamentação e à transparência do debate político acerca do papel do Estado e das orientações fundamentais de políticas públicas, assim como à participação dos cidadãos nesse debate.

A definição do papel do Estado, as formas de provisão de bens públicos e a relação entre entidades públicas e privadas são questões estruturantes do processo democrático que não podem estar dependentes de ciclos eleitorais, nem tão pouco de discussões fechadas, tecno-burocráticas ou mal fundamentadas.²⁹

Neste sentido, é essencial que se caminhe para uma nova ética de governação capaz de abandonar velhos paradigmas e formas de estar e fazer política, de identificar novas orientações na relação entre processos de tomada

29 Para exemplificação do tema, cfr. João Pato, “Conhecimento e informação para as políticas públicas da água em Portugal”, in L. Veiga da Cunha, et al (eds.), *Reflexos da Água*. Lisboa: Associação Portuguesa de Recursos Hídricos, 2007.

de decisão e produção de conhecimento e de estruturar essa relação em função dos distintos intervenientes, públicos e privados.

A fundamentação e transparência de decisões políticas não podem deixar de ser vistas como pressupostos essenciais, não só da melhoria dos processos democráticos, mas também da melhoria qualitativa das decisões políticas.

Na prática, trata-se de uma mudança cuja concretização depende de quatro condições essenciais: ética política; disponibilidade extensiva de informação de qualidade para consulta pública ou investigação científica; vocação, disponibilidade e independência do sistema científico na análise de políticas públicas; e participação dos cidadãos³⁰. Assim se criariam condições para um reforço da responsabilização de decisores e executantes de políticas públicas por más decisões ou execuções.

Se a primeira condição depende de uma ética de governação – partindo do princípio que qualquer decisor assume sempre o interesse público e a sua missão de serviço público como valores que se sobrepõem a quaisquer outros no exercício das suas funções –, a segunda surge como sua condição material – sem informação e conhecimento não é possível governar, gerir ou melhorar as condições de base dos processos de escolha democrática; a terceira apresenta-se como sistema de regulação – o sistema científico e técnico é, provavelmente, aquele que está melhor equipado para avaliar a qualidade, eficácia e impacto da ação pública; e a quarta como condição essencial para evitar que o debate público se cinja a grupos restritos de interesse político e económico, designadamente.

Em Portugal, a concretização de qualquer uma destas condições confronta-se com obstáculos significativos. No que diz respeito à primeira (orientação ética), para além da inexistência de um enquadramento jurídico realmente dissuasor de situações de corrupção política ativa ou passiva e capaz de responsabilizar os agentes políticos em casos de violação óbvia do interesse público, assiste-se à banalização e relativização extremas das afirmações políticas: o que é associado ao interesse público pode deixar de o ser passadas poucas semanas, observando-se situações idênticas relativamente a distintas afirmações ou opções políticas e de políticas públicas. A ética governativa é hoje residual relativamente a interesses privados, partidários e eleitoralistas, económicos, pessoais até, e raramente se assiste a uma fundamentação técnica, lógica ou científica, transparente e escrutinada, das decisões, preferindo-se a maior parte das vezes uma argumentação de qualidade duvidosa, quando não sobretudo ideológica, como se indicou mais acima a respeito da privatização de empresas e serviços públicos.

30 Sobre estes temas, cfr., entre outros, J. Mozzicafreddo, J. Salis Gomes e J. S. Batista (org.), *Ética e Administração. Como modernizar os serviços públicos*, Oeiras: Celta, 2003; S. Rose-Ackerman, *Corrupção e governo*, Lisboa: Prefácio, 1999, M. Eduarda Gonçalves (org.), *Cultura científica e participação pública*, Oeiras: Celta, 2000.

No que diz respeito à informação necessária ao controlo democrático da atividade política, observam-se igualmente problemas estruturantes. A monitorização quantitativa da atividade governativa é praticamente inexistente, os dados dos sistemas de informação são de difícil consulta e manuseamento, além de incompletos: confunde-se informação em “estado bruto” com sistemas de indicadores; há lacunas significativas de informação relativa a tantos outros domínios de governação; são raras as bases de dados integradas, havendo duplicação de esforços e recursos gastos na sua construção e atualização; raramente são privilegiadas abordagens longitudinais que permitam observar o desenvolvimento de uma determinada linha de atuação governativa.

A terceira confronta-se com dificuldades de compatibilização entre os critérios de avaliação dos sistemas científicos e as lógicas de produção do conhecimento científico, por um lado, e as necessidades de monitorização e fundamentação inerentes ao desenvolvimento da atividade e das decisões políticas. Excessivamente fechada em si própria, a comunidade científica continua a revelar dificuldades em comunicar os resultados das suas investigações de forma corrente para públicos não científicos; em simultâneo, não se assiste a um verdadeiro investimento em investigação aplicada em políticas públicas, persistindo uma visão tradicional do papel das ciências sociais neste campo de investigação particular.

A quarta afirma-se na dificuldade de se constituir entre nós a agora³¹, uma opinião pública informada e uma cultura cívica crítica e construtiva. As condições para o alargamento da capacidade interventiva dos cidadãos continuam por concretizar, reduzindo-se tantas vezes o exercício da cidadania ao voto, a ações de protesto ou ações de natureza pontual. Na generalidade dos casos, as formas de protesto e manifestação de desacordo relativamente a decisões políticas são desadequadas e ineficazes, cingindo-se a ritos – manifestações de rua, manifestos, abaixo-assinados, movimentos de opinião – sem impacto significativo do ponto de vista da construção de soluções alternativas e, mais ainda, sem possibilidade de co-responsabilização entre distintos agentes públicos e privados. Na verdade, a transição de sistemas de democracia representativa para sistemas de democracia deliberativa assume ainda uma natureza residual³². Não só porque implica uma mudança de mentalidades, mas também porque representa uma forma clara de redistribuição e “democratização” do poder político, excessivamente concentrado na atividade partidária.

Quando combinados, estes condicionalismos criam problemas ao desenvolvimento dos processos democráticos, abrindo caminho a discussões e

31 Sobre o tema, Zygmunt Bauman, *La Solitudine del Cittadino Globale*, Milano: Feltrinelli, 2008.

32 Sobre o tema da democracia deliberativa, cfr. entre outros, A. S. Estanqueiro Rocha, “Democracia deliberativa”, in J. Cardoso Rosas (org.), *Manual de Filosofia Política*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 129-175 e J. M. Leite Viegas, Susana Santos e Sérgio Faria (org.), *A qualidade da democracia em debate*. deliberação, representação e participação políticas em Portugal e na Espanha, Lisboa: Mundos Sociais, 2010.

escolhas políticas não participadas e não validadas cientificamente, de natureza meramente ideológica, doutrinária ou corporativa, constringendo, de forma significativa, as possibilidades de inovação e o desenvolvimento de cenários alternativos para o futuro, como os que se afiguram necessários no contexto atual.

5 Considerações finais

O debate sobre o papel do Estado reganhou atualidade no contexto da crise que se abate neste momento sobre diferentes países europeus. Por más ou boas razões, a crise oferece a oportunidade de repensar as missões do Estado enquanto prestador de bens e serviços públicos e eventualmente até de aprofundar o funcionamento dos sistemas democráticos.

Para responder aos problemas de ordem financeira, a União Europeia tem, porém, privilegiado as políticas e medidas de carácter restritivo conducentes a limitar as funções económicas e sociais do Estado consolidadas ao longo do século XX. Na realidade, as orientações atuais vêm na linha das políticas de privatização e de liberalização lançadas desde os anos 80, que reconfiguraram gradualmente o papel e a estrutura do Estado, uma evolução que suscita, contudo, fundadas dúvidas quanto ao seu impacto na satisfação do interesse geral. As orientações políticas atuais fazem, por seu lado, perigar direitos sociais e eventualmente até os princípios democráticos. A coincidência entre a erosão do Estado Social e o fortalecimento, em nome da segurança, dos mecanismos de vigilância e do controlo dos cidadãos acentua os receios de uma deriva do Estado de direito.

Perante isto, consideramos especialmente importante revisitar os fundamentos da ação do Estado na provisão de bens e serviços públicos, em particular, à luz do exemplo de Portugal.

A nosso ver, as funções económicas e sociais do Estado devem ser encaradas, antes de mais, na óptica das responsabilidades deste como garante do bem comum. Neste sentido, a crise, pela sua própria natureza e consequências, apela não à restrição mas antes à revalorização dos direitos fundamentais dos cidadãos, em particular, dos direitos sociais, como imperativos éticos e pilares essenciais do Estado de direito.

Perguntámo-nos, assim: não será o momento para propor uma revisão do quadro constitucional em Portugal no sentido de valorizar os direitos económicos, sociais e culturais, reforçando a sua força jurídica e aplicabilidade? E deveremos continuar a encarar o Estado como o único responsável pela realização dos direitos sociais?

As circunstâncias atuais exigem inclusive, julgamos, um reforço da transparência e da fundamentação das políticas públicas assim como de responsabilização dos poderes públicos pelas opções tomadas. Do mesmo passo, é a prática democrática junto com a participação do cidadão interessado na avaliação

da ação pública que importa procurar promover, tendo em vista a melhoria da qualidade da democracia.

Referências bibliográficas

- AMARAL, J. F. do et al. *Financeirização da economia: a última fase do neoliberalismo*. Lisboa: Livre, 2010.
- BAPTISTA, E. C. Natureza Jurídica dos Memorandos com o FMI e com a União Europeia, *Revista da Ordem dos Advogados*, 71, n.º 2, 2011.
- BAUMAN, Z. *La Solitudine del Cittadino Globale*. Milano: Feltrinelli, 2008.
- BELIN, Hughes. “French study: Electricity liberalisation has failed to deliver benefits to households”, 24 de novembro de 2011, disponível em: <http://www.europeanenergyreview.eu/site/pagina.php?id=3373>.
- BRANCO, M. C. *Economia Política dos Direitos Humanos: os direitos humanos na era dos mercados*. Lisboa: Sílabo, 2012.
- CHANG, J. *23 Things They Don't Tell You About Capitalism*. London: Allen Lane, Penguin Books, 2010.
- GALBRAITH, J. *L'Etat Prédateur: comment la droite a renoncé au marché libre et pourquoi la gauche devrait en faire autant*. Paris: Seuil, 2009.
- GONÇALVES, M. Eduarda; GAMEIRO, M. Inês. “Security, privacy and freedom and the EU legal and policy framework for biometrics”, *Computer Law & Security Review* 28, 2012, p. 320-327, disponível em: www.sciencedirect.com.
- GONÇALVES, M. Eduarda (org.). *Cultura científica e participação pública*. Oeiras: Celta, 2000.
- HOBBSBAWN, E. *Globalização, democracia e terrorismo*. Lisboa: Presença, 2008.
- KRUGMAN, P. *Acabem com esta crise já*. Lisboa: Presença, 2012.
- LOUÇÃ, F.; MORTÁGUA, M. *A Dividadura: Portugal na crise do euro*. Lisboa: Bertrand, 2012.
- MOTA, J.; LOPES, L.; ANTUNES, M. *A crise da economia global: alguns elementos de análise*, Lisboa: Ana Paula Faria Editora, 2009.
- MOZZICAFREDDO, J.; GOMES, J. SALIS; BATISTA, J. S. (org.). *Ética e Administração. Como Modernizar os Serviços Públicos*. Oeiras: Celta, 2003.
- MUSGRAVE, R. *The theory of public finance: a study in public economy*. New York: McGraw-Hill, 1959.
- NABAIS, CASALTA J. Da sustentabilidade do Estado fiscal, in: NABAIS, J.; SILVA, S. T. da (coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 11-59.
- NOVAIS, J. Reis, *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.
- O'CONNOR, J. *The Fiscal Crisis of the State*. New York: St Martin's Press, 1973.

PATO, João, “Conhecimento e informação para as políticas públicas da água em Portugal”, in: CUNHA, L. Veiga da et al. (eds.). *Reflexos da água*. Lisboa: Associação Portuguesa de Recursos Hídricos, 2007.

REIS, J. ; RODRIGUES, J. *Portugal e a europa em crise: para acabar com a economia de austeridade*. Lisboa: Actual, Le Monde Diplomatique, 2011.

RIQUITO, Ana et al. *Carta dos direitos fundamentais da união europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ROCHA, A. S. Estanqueiro, “Democracia deliberativa”, in: ROSAS, J. Cardoso (org.). *Manual de Filosofia Política*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 129-175.

ROMANI, C.; GARCIA, F. J. *Terrorismo e derechos humanos: una aproximación desde el derecho internacional*. Madrid: Dykinson, 2005.

ROSE-ACKERMAN, S. *Corrupção e governo*. Lisboa: Prefácio, 1999.

ROLO, J. M. *Labirintos da crise financeira internacional (2007-2010)*. Chamusca: Cosmos, 2010.

SACHS, J. *El Precio de la civilización*. Barcelona: Galáxia de Gutemberg, 2012.

SAMUELSON, P. A. “The pure theory of public expenditure”. *Review of Economics and Statistics*, 1954, vol. 36, p. 387-389.

SANTOS, A. C. DOS; GONÇALVES, M. E.; MARQUES, M.M. L. *Direito económico*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. “A crise financeira e a resposta da União Europeia: Que papel para a fiscalidade?”, in: MONTEIRO, S.; COSTA, S. ; PEREIRA L. *A fiscalidade como instrumento de recuperação económica*. Porto: Vida Económica, 2011. p. 19- 40.

_____. “Crise financeira e auxílios de Estado - Risco sistémico ou risco moral?” *C & R, Revista de Concorrência e Regulação*, Ano I, n.º 3, pp. 209-234, 2010.

_____. “A nova parafiscalidade: a tributação por via de cortes na despesa com remunerações de funcionários e de pensionistas”. *Revista do Ministério Público*, n.º 129, pp. 49-6, jan-abr 2012.

_____. “Guerra contra o terrorismo e direitos fundamentais: o fio da navalha”. *Galileu, Revista de Economia e Direito*, vol. XIII, n.º 2, pp. 11-24, 2008.

SCHUMPETER, J. “La crise de l’État fiscal” (1918). *Impérialisme et classes sociales*. Paris: Flammarion, 1984.

SANTOS, B. S. *Portugal: Ensaio contra a autoflagelação*. Coimbra: Almedina, 2011.

STIEGLITZ, J. *Economics of the Public Sector*. 3. ed. New York: Norton and Company, 2000.

WALZER, M. *A Guerra em Debate*, Lisboa: Livros Cotovia, 2004.

VIEGAS, J. M. L., SANTOS, S.; FARIA, S. (org.). *A qualidade da democracia em debate: deliberação, representação e participação políticas em Portugal e na Espanha*. Lisboa: Mundos Sociais, 2010.

Recebido em 15/02/2012

Aceito para publicação em 15/09/2012

A TEORIA DO FATO SOCIAL EM DURKHEIM E OS ELEMENTOS DE CONEXÃO PARA UMA ANÁLISE SOCIOLÓGICA DO TRIBUTO

THE THEORY OF SOCIAL FACT IN DURKHEIM AND THE ELEMENTS OF CONNECTION FOR A SOCIOLOGICAL ANALYSIS OF TAX

.....
Maurin Almeida Falcão¹

Hélas ! Qu'y a-t-il de certain dans ce monde, hormis la mort et l'impôt ?

Benjamin Franklin, 1789

Sumário

1. Introdução. 2. A noção de fato social e de solidariedade em Durkheim. 3. Do fato social de Durkheim à sociologia financeira de Schumpeter. 4. O intervencionismo como meio de coesão social e motor das transformações sociais. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The notion of social fact and solidarity in Durkheim. 3. From Durkheim's social fact to Schumpeter's financial sociology. 4. Interventionism as a means of social cohesion and engine of social transformations. 5. Final remarks. References.

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo apresentar os liames entre a teoria do fato social em Durkheim e os conceitos que permitem uma abordagem sociológica do tributo. Nesse sentido, o texto expõe a construção da sociedade solidária e o advento do intervencionismo estatal como expressão da coerção exercida pelos fatos sociais sobre os indivíduos. A partir da definição de Durkheim sobre a sociologia como a ciência das instituições, da sua gênese e do seu funcionamento, foi possível explicar as transformações do Estado diante da solidariedade entre os indivíduos. Essa perspectiva levou

¹ Pós-Doutorando pela Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne. Doutor pela European Label, em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Paris 11-Sud. Mestre em Administração Tributária pela Universidade de Paris IX-Dauphine(1995). Auditor tributário do Governo do Distrito Federal. Coordenador do Grupo de Estudo sobre os Sistemas Tributários Contemporâneos-GETRIC do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

ao surgimento de uma sociologia fiscal voltada para as relações entre o tributo, a sociedade e o Estado.

Palavras-chave: Fato social. Solidariedade. Intervencionismo

Abstract

This paper aims to present the bonds between the theory of social fact according to Durkheim's theory and the concepts that allow a sociological approach of tax. In this sense, the text exposes the construction of a large cohesive society and the advent of the state intervention as an expression of coercion exercised by social facts on individuals. From the definition of Durkheim's sociology as the science of institutions, its genesis and its functioning it has been possible to explain the transformations of state in face of the solidarity among people. This perspective led to the emergence of a sociology focused on fiscal relations among tax, society and state.

Key words: Social fact. Solidarity. Interventionism

1 Introdução

O papel do tributo na evolução da vida em sociedade é inquestionável. Presente nas mais remotas formas de organização social integrou a estratégia das conquistas na era dos impérios, constituindo-se nesse período em uma forma de extorsão. As relações sociais nesses distantes períodos eram marcadas pelas diferenças nítidas entre as classes sociais, sendo que somente alguns eram submetidos ao sacrifício fiscal. Nessa situação insustentável, determinados indivíduos chegavam até abandonar a vida em sociedade, se embrenhando em regiões desertas para escapar da morte e da obrigação de pagar tributo. Posteriormente, no medievo, passou a ter uma configuração voltada para uma natureza dominial, no qual os indivíduos eram submetidos às pesadas corveias impostas pelo senhor feudal que, em contrapartida, lhes oferecia terra e proteção. Com a crise econômica no medievo, o tributo passa a experimentar uma evolução para se tornar uma propriedade do senhor absolutista, inaugurando o seu período regaliano. Entretanto, antes, o inconformismo dos barões ingleses levou ao surgimento do princípio do consentimento ao tributo. Em 1215, a Magna Carta do Rei João sem Terra deu o primeiro passo ao que seria mais tarde, por ocasião da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a consagração daquele princípio, juntamente com o princípio da capacidade contributiva, lançando as bases da tributação moderna.

A passagem do Estado de natureza para o contratualismo social trouxe consigo a legitimação do sacrifício fiscal. Diante da necessidade de os indivíduos arcarem com o ônus da vida em sociedade, mais precisamente com vistas à eficiência coletiva, é que o tributo começa a ser esboçado como o motor da coesão social. Deve ser observado que o fim do Estado mínimo em proveito do

Estado-providência marcou a passagem da tributação liberal para o modelo da tributação socialdemocrata, o que trouxe grandes transformações nas estruturas tradicionais do Estado em decorrência da eclosão do intervencionismo. Os efeitos sociais perversos da Revolução Industrial, causados pelas falhas do mercado liberal, demandaram a ação do Estado com o intuito de se equilibrarem as relações desiguais entre o capital e o trabalho. Esse cenário seria propício ao florescimento de uma nova ciência: a sociologia. Durkheim, influenciado pelo socialismo de cátedra, publica duas obras importantes para a afirmação da sociologia, *A divisão social do trabalho* e as *Regras do método sociológico*, as quais se fundamentaram, em sua essência, nos conceitos de solidariedade e de fato social. Em outra via, Schumpeter traz afirmações que estariam na origem da sociologia financeira, ao observar que, para se compreender a natureza e a evolução do Estado, seria preciso recorrer à sociologia histórica das finanças. Nessa hipótese, a origem e a evolução do Estado fiscal estariam estreitamente relacionadas à economia e às mudanças sociais.

Com o escopo de demonstrar quais seriam os elementos de conexão entre essa nova ciência e o tributo, é que esse trabalho se propõe a analisar, em um primeiro momento, a teoria do fato social em Durkheim e os seus dois conceitos sobre solidariedade, a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica. Em uma segunda abordagem, a análise estabelece uma aproximação entre o fato social de Durkheim e os pressupostos da sociologia financeira de Schumpeter. Finalmente, no último tópico, tentar-se-á reforçar a noção do tributo e de seus efeitos econômicos, políticos e sociais, por meio dos fundamentos da doutrina intervencionista, a qual se revelou um terreno fértil para aplicação das teorias desenvolvidas por Durkheim.

2 A noção de fato social e de solidariedade em Durkheim

Durkheim definiu a sociologia como a ciência das instituições, da sua gênese e do seu funcionamento². A sociologia se ocupa, ainda, do estudo dos chamados fenômenos sociais totais, os quais estão relacionados com os fatos sociais decorrentes do comportamento instituído pela coletividade. Compõem este estudo a elaboração de dados estatísticos, dados de observação e a constituição de modelos descritivos, permitindo, dessa forma, a obtenção da amostragem necessária à melhor compreensão dos estratos sociais, o que proporcionou à disciplina a sua natureza científica. A sociologia, sendo entendida como observação metódica dos fatos sociais, busca a descoberta de regularidades e a formulação de leis próprias,

² DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 17. ed. Tradução Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2002, p. XXVIII.

conforme observou Quintaneiro³. Esse pressuposto tem a sua origem nas lições de Henri de Saint-Simon (1760-1825), que propôs a aplicação do método científico aos fatos sociais⁴. Contudo, seria Émile Durkheim (1858-1917), em sua obra *As regras do método sociológico*, publicada em 1895, que proporia uma teoria do fato social ao demonstrar as vias de “uma ciência sociológica objetiva e científica, como nas ciências físico-matemáticas”⁵. É importante notar que a teoria do fato social definiria finalmente o objeto da sociologia, tendo se consolidado, a partir de então, como disciplina científica. Com efeito, Durkheim teve como preocupação a definição precisa do objeto, o método e as aplicações da nova ciência.

Durkheim denominou fatos sociais os fenômenos compreendidos por

[...] toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter.⁶

Nesse sentido, os fatos sociais exercem uma coerção sobre os indivíduos, não lhes permitindo qualquer manifestação de vontade ou de escolha. Durkheim observou que

O fato social é reconhecível pelo poder de coerção externa que exerce ou é suscetível de exercer sobre os indivíduos; e a presença deste poder é reconhecível, por sua vez, seja pela existência de alguma sanção determinada, seja pela resistência que o fato opõe a qualquer empreendimento individual que tenda a violentá-lo.⁷

Esta seria a segunda característica dos fatos sociais que, para Durkheim, deveriam ser tratados como coisas para que se obtenha um resultado satisfatório das observações realizadas, garantindo, assim, o sucesso das ciências, sem interpretações distorcidas da realidade social⁸. A coerção social é tida, então, como a primeira característica dos fatos sociais.

A conduta do indivíduo sem observância às regras que lhe foram impostas pelo seu grupo social o submete às sanções definidas, segundo a gravidade do ato. A segunda característica dos fatos sociais decorre da submissão do indivíduo a um conjunto de regras, costumes e leis existentes antes do seu nascimento,

3 QUINTANEIRO, Tânia. *Émile Durkheim*. Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 9.

4 LAJUGIE, Joseph. *Les doctrines économiques*. 15. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 39.

5 Disponível em: http://www.airtonjo.com/socio_antropologico02.htm. Acesso em: 14 maio 2011.

6 DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Op. cit., p. 11.

7 Idem, p. 8.

8 SILVA, Airton José da. Disponível em http://www.airtonjo.com/socio_antropologico02.htm. Acesso em: 14 maio 2011.

cabendo a esse apenas a adesão e a obediência, sob risco de punição. Trata-se, por isso, de uma adesão tácita aos regramentos da vida coletiva. Como última característica, Durkheim apontou a generalidade, na qual os fatos sociais se manifestam através da natureza coletiva ou um estado comum ao grupo, como por exemplo, os sentimentos e a moral. Com o intuito de justificar a terceira característica dos fatos sociais, Durkheim afirmou que é social todo fato que é geral. Dessa constatação, advém o primado da sociedade sobre o indivíduo, sendo que esta assertiva influenciaria sobremaneira a construção de diversos princípios nas relações jurídicas contemporâneas.

Sem dúvida, as características dos fatos sociais criam uma unanimidade ou um consenso social forçado, pois todos se submetem à vontade coletiva. Em consequência, o indivíduo contempla a sociedade e a consciência coletiva como entidades morais, antes mesmo de ter uma existência tangível. Nesse aspecto, o indivíduo se vê dentro de um contexto social que o leva a se integrar em um sentimento de solidariedade, aspecto que contribuiu fortemente para a eficiência da ação coletiva. Na etapa posterior deste trabalho, uma ênfase será dada, justamente, à ação coletiva que levou à construção da grande sociedade solidária, o que se coaduna com o conceito de fato social inicialmente firmado. Esse instituto alterou profundamente o Estado e as suas organizações na fase pós-Revolução Industrial e dos novos horizontes sociais do Século XIX, tornando-se, por isso, um importante objetivo da sociologia.

Nesse diapasão, a influência do socialismo de cátedra influenciou Durkheim na definição não apenas do fato social como também na acepção do que ele entendia como solidariedade. Em sua obra “*Da Divisão do Trabalho Social*” decorrente da sua tese apresentada à Faculdade de Letras de Paris em 1893, Durkheim coloca duas questões sobre as relações entre os indivíduos e a coletividade. A primeira questão trata da possibilidade que um conjunto de indivíduos tem de constituir uma sociedade. A segunda questão trata do consenso para assegurar esta convivência. Assim, a estrutura política de uma sociedade não é mais do que o modo pelo qual os diferentes segmentos que a compõem tomaram o hábito de viver uns com os outros⁹. Sem dúvida, “ a sociedade não é simples soma de indivíduos, e sim sistema formado pela sua associação, que representa uma realidade específica com seus caracteres próprios”¹⁰. Ao construir o seu entendimento sobre o vínculo comum que há entre os indivíduos, Durkheim esboçou uma dupla noção de solidariedade que se coadunava, de forma pontual, com os acontecimentos que marcaram a sociedade industrial do século XIX. Nesse sentido, definiu a solidariedade mecânica como sendo típica das sociedades pré-capitalistas, nos quais os indivíduos se identificam através da família, da

9 DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Op. cit., p. 10.

10 Idem, p. 90.

religião, da tradição, dos costumes¹¹. Por sua vez, na solidariedade orgânica, característica das sociedades capitalistas, através da divisão do trabalho social, os indivíduos tornam-se interdependentes, garantindo a união social, mas não pelos costumes ou tradições. Assim, o efeito mais importante da divisão do trabalho não é o aumento da produtividade, mas a solidariedade que gera entre os homens¹². Ao consolidar a sua percepção de solidariedade, Durkheim notou que a passagem da solidariedade mecânica para a solidariedade orgânica atua como o motor de transformação de toda e qualquer sociedade. Os fatos que marcaram as transformações sociais e os novos modos de produção do Século XIX confirmam a validade da lição de Durkheim.

3 Do fato social de Durkheim à sociologia financeira de Schumpeter

Ao se retomar a definição de sociologia colocada por Durkheim, exposta anteriormente como a ciência das instituições, da sua gênese e do seu funcionamento, tornou-se possível examinar o Estado e a dinâmica das instituições públicas à luz da evolução do tributo. O sacrifício fiscal enquanto fato social, econômico e político, acompanhou a evolução do Estado até a sua configuração atual, tendo inicialmente se constituído em um dos pilares do contratualismo. Por isso, permitiu a materialização dos fundamentos da teoria normativa que consistiriam em definir o papel ideal do Estado na sociedade e o incremento do bem-estar coletivo. Ao definir as regras relativas à observação dos fatos sociais, Durkheim recorreu inclusive a Stuart Mill para estabelecer um liame entre os fatos sociais e a economia política, sendo aquele o objeto desta disciplina no que se refere, principalmente, à aquisição de riquezas¹³. Em consequência, é possível estender o conceito de Durkheim também à sociologia fiscal com supedâneo nesta evolução da vida em sociedade uma vez que “só existe fato social onde exista uma organização definida”¹⁴. Assim, a conexão com o tributo e o estudo dos fenômenos sociais relacionados seria decorrente de um processo central de funcionamento da sociedade. A legitimação do poder tributante decorreu da convergência de fatos políticos que tinham, na sua origem, razões de ordem econômica e social. De fato, o contratualismo trouxe em seu bojo a coerção que, imposta ao indivíduo, não lhe permitiu qualquer manifestação de vontade ou escolha. Somente por esta

11 SILVA, Airton José da Disponível em http://www.airtonjo.com/socio_antropologico02.htm. Acesso em: 14.maio 2011.

12 SILVA, Airton José da Disponível em http://www.airtonjo.com/socio_antropologico02.htm. Acesso em: 14.maio 2011.

13 DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Op. cit., p. 20.

14 Idem, p. 4.

via seria possível alcançar a eficiência coletiva. Portanto, “a função de um fato social deve ser sempre buscada na relação que mantém com algum fim social.”¹⁵

A coerção que é exercida sobre o indivíduo decorre de sua adesão tácita ao contrato social, o qual lhe impõe regras comuns de comportamento, sendo-lhe infligidas penas em caso de desobediência. Quintaneiro nota que “para demonstrar que os fatos sociais são coercitivos Durkheim aponta para as dificuldades em que tropeçam aqueles que procuram não se submeter a uma convenção mundana, resistir a uma lei, violar uma regra moral.”¹⁶. Essa perspectiva foi definida pelo sociólogo como anomia, situação em que a sociedade estaria diante de uma desintegração das normas que regem a conduta dos homens e asseguram a ordem social. Como foi exposto acima, o fato social é formado pelas representações coletivas e está estreitamente ligado à noção de coerção. A partir daí, “para conseguir que o indivíduo siga os fins coletivos, é necessário exercer sobre ele uma coerção, e a atividade social consiste justamente na instituição e na organização desta coerção.”¹⁷

Leroy definiu a sociologia fiscal como a disciplina das relações entre o tributo, o Estado e a sociedade¹⁸. Estes foram os pressupostos que deram origem à sociologia fiscal e à legitimação do poder tributante. Em torno dessa trilogia é possível estabelecer um nexo causal entre a definição construída por Durkheim e os objetivos da sociologia fiscal. Estas relações definiram o comportamento social a partir não apenas da modelagem da estrutura intervencionista do Estado, mas também pela aceitação e o despertar do sentimento de rejeição ao tributo. Na análise do percurso do Estado, a partir da transposição do modelo liberal para o modelo social-democrata, no Século XIX, passando pela crise dos anos setenta do Século XX, até as promessas da pós-modernidade, é perceptível que as transformações econômicas, políticas e sociais vieram acompanhadas da renovação tácita do contratualismo. Esse contexto foi acompanhado igualmente por uma renovação do princípio do consentimento diante da profunda reforma ocorrida no campo das finanças públicas.

Leroy afirmou com razão que “*Pour comprendre la nature et l'évolution de l'État, la problématique s'inscrit encore dans la sociologie historique des finances.*”¹⁹. Com isso, justifica-se a aplicação de métodos científicos para explicar o comportamento da sociedade diante do tributo, da evolução do Estado e dos princípios políticos que culminaram no consentimento do cidadão-contribuinte, reafirmando a noção de fato social de Durkheim.

15 DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Op. cit., p. 96.

16 QUINTANEIRO, Tânia. *Émile Durkheim*. . Op. cit., p. 20.

17 DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Op. cit., p. 105.

18 LEROY, Marc, *La sociologie de l'impôt*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

19 Idem, p. 292

Schumpeter reforça o seu entendimento sobre o comportamento social em face do Estado fiscal, quando observa:

*L'histoire fiscale d'un peuple constitue une part essentielle de son histoire tout court [...] Les traits caractéristiques de la plupart des périodes historiques s'expliquent en grande partie par les effets directs des besoins financiers et de la politique financière des États.*²⁰

Desse modo, uma relação estreita entre a sociologia e o tributo é estabelecida. O estudo dessa dinâmica seria uma das vertentes da análise sociológica do ônus fiscal da vida em sociedade. Por outro lado, a evolução do Estado, segundo Schumpeter, ocorreu em todos os domínios; contudo, as finanças foram sempre o fato ativo desta evolução e as necessidades financeiras do Estado estiveram sempre na origem do Estado moderno²¹. Essa análise descarta os primórdios da tributação, uma vez que, esta, em suas diversas tipologias, extorsiva, dominial e regaliana, não faz parte do período marcado pelo advento do Estado moderno. Assim, essa delimitação temporal se justifica pelo fato de que “*la crise de l'économie dominiale explique l'apparition de l'État fiscal moderne à la fin du Moyen-Âge*”²², sendo, nesse caso, o marco inicial da tributação em sua atual acepção.

A tributação não somente esteve presente na evolução do Estado, mas lhe impôs também um forma determinada.²³ Além disso, o surgimento deste Estado moderno evidenciou a necessidade de uma sociologia financeira para consolidar, de vez, a noção de Estado fiscal. Esse conceito viria a merecer uma atenção especial de preclaros economistas durante todo o transcorrer do século XIX, dando início ao notável processo de aproximação da economia, da política, do direito, ramos que convergiram em direção à sociologia com o intuito de se justificar a natureza dos fatos sociais.

Mais tarde, a passagem do absolutismo para o Estado moderno, em suas diversas formas, notadamente a partir da adoção do conceito de soberania, inaugurado com o Tratado da Westifália, em 1648, significou também o fim da fazenda real para o florescimento da noção de fazenda pública. Não se trata de um conceito aplicado a um determinado momento, mas sim de um fenômeno que foi evoluindo com o tempo, estando embutido nas entranhas do avanço político da soberania. A partir daí, talvez, se possa falar em sistema tributário, uma vez que o elemento da soberania garantiu a autonomia técnica e a exclusividade de aplicação de um conjunto de normas em um determinado espaço territorial.

20 LEROY, Marc, *La sociologie de l'impôt*. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 292.

21 LEROY, Marc, *La sociologie de l'impôt*. Op. cit., p. 293.

22 Idem.

23 Idem, p. 295.

De forma incontestável, todo esse processo foi construído segundo as variáveis econômicas, políticas e sociais dos Estados em um determinado momento.

Contudo, antes desse marco político, houve a consagração do princípio do consentimento ao tributo, erigido a partir da Magna Carta do Rei João sem Terra, em 1215. Ao se apoiar no brocardo de que não há tributação sem representação, esse acontecimento político assentou os alicerces da tributação moderna, os quais foram sustentados pela participação do povo e pelos desdobramentos do progresso da democracia. Além disso, incorporou o voto como meio de participação no processo legislativo e na dimensão do sacrifício fiscal. A emergência do Estado moderno inaugurou, ao mesmo tempo, o Estado fiscal, impondo, daí em diante, a supremacia absoluta do tributo como pedra angular da organização administrativa, econômica, política e social das sociedades contemporâneas, não havendo mais como viver em uma sociedade sem tributo. Essa perspectiva é reforçada pelo próprio alcance das três funções intervencionistas do Estado. Nesse entendimento, o tributo permitiu o aprimoramento das relações políticas entre o Estado e a sociedade. Conforme Durkheim, a sociologia seria a ciência das instituições, da sua gênese e do seu funcionamento. Ao marcar diversas etapas da evolução das instituições e da vida em sociedade, integrou um sofisticado debate econômico, passando a ser um importante instrumento da economia política. Ao esboçar os fundamentos, que, no seu entender, se encontrariam na teoria da economia política, Gilpin colocou que seria necessária uma “compreensão genérica do processo da mudança social, incluindo-se aí os modos como interagem os aspectos social, econômico e político da sociedade.”²⁴. Embora não tenha se referido especificamente ao tributo, Gilpin identificou as bases da economia política que permitem estabelecer uma análise na qual o tributo interagiria em todo o processo de mudança social. Por isso, pode ser considerado como um fato social e marco de civilização, conforme observou Samson.²⁵

É importante notar que o aprimoramento das relações sociais decorrentes do momento econômico, político e social experimentado no transcorrer dos séculos XVIII, XIX e XX foi responsável pela gênese de uma nova estrutura do Estado. A passagem do estado de natureza para o contratualismo e, mais tarde, a substituição do *État-gendarme* pelo Estado-providência no século XIX, seria responsável pelo surgimento do intervencionismo. Com isso, foi demarcada a área de influência de uma teoria normativa cujo escopo era o de definir o papel ideal do Estado na sociedade, mais exatamente na economia²⁶. Inscrevia-se ainda dentro dos objetivos desta teoria, a forma de distribuição entre os indivíduos,

24 GILPIN, Robert. *A economia política das relações internacionais*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 26.

25 SAMSOM, William D. “History of Taxation” in: *The International Taxation System*, Andrew Lymer, John Hasseldine. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 21.

26 WOLFELSPERGER, Alain. *Economie Publique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 105.

dos encargos e das vantagens da ação coletiva do Estado, reforçando ainda mais os laços sociais que unem os indivíduos.

Nesse sentido, esse consciente coletivo, conforme estimou Durkheim, culminou na influência política dos processos de transformação social e econômica e tem a sua origem nas duas revoluções que marcaram o fim do século XVIII e todo o século XIX. A Revolução Francesa foi responsável pela introdução de dois princípios que se tornaram os pilares da tributação moderna. Ao consagrar os princípios da capacidade contributiva e do consentimento, conforme delineados nos artigos 13 e 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi inaugurada uma página da história do tributo como fato político e social. O tributo e as relações entre o Estado e o cidadão-contribuinte ganharam contornos cívicos e de justiça que sobrevivem até os dias atuais.

Por sua vez, a Revolução Industrial, ao expor as falhas do mercado liberal e demonstrar a sua incapacidade de gerar o bem-estar dos indivíduos, em função do desequilíbrio entre capital e trabalho, deu origem ao debate sobre classes e estrutura social. Conforme Quintaneiro e Oliveira, este seria um “um dos temas principais do pensamento de Marx”²⁷. Essa constatação foi reforçada pelos conflitos sociais ocorridos no século XIX, os quais deram origem não apenas ao movimento sindical e à luta de classes, mas também à eclosão do intervencionismo. Se forem observados os ensinamentos de Durkheim, tratava-se, em realidade, de uma situação de anomia.

4 O intervencionismo como meio de coesão social e motor das transformações sociais

Lajugie notou que a expressão “intervencionismo” foi o nome dado a uma “corrente de pensamento desencadeada em razão das misérias da Revolução Industrial e que deu origem a uma legislação moderna de proteção dos trabalhadores.”²⁸. Um dos seus principais formuladores, Sismonde Sismondi (1773-1842), defendia a intervenção do Estado com o intuito de frear as forças desencadeadas de forma imprudente pelo industrialismo nascente. O intervencionismo tinha ainda como escopo a proteção à classe trabalhadora, a interdição do trabalho infantil e das mulheres nas indústrias e a adoção de garantias contra os riscos decorrentes do trabalho, como a doença, os acidentes, a invalidez e o desemprego.²⁹

27 QUINTANEIRO, Tânia, OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Karl Marx*. Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 78.

28 LAJUGIE, Joseph. *Les doctrines économiques*. Op. cit., 29.

29 Idem., p. 30.

Outra contribuição importante para a consolidação da doutrina viria da vertente germânica da corrente intervencionista. Os socialistas de cátedra, todos professores universitários e “impregnados pela filosofia de Hegel”³⁰, defendiam a ação do Estado no sentido de assegurar, dentre outros, o trabalho para todos. A materialização dessas ideias deu-se com o Manifesto de Eisenach de 1872, onde os seus adeptos postulavam o aprofundamento da questão social. Como expoentes do socialismo de cátedra, Adolf Wagner e Gustav Schmoller garantiram as bases ideológicas do *Sozialpolitik*. Wagner, por exemplo, considerava o estado como o segurador natural dentro da burocracia social alemã e afirma que caberia ao tributo corrigir as injustiças distributivas³¹. Era o tempo das lições memoráveis do *Verein fur Sozialpolitik* em que o Estado deveria concorrer para a eliminação das diferenças sociais, incompatíveis com o projeto de desenvolvimento da era Bismarck. Era a grande questão social que marcava o fim do século XIX. É interessante destacar, segundo Rosanvallon, que a expressão “questão social”, foi lançada, justamente, no final do século XIX, e referia-se ao desfuncionamento da sociedade industrial nascente³²:

La “question sociale”: cette expression, lancée à la fin du XIXe. Siècle, renvoyait aux dysfonctionnements de la société industrielle naissante. Les dividendes de la croissance et les acquis des luttes sociales avaient ensuite permis de transformer en profondeur la condition du prolétaire de l’époque. Le développement de l’État-providence était presque parvenu à vaincre la vieille insécurité sociale et à éliminer la peur du lendemain.

Por outro lado, o intervencionismo representou uma rejeição ao modelo do Estado mínimo e viria sustentado pelo tripé basilar da intervenção, composto pelas funções alocativa, redistributiva e estabilizadora, a base das finanças públicas modernas. Tais funções somente poderiam ser concretizadas por meio do tributo, o qual se tornou um instrumento de solidariedade social e gerou uma nova arquitetura para o Estado, tido, a partir daí, como provedor natural das necessidades dos indivíduos. Ao justificar a necessidade de uma moderna estrutura estatal voltada para a questão social, deve-se observar que “os novos arquétipos do bem-estar foram reafirmados pelas funções incorporadas pelo Estado intervencionista com o intuito de sustentar as novas relações entre capital e trabalho”³³. Assim, o intervencionismo foi o meio encontrado para remediar

30 LAJUGIE, Joseph. *Les doctrines économiques*, Op. cit. p. 31.

31 ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução José Pimentel de Ulhôa. Brasília: Editora UnB/Goiania: Editora UFG, 1997, p. 30.

32 ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale: repenser l’État-providence*. Paris: Éditions du Seuil, 1995, p. 7.

33 FALCÃO, Maurin Almeida. A construção doutrinária e ideológica do tributo: do pensamento liberal e social democrata à pós-modernidade. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges; RIBEIRO, Maria de Fátima.

às falhas do mercado liberal, o que importou em uma profunda reestruturação do papel do Estado. Ao analisar a concepção de Estado segundo Adam Smith, Bacache-Beauvallet e Mayneris observaram que este mesmo Estado teria uma ação residual em resposta às falhas do mercado³⁴. Por ser movido por uma lógica voltada para os interesses do *homo economicus*, o mercado liberal não proporcionou o bem-estar aos indivíduos, sendo, então, necessária e inexorável a intervenção estatal.

Goldscheid, considerado um dos fundadores da sociologia financeira, afirmou que as “finanças públicas têm um lugar fundamental na evolução do Estado e da sociedade”³⁵. Em consequência, a definição das funções intervencionistas do Estado deu início à nova ciência das finanças, em função da radical transformação do Estado e de suas organizações. Esping-Andersen definiu a tipologia dos Estados-providência em três modalidades, nas quais inclui, além do modelo liberal e conservador, a social-democracia³⁶. Por essa razão, o aparecimento da social-democracia no século XIX esteve intimamente ligado às demandas sociais decorrentes do já apontado desequilíbrio entre o capital e o trabalho. Em realidade, a necessidade de se fazer frente às novas demandas sociais exigiu que o Estado compatibilizasse a sua ação na busca dos recursos suficientes à sustentação da solidariedade social que se instalava na fase pós-Revolução Industrial. Como desdobramento natural do processo, toda a sociedade foi chamada a contribuir para o financiamento do Estado-providência, sendo que este passou a monopolizar as funções da solidariedade social. Surgia, assim, a grande sociedade solidária, cujos pilares eram constituídos pela intervenção pública para garantir e proteger os direitos sociais, influenciar o nível de renda e melhorar diretamente as competências dos indivíduos. Este seria o modelo que ditaria o comportamento do Estado por todo o século XX e colocaria, em lados opostos, as mais diversas correntes e escolas doutrinárias voltadas para explicar, sob diversos prismas, os efeitos econômicos, políticos e sociais da ação intervencionista. Portanto, a evolução social ocorrida naquele período, juntamente com a emergência de um novo Estado preocupado com as falhas do mercado liberal, implicou diretamente na concepção de uma nova estrutura política. Como assinalou Merrien, a gênese e a consolidação do Estado-providência tornaram-se um objeto maior de pesquisa em sociologia e ciência política³⁷. Vê-se que essa consolidação só foi possível mediante a ação coletiva fundada na noção da grande sociedade solidária que, por sua vez, se materializou no tributo como meio de sustentação financeira e

Atividade empresarial e mudança social. Marília: Editora UNIMAR, 2009, p. 152.

34 BACACHE-BEAUVALLET, Maya, MAYNERIS, Florian. *Le rôle de l'État*. Paris: Bréal, 2006, p. 26.

35 GOLDSCHIED, Rudolf. *Staatssozialism oder Staatskapitalisme*. Leipzig: Bruder Suschitzky, 1917, p. 208.

36 ESPING-ANDERSEN, Gösta. *Les Trois Mondes de l'État-providence*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999, p. 49.

37 MERRIEN, François-Xavier. *L'État-providence*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2000, p. 30.

política. As relações sociais foram estabelecidas em uma escala vertical em que o equilíbrio seria alcançado pelos esforços do Estado em promover a redistribuição.

Para entender o desenvolvimento da sociologia financeira, é preciso verificar que o tributo como reflexo da vida em sociedade conheceu uma lenta evolução. Conforme assevera Sevegnani “desde os tempos mais remotos, os tributos marcaram de forma indelével os acontecimentos históricos, podendo afirmar-se que, num certo sentido, determinaram a própria direção da história universal”³⁸. Steichen, em suas memoráveis lições sobre direito tributário comparado, proferidas na Universidade do Luxemburgo, colocou que, se por um lado a história justificaria o tributo, por outro, o tributo justificaria a história. Na primeira hipótese, para cada época haveria uma estrutura tributária determinada. Por sua vez, a segunda hipótese de Steichen traz ao lume, por exemplo, as razões da independência americana, as quais tiveram a sua origem na questão do chá, uma vez que os colonos não tinham representação no Parlamento britânico e, ainda, na queda de Atenas e de Roma, em função, dentre outras, do pesado ônus tributário³⁹. Assim, o tributo segue justificando a história. Essas passagens históricas, dentre tantas outras, demonstram a impossibilidade de se dissociar o tributo da evolução da vida em sociedade e do consciente coletivo.

Dessa forma, o desenvolvimento da ciência financeira incluiu o estudo das dimensões econômicas, políticas e sociológicas, conforme ressaltou Leroy ao buscar as origens da sociologia financeira⁴⁰. Em notável trabalho sobre a contribuição austríaca à sociologia financeira, Leroy se apoiou em Rudolf Goldscheid, Joseph Schumpeter e Thomas Mann, trazendo importantes lições que demonstraram a conexão entre o tributo, o fato social e a evolução do Estado. Ao afirmar que “todo problema social é, em realidade, um problema econômico e, em último caso, um problema financeiro”, Goldscheid justificou a aparição do Estado fiscal e da própria sociologia financeira. Esta perspectiva é complementada pelo pensamento de Shumpeter, que prega que a origem do e a evolução do Estado estão ligadas à economia e à mudança social. Mann concorre para a consolidação definitiva deste entendimento, ao acrescentar que a tributação “preserva a estrutura social existente e a concepção das relações entre o Estado e a tributação remonta às causas mais profundas das mudanças sociais. Assim, o imposto não seria simplesmente um fenômeno superficial, mas a expressão desta evolução”. Leroy observou que

38 SEVEGNANI, Joacir. *A resistência aos tributos no Brasil: Estado e a Sociedade em conflito*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 73.

39 STEICHEN, Alain. Notas de aula. Disponível em: <http://www.bsslw.net/optimized/pdf/541226743f>. Acessado em 28.06.2004.

40 LEROY, Marc. Les fondateurs autrichiens de la sociologie fiscale. in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 289.

Mann foi um dos primeiros a conceber a necessidade de uma sociologia fiscal funcional destinada a integrar a dimensão sociopolítica das finanças públicas.⁴¹

A partir dessa afirmação, percebe-se que a dimensão sociopolítica das finanças públicas, calcada nas funções intervencionistas do Estado, se completa na íntima ligação existe entre este e o mercado. Aliás, Schumpeter reiterou que a ação do Estado fiscal completaria a do mercado. Nessa mesma direção, Gilpin, ao expor as bases da economia política, afirmou que “embora o Estado e o mercado sejam aspectos distintos do mundo moderno, incorporando respectivamente a política e a economia, é obvio que não podem ser separados de forma completa”⁴². Estamos diante, portanto, de uma percepção que leva, sem dúvida, à construção das bases de uma economia política do tributo.

Ao recorrer a Klinderberger, Gilpin notou que

Em um mundo exclusivamente político, em que não existisse o mercado, o Estado distribuiria os recursos disponíveis de acordo com seus objetivos sociais e políticos [...]. E em um mundo sem intervenção do Estado, em que só existe o mercado, este funcionaria na base dos preços relativos das mercadorias e dos serviços; as decisões teriam a forma da busca do interesse individual.⁴³

Além do mais, essa análise perpassa pelos domínios da teoria normativa do Estado. Foi justamente desse conflito que surgiu o Estado intervencionista que, sustentado nas suas funções naturais, definiu o seu alcance. Em face do risco da sobreposição do interesse individual, o Estado intervém no sentido de eliminar as falhas do mercado liberal, onde predominava o egoísmo do *homo economicus*. Para Mitchell e Simmons, essas falhas seriam a justificativa moderna para a ação governamental.⁴⁴

A partir desses fundamentos é possível estabelecer que a Revolução Francesa e a Revolução Industrial se situam na origem das novas relações entre o Estado e a sociedade. A primeira, conforme asseverado, contribuiu com os princípios políticos da tributação, dentre eles, o consentimento e a capacidade contributiva. Por seu turno, a Revolução Industrial inaugurou a fase harmônica entre capital e trabalho, ao estabelecer uma estrutura de financiamento destinada a sustentar as transformações sociais. Contudo, os valores do mercado não foram desprezados. Ao contrário, ambos constituíam os pilares de um Estado

41 LEROY, Marc. *Les fondateurs autrichiens de la sociologie fiscale*. Op. cit., p. 43.

42 GILPIN, Robert. *A economia política das relações internacionais* Op. cit., p. 27.

43 Idem, p. 26.

44 MITCHELL, William C., SIMMONS, Randy T. *Beyond Politics: Markets, Welfare, and the Failure of Bureaucracy*. Boulder: Westview Press, 1994, p. 31

fiscal pleno. Cabe destacar, entretanto, que esta convivência não foi pacífica. Os acontecimentos registrados ao longo do século XX, período de consolidação e crise do Estado intervencionista, expuseram o debate entre os valores liberal e socialdemocrata, desencadeando um embate doutrinário importante. A expansão do Estado-providência verificada logo após o fim da Segunda Guerra Mundial foi acompanhada por um movimento de contestação, o qual levou a crise do intervencionismo nos primeiros anos da década de setenta do século XX. Há de se concluir, portanto, sobre a absoluta predominância dos movimentos pela reforma do Estado e o fim de seus excessos intervencionistas.

A crise da estrutura econômica do medievo deu origem ao que seria, séculos mais tarde, o Estado fiscal. Se por um lado, os novos modelos de produção e de comercialização trazidos pela Revolução Industrial consolidaram os velhos ideais de mercado; por outro, as conquistas obtidas pelo proletariado nascente implicaram em profundas transformações sociais. Assim, a emergência do Estado-providência contribuiu de modo natural para o reencaixe parcial do econômico no social, conforme evidenciou Rosanvallon⁴⁵. A sociologia fiscal encontrou um campo propício à afirmação. De forma inegável, pode-se dizer que as transformações do Estado e de suas instituições vieram no bojo da necessidade de produção de uma legislação social voltada para a materialização da grande sociedade solidária. Em consequência, o Estado fiscal encontra o seu ápice na efetivação das suas funções intervencionistas, as quais, como dito, estabeleceram as bases das finanças públicas modernas, sendo que as duas primeiras funções – alocativa e redistributiva – estavam voltadas primordialmente para a questão social. Por sua vez, a função estabilizadora seria a forma que o Estado teria para ditar o comportamento dos agentes econômicos por meio de ações destinadas a confirmar a primazia do interesse geral sobre o particular. A interação entre o Estado e o mercado demonstrou que não seria possível dissociar a economia da política. A essa perspectiva veio se juntar também a sociologia em função, justamente, do novo Estado e do comportamento social diante deste Estado provedor das necessidades mínimas. Essa tríplice relação foi enriquecida pelo novo papel atribuído ao tributo, o de promover a igualdade social. Visto antes como financiador das extravagâncias pessoais dos soberanos ou como instrumento de dominação, o tributo ganhou nova roupagem com a transformação do Estado e de suas instituições. A conjunção dos ideais políticos galvanizados à época da Revolução Francesa e as conquistas sociais registradas a partir do fim da primeira metade do século XIX, demonstraram que o tributo seria a via destinada a garantir a sobrevivência das estruturas sociais. Entretanto, as diversas percepções sobre a necessidade de financiamento do Estado fiscal dariam lugar a um fascinante debate a partir de então. Deve-se ressaltar que não apenas os contornos da relação

45 ROSANVALLON, Pierre de. *A crise do Estado-providência*. Op. cit., p. 37.

entre o Estado fiscal e os seus contribuintes alimentaram o debate em distintos momentos da história. O tributo revelou-se objeto de uma grandiosa discórdia entre correntes da economia e da ciência política, marcando diversas épocas e cada uma procurando explicar, a sua maneira, as transformações econômicas, políticas e sociais do Estado e do seu tempo. As diferentes percepções dos eventos que marcaram em diferentes épocas o perfil do Estado fiscal contribuíram para o florescimento de um número importante de doutrinas. Apesar de conflitantes, elas deram origem a robustas teorias econômicas e políticas que influenciaram o perfil do Estado após a crise que impôs o fim dos Trinta Gloriosos.

Nessa perspectiva, as falhas do mercado liberal e as manifestações que ocorreram no século XIX e que deram origem ao sindicalismo poderiam ser consideradas como a gênese do Estado fiscal a partir do momento em que este incorpora as suas funções intervencionistas. Conforme destacado acima, o prosseguimento da edificação do Estado fiscal ocorre ainda com as lições do socialismo de cátedra, na Alemanha de Bismarck, que viria a lançar as bases definitivas da socialdemocracia. O desenvolvimento não seria alcançado com o desequilíbrio social, o qual precisaria ser estabelecido, afirmava o velho *Kaiser*. A Alemanha contribuiu ainda para o vigor do Estado fiscal com os avanços registrados na República de Weimar, no limiar do século XX, quando foram concretizados os valores do intervencionismo. Nesse aspecto, deve ser ressaltado o fato de que a Alemanha expôs, com maior veemência, as virtudes do *Sozialstaat*. Contudo, os excessos intervencionistas verificados na era Weimar exaltaram os ânimos de Mises e Hayek, economistas expoentes da Escola Austríaca, os quais iniciaram, ainda nos anos vinte, suas pregações contra o modelo alemão da burocracia social. Assim sendo, a Alemanha gerou um modelo de intervenção social e, ao mesmo tempo, produziu o antídoto destinado a anulá-lo. A polêmica pregação de Hayek contra as falsas promessas de liberdade da socialdemocracia marcaria o debate por mais de meio século. As lições da *Société du Mont Pélérin* influenciariam toda uma geração de economistas, que foram responsáveis pela eclosão de diversas escolas, sendo exemplos notáveis o *Public Choice* e a Escola de Chicago, sob a batuta de Buchanan e Friedman. As transformações ocorridas no ocaso dos Trinta Gloriosos, decorrentes da crise econômica internacional, têm origem na necessidade de redução do papel intervencionista do Estado, um dos objetivos sagrados desses movimentos. Hayek tinha razão, portanto. A atribuição do Prêmio Nobel ao economista, em 1974, coincidiria com o início da crise econômica internacional. A partir daí, o papel do Estado foi revisto e passou por um doloroso processo de readequação às diretrizes dos organismos internacionais. Passou-se a ter um novo Estado, com instituições adaptadas aos novos tempos de contenção dos gastos públicos. Era o início da crise do Estado-providência,

conforme observou Rosanvallon⁴⁶. A partir desses fatos, as relações sociais foram marcadas pela tensão, o que determinou um novo comportamento social. As políticas públicas e toda ação do Estado foram permeadas no sentido de preservar, pelo menos, parte das conquistas sociais e o capital político proporcionado pela barganha. Surgia, assim, uma nova questão social⁴⁷. Esta situação revelava, talvez, uma anomia nas relações sociais no final do Século XX.

Retomando os fatos que marcaram a edificação do Estado fiscal, é importante assinalar o esforço keynesianista e o *New Deal* na busca de soluções para a crise dos anos trinta do século XX. Esse período foi marcado pelo revigoramento do Estado fiscal e ficou demonstrado que somente esse Estado poderia trazer um paliativo para os graves desequilíbrios macroeconômicos que grassavam o cenário político do entre-guerras. O arremate dessa escalada se daria com a expansão do Estado-providência, ocorrida na fase seguinte à Segunda Guerra Mundial. A precariedade e as condições de vida predominante na Inglaterra levaram Lorde Beveridge a propor um novo modelo universal de proteção social. A renovação do contratualismo, com o advento do *Welfare State*, foi responsável por uma nova dimensão do Estado intervencionista. Contudo, a expansão dos estados sociais não ocorreu sem as manifestações iradas, até certo ponto, dos seguidores de Hayek. A crise econômica internacional dos anos setenta do século XX demonstraria o equívoco. Os excessos intervencionistas e o incremento desmesurado das contribuições sociais levariam à degradação das bases econômicas e à redução do poder aquisitivo. Com isso, foram contrariados os ideais da livre iniciativa e foi demonstrada a necessidade de reestruturação do setor público nas últimas décadas.

Em suma, consolidado o intervencionismo estatal ao longo de todo o século XX, o Estado orientou a sua ação e as suas políticas públicas sempre dentro dos parâmetros da solidariedade social. Desde a adoção da doutrina keynesianista, passando pela renovação do contratualismo após o final da Segunda Guerra Mundial, até a crise do Estado-providência nos anos setenta, a estrutura do Estado foi concebida no sentido de permitir a expansão dos gastos públicos destinados à manutenção do Estado social. Sem dúvida, o Estado e suas instituições passaram por uma completa remodelação em decorrência da crise do modelo intervencionista surgido no pós-guerra. A nova arquitetura do Estado e de suas instituições, após a crise internacional dos anos setenta, modificou as relações sociais e gerou tensões. Contudo, a amarga retomada com força dos valores liberais demonstrou o equívoco da euforia do pós-guerra. A redução do Estado e o saneamento compulsório do setor público deram novo alento às virtudes do mercado. As tensões sociais assinaladas acima decorreram, de forma inegável, da crise em que mergulhou o Estado-providência. Rosanvallon expôs que os

46 ROSANVALLON, Pierre de. *A crise do Estado-providência*, Op. cit., p. 42.

47 ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale*. Op. cit., p. 7.

problemas atuais do Estado-providência devem ser abordados prioritariamente em termos sociológicos e políticos⁴⁸. Sem dúvida, trata-se de um retorno às grandes questões da economia política.

5 Considerações finais

A análise proposta ao longo deste trabalho teve como objetivo primordial o de destacar o papel do tributo como resultado da vida em sociedade. Como assinalado anteriormente, não há como pensar em uma sociedade sem tributo. Assim, essa percepção desencadeia diferentes abordagens multidisciplinares, uma vez que a interação entre o mercado e o Estado traz em seu bojo relações econômicas, sociais e políticas que se revelam como a verdadeira identidade de uma sociedade. Por isso, diversos domínios das ciências sociais intentaram, desde o início, explicar a partir de bases científicas, a complexidade dessas relações. Dessa constatação, um número infindável de teorias ganhou os meios acadêmicos e o Estado na tentativa de orientar as grandes decisões da economia pública e, assim, formar um consciente coletivo que pudesse satisfazer a coesão social.

Deve ser observado que essa natureza multidisciplinar do tributo o coloca em uma posição privilegiada no contexto político. Trata-se da verdadeira alma do Estado, se analisarmos a questão a partir de suas funções intervencionistas, as quais se constituem no objetivo primordial de sua razão de ser. Além de atuar como amálgama da vida em sociedade, o tributo define o ponto de equilíbrio nas relações do Estado com o mercado. Não haveria, portanto, como dissociar um do outro. São essas relações complexas que as ciências sociais tentam explicar.

Referências

- BACACHE-BEAUVALLET, Maya, MAYNERIS, Florian. *Le rôle de l'État*. Paris: Bréal, 2006.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 17. ed. Tradução Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2002.
- ESPING-ANDERSEN, Gösta. *Les trois mondes de l'Etat-providence*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.
- FALCÃO, Maurin Almeida. A construção doutrinária e ideológica do tributo: do pensamento liberal e social democrata à pós-modernidade. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges; RIBEIRO, Maria de Fátima. *Atividade empresarial e mudança social*. Marília: Editora UNIMAR, 2009, p. 152.
- GILPIN, Robert. *A economia política das relações internacionais*. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002. p. 137-156 (Coleção Relações Internacionais).
- GOLDSCHIED, Rudolf. *Staatssozialismus oder Staatskapitalismus*. Leipzig: Bruder Suschitzky, 1917.

48 ROSANVALLON, *A crise do Estado-providência*. Op. cit., p. 17

- LAJUGIE, Joseph. *Les doctrines économiques*. 15. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.
- LEROY, Marc. Les fondateurs autrichiens de la sociologie fiscale. in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame*. Aix-en-Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010.
- MERRIEN, François-Xavier. *L'État-providence*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.
- MITCHELL, William C., SIMMONS, Randy T. *Beyond Politics :Markets, Welfare, and the Failure of Bureaucracy*. Boulder: Westview Press, 1994.
- QUINTANEIRO, Tânia. *Émile Durkheim*. Horizonte: Editora UFMG, 1995.
- QUINTANEIRO, Tânia, OLIVEIRA, Márcia Gardênia de. *Karl Marx*. Horizonte: Editora UFMG, 1995.
- ROSANVALLON, Pierre. *La nouvelle question sociale: repenser l'État-providence*. Paris: Éditions du Seuil, 1995.
- ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Tradução José Pimentel de Ulhôa. Brasília: Editora UnB/Goiânia: Editora UFG, 1997.
- SAMSON, William D. *History of Taxation*. in: *The International Taxation System*, Andrew Lymer, John Hasseldine. Boston: Kluwer Academic Publishers, 2002.
- SEVEGNANI, Joacir. *A resistência aos tributos no Brasil: Estado e a Sociedade em conflito*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- SILVA, Airton José da. Disponível em: http://www.airtonjo.com/socio_antropologico02.htm, acesso em: 14 maio 2011.
- STEICHEN, Alain. *Notas de aula*. Disponível em: <http://www.bsslw.net/optimized/pdf/541226743f>. Acesso em: 28 jun. 2004.
- WOLFELSPERGER, Alain. *Economie Publique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

Recebido em 29/02/2012

Aceito para publicação em 09/11/2012

PAPEL DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO: ANÁLISE DO SETOR PETROLÍFERO NO BRASIL

STATE ROLE IN DEVELOPMENT: ANALYSIS OF OIL SECTOR IN BRAZIL

Daniel Francisco Nagao Menezes¹

Sumário

1. Introdução. 2. História do petróleo no Brasil e estágio atual. 3. Aspectos jurídicos do Monopólio do petróleo. 4. Da atuação do Estado no Domínio Econômico – A efetivação do capitalismo de Estado Brasileiro; 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. History of Oil in Brazil and Current Stage. 3. Legal Aspects of Oil Monopoly. 4. Role of the State in the Economic Domain - The enforcement of Brazilian State capitalism. 5. Final remarks. Reference.

Resumo

O texto parte da premissa da existência em nosso país de um Capitalismo de Estado, cuja fonte é a Constituição Federal. O texto constitucional traz não só a política econômica do Estado, mas todas as ações envolvidas no desenvolvimento econômico, tais como pesquisa, infraestrutura e educação, demonstrando que não há atividade econômica sem controle, intervenção ou autorização do Estado. A fim de demonstrar a existência de Capitalismo de Estado no Brasil é feita uma análise sobre a história da Petrobrás e sua relação com o Estado, ficando claro que o início das atividades bem como seu desenvolvimento dependeram da presença do Estado, o qual organiza não só o setor estratégico, mas toda uma indústria com base num setor específico. Palavras-chave: Capitalismo de Estado. Constituição Econômica. Setor Petrolífero.

Abstract

The text assumes the existence of our country in a state capitalism, whose source is the Federal Constitution. The Constitution not only brings economic policy of the state, but all the actions involved in economic development, such as research, infrastructure and education, showing that

¹ Doutorando em Direito Político e Econômico e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo- SP.

economic activity is not out of control, intervention or authorization of the State. In order to demonstrate the existence of state capitalism in Brazil we analyzed the history of Petrobras and its relationship with the state, making it clear that the initiation of activities and their development depended on the presence of the state, which organizes not only the strategic sector but an entire industry based on a specific sector.

Key words: State capitalism. Economic Constitution. The Oil Sector.

1 Introdução

A proposta do texto é analisar a formação do setor petrolífero brasileiro, em especial a criação e missão pública da Petrobrás, demonstrar a existência de Capitalismo de Estado no Brasil a partir do exemplo da Petrobrás e, propor, pontualmente, reformas administrativas na atividade econômica.

2 História do petróleo no Brasil e estágio atual

A história “jurídica” do petróleo no Brasil inicia-se no segundo império², mais especificamente no ano de 1864, mediante o Decreto 3.352 que concedeu a Thomas Denny Sargent permissão, pelo prazo de 90 anos, de extração de turfa, petróleo e outros minerais na Comarca de Camanu, Ilhéus e, nas margens do Rio Maraú e; posteriormente, mediante o Decreto 4.386 de 1896, concedeu igual direito, pelo prazo de 30 anos, para Edward Pellew Wilson. Podemos dividir as etapas do desenvolvimento das pesquisas e extração de petróleo no Brasil, da seguinte maneira:

Período	Fase
Livre Iniciativa (1864-1939)	1 – Fase Pré-Histórica do Petróleo no Brasil (1864-1919) 2 – Fase do Reconhecimento Geológico (1919-1933) 3 – Fase de Seleção de Áreas (1933-1939)
Controle pelo Conselho Nacional de Petróleo (1939-1953)	4 – Fase de Organização do CNP (1939-1946) 5 – Fase de Ampliação das Atividades do CNP (1946-1951) 6 – Fase de Integração das Atividades do CNP (1951-1953)
Monopólio da Petrobrás (1953)	7 – Fase do Monopólio Estatal

Fonte: MARINHO JÚNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Edições Bloch. 1970, p. 302.

² Também houve o Decreto 10.073 de 1888 que autorizou Tito Lívio Martins a explorar petróleo no Município de Tatuí/SP, havendo também autorizações para exploração em Codó/MA (1888) e São José/SC (1889).

A tabela acima demonstra a criação e consolidação do setor petrolífero no Brasil semelhante à evolução do direito econômico demonstrado no item II deste artigo. Desde o primeiro decreto imperial autorizando a exploração por particulares, toda a fase pré-histórica do petróleo no Brasil foi incumbência do setor privado, o qual atuava mediante autorização do governo federal. Nesse período, a exploração do petróleo se resumia a perfurações de pequena profundidade, realizada por particulares ou por desestruturados órgãos públicos, merecendo destaque a Comissão Geográfica de São Paulo e a Comissão de Estudos das Minas e Carvão-de-Pedra do Brasil, substituído, em 1907, pelo Serviço Geológico e Minerológico do Brasil, que atuava, muitas vezes, em parceria com a iniciativa privada.

Para Ilmar Penna Marinho Júnior³:

O sistema de colaboração entre as companhias privadas e o Serviço Geológico, inaugurado em 1917, prolongou-se até 1919, quando, então, entrou em franco declínio, em virtude principalmente dos resultados negativos advindos dessa cooperação. Com efeito, o Governo arcava sempre com a parte mais onerosa dos encargos da exploração petrolífera. Não só cedia sondas e mobilizava um corpo técnico a seu soldo para superintender as sondagens particulares, como se responsabilizava, ainda, pela retida das sondas, quando as companhias privadas, ou por desinteresse ou por insuficiência de capital, desistiam de prosseguir nos trabalhos de pesquisa.

Esta primeira fase histórica se encerra em 1919, na ocasião em que o Serviço Geológico inicia a primeira sondagem exclusivamente federal, no Município de Marechal Mallet/PR. A segunda fase se caracteriza pela melhora da qualidade das pesquisas técnicas passando de trabalhos meramente iniciais para o uso aplicado da geologia, setor este que se desenvolveu no Brasil a partir de questões econômicas. Outra questão que caracteriza a segunda fase é o reconhecimento e indicação das áreas de possível exploração de petróleo, com base em argumentos científicos, e a centralização em órgãos públicos, não mais em empresas privadas⁴. Tal base científica, embora não tenha apresentado resultados positivos, o que só aconteceria em 1939 com a descoberta

3 MARINHO JÚNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Edições Bloch. 1970, p. 306.

4 Os estudos técnicos sobre a existência de petróleo no Brasil ocasionaram o movimento inverso da primeira fase, qual seja, empresas privadas passaram a ser criadas a partir da ação do Estado na busca por petróleo. Marinho Júnior aponta a criação das seguintes empresas nessa etapa: Companhia Petrolífera Brasileira (BALONE); Companhia Petróleo Nacional S/A; Companhia Petróleo do Brasil; Companhia Geral de Petróleo Pan-Brasileira (subsidiária da Standard Oil); Companhia Mato Grossense de Petróleo; Sociedade Limitada de Petróleos de Marau (SOLIPEMA) e, Companhia Itatig, Petróleo, Asfalto e Mineração. In: MARINHO JÚNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Edições Bloch. 1970, p. 315.

em Lobato – Recôncavo Baiano, permitiu a seleção das áreas a serem pormenorizadas para uma segunda fase da busca pelo petróleo, aumentando a qualidade das pesquisas.

Em 1933, inicia-se a terceira fase da história do petróleo no Brasil através da reformulação administrativa do Ministério da Agricultura. O Serviço Geológico passou a integrar, com o nome de Instituto Geológico e Mineralógico do Brasil, a Diretoria Geral das Pesquisas Científicas (Dec. 22.338/33). Pouco tempo depois, esta Diretoria foi transformada em Diretoria Geral de Produção Mineral (Dec. 23.016/33). Nem um ano após esta mudança, novas alterações sobrevieram na estrutura administrativa, transformando-se a antiga Diretoria em Departamento Nacional da Produção Mineral.

Esta fase se caracteriza pela seleção, com base nos estudos técnicos da etapa anterior, de quais áreas seriam pesquisadas, criando-se um programa de pesquisa buscando a solução definitiva sobre a existência ou não de petróleo no Brasil. Antes de abordar o segundo período – regulamentação do setor pelo Conselho Nacional do Petróleo – dois fatos permitiram esta transição entre períodos. O primeiro fato é decorrente do Dec-Lei 395/38 que declarou de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo. Por meio deste decreto o governo nacionalizou a indústria da refinação do petróleo, seja importado ou nacional, sendo que as empresas envolvidas na cadeia produtiva deveriam ser compostas somente por capitais nacionais.

O segundo fato é a criação do próprio CNP – Conselho Nacional do Petróleo, mediante o Dec.-Lei 538/38 que organizava este órgão com finalidade de implementar a indústria petrolífera no Brasil, regulando e efetivando o Dec.-Lei 395/38. A finalidade do CNP, para Marinho Júnior era

coordenar, executar e supervisionar o complexo de empreendimentos que se viessem estabelecer para refinar petróleo, desde a localização das instalações, sua capacidade e programas de produção, normas contábeis e, até mesmo, suas operações financeiras e mercantis.⁵

Embora criado em 1938, o CNP inicia suas atividades em 1939 com a transferência das atribuições referentes à pesquisa e lavra de jazidas petrolíferas (vide Dec.-Lei 1.217/39) e transferência do material e equipamentos correspondentes (Dec.-Lei 1.369/39), possibilitando a partir de então, o início de uma formulação de uma política nacional de petróleo, mormente considerando a descoberta de petróleo em Lobato/BA.

O CNP, sob direção do General Horta Barbosa, assume um perfil eminentemente nacionalista, com inspirações nos modelos de exploração no países da Bacia do Prata, em especial a ANCAP (Administración Petrolíferas Fiscales), no Uruguai, e a YPF (Yacimientos Petrolíferos Fiscales), na Argentina, ambas empresas estatais. Após um pequeno recuo na linha estatizante do CNP

5 MARINHO JÚNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Edições Bloch. 1970, p. 346.

no início do governo Dutra, em 1946 há o ápice da intervenção estatal no setor petrolífero, com a criação da empresa estatal Refinaria Nacional de Petróleo S/A, cujo capital era subscrito pelo CNP em seu próprio nome. Para Marinho Júnior⁶:

O auspicioso acontecimento ampliando o escopo da atividade estatal no domínio do petróleo representava no contexto político uma radical mudança de orientação governamental em matéria de política petrolífera, dantes circunscrita apenas às atividades de prospecção e exploratórias. Em verdade, o ingresso do Governo Federal na indústria do refino, encerrando esta fase organizacional do CNP, prefixa a reavaliação do conceito da função estatal em assuntos de petróleo e denuncia a próxima escalada da intervenção do Estado noutras áreas do complexo petrolífero.

Com a criação da Refinaria no Recôncavo baiano, em 1946, o CNP inicia sua fase de ampliação de funções, o que será explicitado em 1948 com o Plano SALTE, que incluiu um capítulo específico sobre o petróleo, em decorrência da vitória das teses nacionalistas⁷ sobre exploração do petróleo. Nas palavras de Ilmar Penna Marinho Júnior, o Plano SALTE previa as seguintes missões⁸:

6 MARINHO JÚNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Edições Bloch. 1970, p. 358.

7 Durante o ano de 1947, no Clube Militar, houve o debate sobre duas teses antagônicas referentes à forma de exploração do petróleo brasileiro. A primeira, defendida pelo General Juarez Távora, afirmava que: 1) o Estado, no Brasil, sempre se revelou incapaz de uma administração racional, mesmo em setores que lhe são inerentes, tanto mais no campo industrial muito mais exigente quanto ao espírito e aos métodos de direção; 2) A extensão da área explorável e a urgência de uma solução para o nosso problema de energia impõem o recurso à cooperação estrangeira em capitais, equipamentos e técnicos; 3) A pesquisa e a lavra podem ser realizados indistintamente por entidades nacionais, mistas ou totalmente estrangeiras, ao passo que a refinação e os transportes serão reservados a brasileiros ou sociedades mistas, onde os brasileiros participem com 60% do capital mínimo; 4) A exploração será executada de forma a não prejudicar a área vizinha, destinada à reserva nacional; 5) A exportação, quer do óleo bruto, quer do petróleo refinado, condiciona-se rigorosamente ao suprimento do mercado interno. De outro lado, havia a tese nacionalista, com o lema “O Petróleo é Nosso!”, capitaneada pelo General Horta Barbosa, que dizia: 1) A história de outros povos, em particular do México e da Argentina, revela que onde existiu o monopólio do Estado, a nação inteira, e não grupos isolados, foi beneficiada, sendo estimuladas todas as demais fontes de produção econômica; 2) Por outro lado, onde prevaleceu o monopólio privado, como na Venezuela e no Paraguai, só as empresas exploradoras se locupletaram da alta produção, continuando esses países na mesma situação primitiva de dependência econômica; 3) É inconciliável o regime de concessões com a necessidade de constituição de reservas nacionais; 4) No Brasil quem pesquisa realmente é o Estado, obediente a todos os preceitos técnicos, como demonstra a circunstância de ser apontada como exemplar a baixa porcentagem de poços secos perfurados; 5) A solução que melhor consulta o interesse público por ser o petróleo um elemento básico da defesa e economia nacionais é o monopólio da indústria pelo Estado. In MARINHO JÚNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Edições Bloch. 1970. p. 360.

8 MARINHO JÚNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Edições Bloch. 1970, p. 362.

1. Pesquisa intensa e compra de material especializado para perfuração de poços e execução dos trabalhos complementares;
2. Aquisição e montagem de refinarias para produção diária de 45.000 barris;
3. Ampliação da refinaria da Bahia;
4. Aquisição de 15 petroleiros de 15.000 toneladas cada um ou tonelagem total equivalente.

A última fase antes do monopólio do petróleo é da integração das atividades do CNP, que passa pelo incremento das pesquisas em petróleo, montagem da frota nacional de petroleiros, construção do oleoduto Santos/São Paulo, ampliação de refinarias, dentre outras ações que permitiram à Petrobras herdar um considerável patrimônio físico e intelectual, integração intersetorial esta que deu origem à hoje denominada indústria para-petroleira nacional.

Por fim, a última etapa da história no Petróleo no Brasil é a do monopólio estatal que culminou com a criação da Petrobrás através da lei 2.004/53, uma lei inovadora e ousada pois, além de constituir um monopólio por lei ordinária e não via constitucional, estrutura todo um setor produtivo de forma sofisticada⁹ e é promulgada num contexto de forte oposição política. Para a professora de economia da UFRJ Carmen Alveal¹⁰:

O nascimento da Petrobrás consagrou uma vitória que combinou a opção nacionalista e a estatal. Contudo, as forças envolvidas nessa vitória política perceberam que os atores derrotados (o poderoso cartel internacional do petróleo, os setores liberais da burguesia doméstica e seus representantes no Congresso Nacional) não abandonariam o confronto. Dessa maneira, a consequência direta – por contraste a outras estruturas do SPE – dos embates de poder entre os interesses estruturais que cristalizaram na criação da Petrobrás foi a nitidez dos recursos de autoridade e de alocação com que a nova empresa foi

⁹ Pela primeira vez uma empresa estatal tem previsões de financiamento que não recursos diretos do tesouro nacional. Para Edelmira del Carmen Alveal Contreras: “a lei definiu várias fontes de recursos financeiros para a empresa executar o monopólio: o Fundo Rodoviário Nacional, o Imposto Único sobre Combustíveis Líquidos, o imposto de importação sobre automóveis etc. Enfim, a lei outorgou à empresa uma série de benefícios fiscais, incluindo-se a isenção dos tributos de importação para consumo e de impostos para a importação de maquinário, equipamentos, sobressalentes e outros. Apoiada na forte legitimidade política nacional e popular, essa estatura ponderável de recursos generativos visou, desde sua origem, proteger a empresa, garantindo-lhe, por um lado, a existência futura em face de qualquer mudança da instável correlação de forças políticas que lhe deu atestado de nascimento e, por outro lado, preservá-la do clientelismo governamental. In: CONTRERAS, Edelmira Del Carmen Alveal. *Os desbravadores: a Petrobrás e a Construção do Brasil Industrial*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ANPOCS. 1994. p. 72.

¹⁰ CONTRERAS, Edelmira Del Carmen Alveal. *Os desbravadores: a Petrobrás e a Construção do Brasil Industrial*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ANPOCS. 1994, p. 71.

dotada. O monopólio legal de competências (autoridade funcional), suportado por correspondente dotação legal de recursos financeiros, propiciaria à estrutura recém-criada amplo campo generativo para exercício das funções que lhe foram atribuídas pela autoridade executiva, após a aprovação por um Congresso Nacional sensível à força popular e nacionalismo do movimento “O Petróleo é Nosso”. No período do governo Kubitscheck, no intuito de responder positivamente aos compromissos produtivos que lhe foram atribuídos como alavancadora da industrialização e pesando-lhe a herança do movimento que lhe dera origem como símbolo do desenvolvimento nacional, a liderança da Petrobrás avança um comportamento autônomo que a conflita com a autoridade superior, numa demonstração precoce de identidade e força política.

A partir do nascimento privilegiado, ou seja, herdando o *know-how* exploratório do CNP, possuindo instrumentos de alavancagem públicos e detendo monopólio de setor estratégico, a Petrobrás conseguiu estruturar-se enquanto empresa pública e, cumprir sua missão pública de empresa estatal organizando o setor do petróleo no Brasil.

Não obstante, seu papel diferenciado entre as empresas estatais, a Petrobrás criou e desenvolveu o setor para-petroleiro nacional, isto é empresas privadas ou públicas que giram ao redor da produção, refino e distribuição de petróleo.

No setor público, as atividades da Petrobrás se ramificam por diversas empresas subsidiárias com atuação especializada, sendo as principais a Transpetro, Petrobrás Distribuidora, Petroquisa, Petrobrás Biocombustível e Gaspetro. No setor privado a Petrobrás obteve sucesso ao articular toda uma cadeia de fornecedores privados de altíssima qualidade e, na maioria das vezes, de capital nacional, sucesso este que é engrandecido se considerarmos que a Petrobrás é o único adquirente de determinados produtos e serviços.¹¹

Esta relação da Petrobrás com fornecedores, públicos e privados, tem seu início na própria criação da Petrobrás na década de 50, momento no qual se observava incentivos estatais ao surgimento de vários setores industriais, financiados pelo nascente BNDE, e o fim de financiamentos internacionais, como bem salientou Laura Randall¹²:

11 “A maior parte do que é realizado hoje na indústria do petróleo depende da participação das empresas fornecedoras de bens e serviços. No desenvolvimento de atividades de exploração e produção, existe uma série de tarefas realizadas pelas próprias companhias de petróleo e outras que são contratadas com as empresas correlatas do setor” In: ZAMITH, Regina. *A indústria para-petroleira nacional*. São Paulo: Annablume, 2001. p. 107.

12 RANDALL, Laura. *The Political Economy of Brazilian Oil*. London: Praeger Publishers, 1993, p. 216.

On the other hand, the government formed “Executive Groups”, which planned, coordinated, and financed the development of automotive, capital goods, chemical, shipbuilding, and other industries, which promoted their longrun growth. In the case of the motor vehicle industry, for example, the government prohibited the import of fully assembled motor vehicles in 1953. The import of machine tools was exempted from tariffs, which led to increased foreign investment. Moreover, the suspension of international aid to Brazil when PETROBRAS was founded gave added impetus to PETROBRAS development of local suppliers. The creation of the BNDE in 1952 led to increasing credit for capital goods in the late fifties. Subsidiaries of foreign firms, with Brazilian participation, increased metal mechanical, transport pieces and equipment, and light electric goods.

Atualmente, são atividades que podemos chamar de privatizadas da Petrobrás¹³:

1. Interpretações geológicas e geofísicas para decidir onde perfurar;
2. Processamentos geofísicos especiais;
3. Programas de perfuração, completção e avaliação de poços;
4. Engenharia conceitual de projetos de desenvolvimento e produção.

Por sua vez, são contratados com os fornecedores privados, os seguintes serviços¹⁴:

1. Levantamentos geofísicos;
2. Processamentos geofísicos rotineiros;
3. Perfuração de Poços;
4. Avaliações de poços;
5. Engenharia básica e detalhamento de unidades de produção;
6. Construção e pré-operação de unidades de produção;
7. Serviços de transporte e logística;
8. Serviços de manutenção;
9. Operações relacionadas à produção, como estimulação de poços.

Laura Randall demonstra a importância estratégica da participação da Petrobrás no cenário produtivo nacional¹⁵:

13 ZAMITH, Regina. *A indústria para-petroleira nacional*. São Paulo: Annablume, 2001, p. 108.

14 Destes fornecedores 34,15% tem capital nacional; 41,46% capital internacional; 14,63% capital misto e; 9,76% não pode ser identificado. Fonte: ZAMITH, Regina. *A indústria para-petroleira nacional*. São Paulo: Annablume, 2001, p. 114.

15 RANDALL, Laura. *The Political Economy of Brazilian Oil*. London: Praeger Publishers, 1993, p. 219.

The oil industry has been important in developing Brazil's capital goods industry. In general, until 1990, PETROBRAS purchased more expansive Brazilian goods and services instead of importing cheaper items. PETROBRAS purchases were important because of its assistance provided to capital goods manufacturers. Capital goods for the oil industry were 4.7 percent of capital goods from 1974 to 1983, but accounted for about one-third of on-order capital goods by the beginning of the eighties, this being the largest demand from a single sector. This reflected both the growth of the oil industry and the increasing share of Brazilian goods in total purchases. In 1985, the oil and petrochemical industries purchased 15.6 percent of capital goods: roughly 7 percent of metal mechanics, 60 percent of boilers, and half of pumps. In 1986, PETROBRAS accounted for about 20 percent of on-order capital goods in Brazil, and had a significant impact on naval construction. In 1990, PETROBRAS accounted for 16 of 40 ships ordered in Brazil from the five largest shipyards – some 31 percent of Gross tonnage.

Atualmente, com a estruturação da Petrobrás para o início da exploração de petróleo no denominado pré-sal, um novo modelo de relacionamento com os fornecedores está em construção.

O mais surpreendente deles é o Projeto Progredir, no qual a própria Petrobrás criou, juntamente com bancos, linhas de financiamento para seus fornecedores de produtos e serviços para o pré-sal. Neste programa, os bancos participantes têm acesso aos dados de fornecedores que contrataram com a Petrobrás e passam, em uma espécie de leilão, a oferecer financiamentos aos fornecedores, os quais, por sua vez, tem como garantia do contrato de financiamento o próprio pagamento feito pela Petrobrás.

O sistema de compras públicas também possui enorme avanço pela atuação da Petrobrás no seu site de negócios, Petronect¹⁶ (que, em verdade, é uma

16 “A Petronect foi criada em 18 de outubro de 2002 por iniciativa da Petrobras para prover serviços de comércio eletrônico relacionados à aquisição de bens e serviços. É uma sociedade com participação da Petrobras, através de sua subsidiária e-Petro, SAP e Accenture. Desde a sua criação a Petronect tem atuado exclusivamente para as empresas do Grupo Petrobras e seus fornecedores. Em agosto de 2003 a Petronect iniciou a operação no ambiente de Internet do Portal de Compras e Contratações com funcionalidades para aquisição de bens e serviços. Por ele são realizadas transações que vão desde solicitações de cotação e envio de propostas até a gestão de contratações e gerenciamento dos pedidos. Em agosto de 2009, o escopo de atuação da Petronect foi ampliado. Conforme necessidade da Petrobras, no intuito de suportar sua nova abordagem no processo de compras, a Petronect foi contratada para realizar o serviço de obtenção de cotações para pequenas compras, nomeado como Serviço de Cotações. Esse serviço não contempla a escolha de fornecedores, autorização da compra e a realização do pagamento. Em Setembro de 2010, a Petronect iniciou uma nova etapa de expansão dos seus serviços devido a uma demanda da área financeira da Petrobras criando um novo Portal para viabilizar o Programa Progredir. Este programa visa ampliar o acesso a crédito e facilitar a implantação e crescimento sustentável da Cadeia de Fornecedores da Petrobras.” In: <http://www.petronect.com.br/irj/portal/anonymous?NavigationTarget=navurl://08c5621707cc357052754bc5db9e8835>, acesso em: 29 out. 2011.

empresa subsidiária da Petrobrás). Toda a tramitação das licitações foi facilitada com a centralização de compras e venda de alguns ativos por um portal eletrônico, valendo-se da legislação sobre Pregão Eletrônico. Este modelo de compra permite a agilidade de negócios que, normalmente, o setor público não possui.

3 Aspectos jurídicos do monopólio do petróleo

A evolução jurídica da exploração do petróleo acompanha os períodos indicados na tabela acima. Inicialmente o Brasil sai de um regime liberal, em que a propriedade do subsolo acompanhava a propriedade do solo (regime de acesso¹⁷), para o regime atual em que a propriedade do subsolo pertence à União e a exploração do petróleo é monopólio da União.

Assim como a Constituição de 1891, as duas constituições seguintes, de 1934 e 1946 nada previram sobre o monopólio do petróleo, se limitando-se a tratar do regime de concessões para exploração dos recursos naturais (art. 119 e art. 153, respectivamente). Com isso, o monopólio da “Petrobrás” foi criado por legislação infraconstitucional, em especial a lei 2.004/53 e somente na Constituição 1967 houve o reconhecimento constitucional do monopólio do Petróleo, fato este que foi mantido na atual Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 trata a questão do petróleo em dois momentos. O primeiro é no art. 20, V e IX, que indica como propriedade da união todos os recursos minerais existentes no subsolo e na plataforma continental. O segundo é o art. 177 da CF, que traz o monopólio constitucional da União sobre a pesquisa e lavra de petróleo e gás, refino, importação e exportação e transporte de petróleo bruto, sendo que tal monopólio foi relativizado com a Emenda constitucional 09/95¹⁸, que permitiu que as atividades indicadas acima pudessem ser contratadas com empresas públicas ou privadas.

17 Para Gilberto Bercovici: “A Constituição Republicana de 1891 rompeu com o sistema de propriedade do subsolo até então vigente no Brasil e instituiu o chamado regime de acesso, atribuindo ao proprietário do solo também a propriedade do subsolo, ou seja, tornando as minas e jazidas acessórias da propriedade superficial (artigo 72, § 17)” in: BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Naturais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 68.

18 Os defensores da relativização do monopólio alegam que inexistia capacidade de investimento do setor público e, descoordenação das políticas de expansão da produção, questões estas que seriam supridas pelo setor privado, fato este que deu origem a vigente modelo de regulamentação do setor petrolífero, como aponta Fabrício do Rosário Valle Dantas Leite: “A partir da criação, pela Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953, da Petrobras, o mercado brasileiro passou a ser influenciado por um único agente, em uma intervenção monopolista que atravessou as duas grandes crises do petróleo pós 1960, recebeu status constitucional com a Carta de 1967 e perdurou até a regulamentação da Emenda Constitucional nº 09/95, pela Lei nº 9.478, em 06 de agosto de 1997. A flexibilização do monopólio, por sua vez, permitiu o aporte de recursos privados em um setor, cuja viabilidade econômica de crescimento estava limitada pela insuficiência de recursos públicos, e possibilitou o desenvolvimento das atividades de exploração e produção do petróleo (upstream), em direção à auto-suficiência sustentável de uma das mais importantes indústrias do setor de infra-estrutura

Em que pesem os fundamentos dos defensores do fim ou da relativização do monopólio petrolífero, tais posições são inviáveis diante do ordenamento constitucional brasileiro. Economia, Direito e Política caminham de forma correlata e podemos afirmar que o texto jurídico da Constituição traz um programa econômico estruturado na forma de decisão política fundamental. Neste sentido, temos Gilberto Bercovici¹⁹:

A constituição econômica contemporânea é uma constituição econômica diretiva, ou seja, dotada de um programa de política econômica. Não é possível separar a constituição econômica da constituição do Estado. Só há uma constituição, que é de toda a comunidade política. A ordem jurídica da economia, para Horst Ehmke, tem que ser compreendida como a ordem de toda a coletividade, não de parcela desta.

A partir da transcrição acima, podemos observar que, no Brasil, há um capitalismo de estado, sendo o setor petrolífero a expressão máxima da organização social brasileira.

A análise conjuntural da economia brasileira a partir da Constituição deixa claro que toda atividade econômica passa, de alguma forma pelo Estado, o que leva a concluir que toda atividade (pública ou privada) econômica (produção, planejamento ou consumo) é estatal.

O artigo 170 da Constituição demonstra a soberania econômica do Estado ao trazer as restrições da atividade econômica, desarticulando qualquer pretensão liberal no exercício de tais atividades. Tanto é que as necessidades essenciais aparecem de forma clara na imposição dos direitos sociais, em especial, o direito do trabalho, e demais direitos sociais, os quais, em extremo, são prestados pelo próprio Estado.

Os serviços públicos são outra manifestação clara da existência de capitalismo de Estado no Brasil. Estes serviços, considerados direitos fundamentais do ser humano, são prestados diretamente pelo Estado, que pode concedê-los

nacional, marco este que ainda se busca no tocante ao gás natural. A participação das empresas privadas nas atividades de upstream foi regulamentada através de um modelo de concessão, identificado pelo direito internacional como de natureza *sui generis*, porque, muito embora a denominação equívoca, não se aplicam ao contrato de concessão de petróleo e gás natural os princípios inerentes aos contratos administrativos, e tampouco as disposições da Lei nº 8.987/95.” in LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do estado-membro: importância econômica, natureza jurídica e possibilidade de fiscalização direta. *Rev. Direito FGV*, São Paulo, v. 5, n. 2, Dec. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 Out. 2011.
19 BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Naturais*. São Paulo: Quartier Latin. 2011, p. 209.

para a iniciativa privada, mas sempre sob diretrizes impostas pelo Estado e sob fiscalização deste.

A política econômica de planejamento e desenvolvimento também passa pelo Estado, não só pela direção do processo econômico nas políticas de desenvolvimento, pleno emprego, política monetária e distribuição de renda, como também na função transformadora da economia prevista nos objetivos gerais da República (art. 3º), em especial as reformas urbana e agrária.

As políticas de educação e pesquisa também são articuladas com as finalidades da nação ao colocarem que a educação visa não só a formação intelectual do ser humano, mas também sua inserção no mercado de trabalho (art. 205 da CF), devendo tanto o ensino médio como universitário atentar para as demandas econômicas de momento, a fim de supri-las sob orientação e fornecimento de educação pelo próprio Estado (art. 209 da CF).

Talvez o artigo constitucional que mais explicita a presença do Estado nas atividades econômicas e sociais seja o art. 218 que trata da Ciência e Tecnologia. O artigo invocado deixa claro que é função do Estado a promoção do desenvolvimento científico e tecnológico, sendo esta última direcionada preponderantemente para solução de problemas nacionais do setor produtivo (art. 218, § 2º). Ou seja, temos neste artigo a atuação do Estado na resolução de problemas técnicos que, em qualquer economia capitalista, seria problema da própria empresa privada.²⁰

Somente o trabalho coordenado entre a norma jurídica (Constituição), atuação econômica e fins sociais explicitados na Constituição (Política) permite o alcance dos fins isolados de cada um deles (Direito, Economia e Política), como bem observou Peter Evans ao analisar o modelo de desenvolvimento japonês após a segunda guerra, denotando a necessária participação do Estado na reconstrução econômica do país²¹:

O Modelo Japonês. Ao procurar bases institucionais sobre as quais promover a industrialização rápida, os NPIs do Leste asiático adotaram o modelo regional do Estado ativo - o Japão. Análises do caso

20 Para Gilberto Bercovici: "A importância do Estado é tamanha, no caso brasileiro, que o financiamento de pesquisas cabe quase exclusivamente aos órgãos estatais. O setor empresarial privado brasileiro geralmente prefere importar tecnologia, entendendo esta importação como economicamente mais vantajosa, devido aos custos e riscos envolvidos na promoção de pesquisas próprias. As filiais de empresas estrangeiras, por sua vez, importam tecnologia de suas matrizes, enviando recursos para o exterior sob a justificativa de aquisição de know-how." In BERCOVICI, Gilberto. *Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Naturais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 213.

21 EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. *Lua Nova*, São Paulo, n. 28-29, Apr. 1993. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100006&lng=en&nrm=iso>. access on 29 Oct. 2011. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100006>.

japonês oferecem um ótimo ponto de partida para a compreensão do “Estado desenvolvimentista”. O relato de Chalmers Johnson sobre os anos dourados do MITI (Ministério do Comércio Internacional e da Indústria) fornece um dos melhores quadros do Estado desenvolvimentista em ação. Sua descrição é particularmente fascinante porque corresponde de modo inequívoco ao que poderia ser na prática uma acurada implementação das ideias de Gershenkron e Hirschman. Nos anos de escassez de capital que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, o Estado japonês funcionava como substituto de mercados de capital pouco desenvolvidos, ao mesmo tempo que “induzia” mudanças nas decisões de investimento. As instituições de Estado, desde o sistema de captação de poupança via Correios até o Banco de Desenvolvimento do Japão, foram cruciais na obtenção do capital necessário ao investimento industrial. A centralidade do Estado no fornecimento de novos capitais, por sua vez, fez com que o MITI assumisse um papel central na política industrial. Dado seu papel na aprovação de empréstimos de investimento do Banco de Desenvolvimento do Japão, sua participação na alocação de divisas para fins industriais e licenças de importação de tecnologia estrangeira, sua capacidade de fornecer isenções fiscais e sua capacidade de articular “cartéis de orientação administrativa” que regulamentaria a concorrência em um setor, o MITI estava em perfeitas condições de “maximizar o processo induzido de decisão”.

Alguns podem achar exagerada a caracterização que Johnson faz do MITI, “indubitavelmente a maior concentração de capacidade cerebral do Japão”, mas poucos negariam o fato de que até recentemente “os órgãos públicos atraem os mais talentosos graduandos das melhores universidades do país, e os cargos públicos de maior nível nesses ministérios foram e ainda são os mais prestigiosos do país”.

[...] A centralidade dos laços externos levou alguns a afirmar que a eficácia do Estado procede “não de sua própria capacidade inerente mas da complexidade e estabilidade de sua interação com atores do mercado”. Essa perspectiva é um complemento necessário a descrições como as de Johnson, mas implica o perigo de conceber as redes externas e a coerência corporativa interna como explicações alternativas opostas. Em vez disso, a coerência burocrática interna deveria ser considerada como pré-condição essencial à efetiva participação do Estado em redes externas. Se o MITI não fosse uma organização excepcionalmente competente e coesa, não poderia participar em redes externas da forma como o faz. Se o MITI não fosse “autônomo” no sentido de ser capaz de formular suas próprias metas de modo independente e de confiar que seus funcionários irão encarar a implementação de suas metas como importante também para suas carreiras individuais, pouco teria então a oferecer ao setor

privado. A “autonomia relativa” do MITI é o que viabiliza sua dedicação aos problemas de ação coletiva do capital privado, ajudando o capital como um todo a encontrar soluções que de outra forma seriam difíceis de alcançar, mesmo no interior do organizadíssimo sistema industrial japonês. A “autonomia inserida” é o inverso da dominação absolutista incoerente do Estado predatório e constitui a chave organizacional para a eficácia do Estado desenvolvimentista. Essa autonomia depende de uma combinação aparentemente contraditória entre isolamento burocrático weberiano e inserção intensa na estrutura social circundante. A forma de se obter tal combinação contraditória depende, é claro, tanto do caráter historicamente determinado do aparelho de Estado como da estrutura social na qual está inserida, como ilustra uma comparação entre o Japão e os NPIs do Leste asiático.

O Capitalismo de Estado brasileiro, por sua vez, cria o chamado Direito Econômico, que não é o estudo jurídico das atividades econômicas de produção, distribuição e consumo, mas sim, dos meios pelos quais o Capitalismo de Estado brasileiro atua.

4 Da atuação do estado no domínio econômico: a efetivação do capitalismo de estado brasileiro

Como dito acima, o Estado tem sua atuação vinculada aos objetivos gerais da nação, previsto nos arts. 1º e 3º da Constituição, sendo que um dos meios para alcançar esses objetivos é o respeito aos princípios básicos do modelo econômico desenhado na Carta Maior, sendo que tais princípios encontram-se previstos no art. 170 da CF. Surge, então, a questão de como aplicar efetivamente tais princípios, que, em verdade, são a concretização do Capitalismo de Estado nacional.

Legalmente, a atuação do Estado na economia é tratada na própria Constituição Federal em seu art. 173 e seguintes. Em linhas gerais, o art. 173 da CF garante a iniciativa econômica privada, exceto nos casos de relevante interesse nacional ou necessário à segurança nacional, fazendo ressalva aqui aos monopólios da união previstos no art. 177 da Constituição. Já no art. 174, o Estado chama para si o papel de agente regulador e normatizador da atividade econômica, fazendo isso por meio das funções de fiscalização, incentivo e planejamento econômico.

Disso concluímos que a presença do Estado no Domínio Econômico se dá de quatro formas²²: *a) institucional; b) normativa ou reguladora; c) participativa e d) interventiva.*

22 No tocante as formas, elas se dividem em duas – diretas e indiretas. Fazemos remissão às lições de João Bosco Leopoldino da Fonseca: “Como visto, as formas ou modalidades pelas quais o Estado inervem no

A atividade institucional é aquela desempenhada pelo Estado no domínio econômico, possuindo profunda penetração no domínio econômico privado. São tarefas cuja execução é determinada ao Poder Público. A atividade institucional, no entender de Gastão Alves de Toledo²³, se divide em quatro ações permanentes do Estado, a saber *a) prestação de serviços públicos; b) a tributação; c) competências legislativas e administrativas e, d) repressão ao abuso do poder econômico.*

Nos termos do art. 21, IX, X e XI da Constituição Federal, é dever da União manter serviço postal e de correio aéreo nacional, bem como explorar direta ou indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão, nos termos do art. 175 da CF, serviços de telecomunicações, radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, serviços de transporte ferroviário, aquaviário e transporte internacional e interestadual de passageiros, bem como portos marítimos, fluviais e lacustres.

Hoje, salvo melhor juízo, com exceção do serviço postal, correio aéreo nacional, infra-estrutura aeroportuária, todos os demais serviços se encontram quase na totalidade nas mãos da iniciativa privada. Por tal motivo, surgiu no Brasil, na década de 1990, a figura da agência reguladora, a qual passa a controlar uma determinada área do domínio econômico cedido ao setor privado.

Utilizando a definição de Bagnoli²⁴:

No Brasil, as agências reguladoras são qualificadas por suas leis instituidoras como autarquias especiais, integram a administração pública indireta e vinculam-se ao Ministério relativo à atividade por ela desempenhada. [...] Os poderes normativos das agências reguladoras caracterizam-se por serem normativos, propriamente ditos, solucionadores de conflitos de interesse, investigativos, fomentadores e ainda de fiscalização, seja preventiva, seja repressiva.

Nesse sentido, a atuação do Estado no domínio econômico, no que se refere aos serviços públicos, fora retirada da esfera da administração direta e transferida para as agências reguladoras, as quais não se subordinam ao controle

setor econômico são diversas e cada um deles pode assumir as mais amplas esfumaduras. Vimos que o Estado pode atuar diretamente no domínio econômico, e pode atuar só indiretamente. No primeiro caso, assume a forma de empresa pública, nome genérico que compreende no sistema jurídico brasileiro as empresas públicas propriamente ditas e as sociedades de economia mista, assim mencionadas no art. 173, §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal. No segundo caso, atuação indireta, o Estado o faz através de normas que tem como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar; o planejamento, como se verá é somente indicativo para o setor privado. Esta forma de atuação do Estado está prevista no art. 174 da Constituição Federal.” in: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 280. 23 TOLEDO, Gastão Alves. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.203.

24 BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 86.

político direto do Poder Executivo, que somente nomeia seu presidente para mandatos determinados, com aprovação do Congresso.

Outra forma pela qual o Estado atua no domínio econômico é por meio da tributação, sendo este, o meio pelo qual o Estado mais regula a atividade econômica, vez que mais de 35% da produção nacional vai para o Estado a título de tributos.

Para Gastão Alves de Toledo²⁵:

De toda sorte não se considera a tributação com uma intervenção do Estado no campo econômico, mas uma ação instrumental, visando aos objetivos acima delineados. É institucional porque se trata de uma das funções típicas do Poder Público; e, ao mesmo tempo, instrumental, ao servir de meio para o alcance dos fins predeterminados na Constituição ou na legislação ordinária, não se constituindo em atuação abrangida pelo direito econômico.

Outra forma de atuação do Estado no domínio econômico é a possibilidade/capacidade de cada ente federativo legislar sobre direito econômico, nos termos do art. 24, I da Constituição Federal. O Estado pode usar seu poder de legislar para direcionar a atividade econômica para o rumo que lhe aprouver. Exemplos clássicos de tal tipo de intervenção são os diversos planos econômicos baixados pelo executivo central via decreto lei ou medidas provisórias, demonstrando o grande poder de atuação do Estado no domínio econômico via legislativa. Dentro dessa intervenção legislativa no domínio econômico também está a atuação pelas normatizações dos órgãos administrativos econômicos, como por exemplo, as resoluções do Banco Central ou do Comitê de Política Monetária que, em muitos casos, possuem mais poder que o presidente da república, a quem estão subordinados.

A última forma de atuação interventiva do Estado no domínio econômico é por meio da repressão do abuso do poder econômico, nos termos do art. 173, § 4º da Constituição Federal. Entende-se aqui que o termo abuso é sinônimo de dominação de mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros, nos termos da lei 8.884/94, recentemente revogada pela lei 12.529/11.

A interpretação teleológica da Constituição nos leva a entender que o constituinte desejou prestigiar a concorrência criando os mecanismos de combate à concentração econômica, ou seja, mecanismos revestidos de grande poder de intervenção, como nos ensina Gastão Alves de Toledo²⁶:

25 TOLEDO, Gastão Alves. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 214.

26 TOLEDO, Gastão Alves. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Op. cit., p.225.

Cabe salientar que se trata de um instrumental poderoso nas mãos do Estado, através do qual lhe é possível impor multas de alto valor pecuniário, inclusive impondo sua cisação, ou cominando penas severas a seus administradores. O fato de ao Estado caber o papel de tal magnitude no setor econômico privado, pelo manuseio de um instrumental detalhado e poderoso, demonstra a preocupação do constituinte acerca da prevalência de uma economia aberta que só pode caracterizar-se sob um nível de concorrência que lhe frustrate os propósitos. Esta ação repressora e, em certa medida, disciplinadora, visa a não permitir distorções no mercado de bens e serviços que acabem por inviabilizar esse próprio mercado, sinalizando de forma positiva a investidores que percebem a importância de tais regras, sobretudo ao capital estrangeiro, apreciador de sistemas modernos e eficientes de defesa da economia.

Outra forma de atuação no domínio econômico é através de sua *função normativa e reguladora*, prevista no art. 174, § 1º da Constituição Federal, a qual pode até não ser a mais importante, mas sem dúvida é a mais ampla.

Há que se advertir, nesse tópico, que toda e qualquer atividade normativa e reguladora do Estado sempre será em conformidade com os princípios norteadores da economia previsto no art. 170 da Constituição, da mesma forma que fiscalização, incentivo e planejamento deverão se curvar aos princípios do art. 170, isto é, o Poder Público, na regulação e normatização da economia, deverá sempre respeitar os princípios da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa.

A fiscalização citada no art. 174, *caput*, se refere à atividade de constatação pelo Estado do cumprimento não só dos princípios constitucionais, mas também de toda a legislação existente sobre o assunto, sempre à luz da máxima efetivação dos princípios constitucionais, incluídos aqui aqueles previstos no art. 1º e 3º da Constituição Federal. Já o conceito de incentivo é no sentido de promoção de uma determinada atividade economia, o que pode ser realizado de várias maneiras, desde uma intervenção tributária com a redução de impostos, como a criação de órgãos estatais. A função de planejamento consiste em planos de governo para a condução da economia e conseqüente impulso econômico.

Cabe agora, avaliar a atuação do Estado no domínio econômico como *ator participativo*²⁷, isto é, como agente direto da atividade econômica, seja através de sua participação como agente submetido ao regime das empresas privadas, nos termos do art. 173 e incisos da Constituição Federal, seja através da exploração de

27 Há autores, como Alberto Venâncio Filho, que utilizam a terminologia “Direito Institucional Econômico”. Cf. VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do estado no domínio econômico*. Ed. Fac Similar de 1968, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 381.

monopólios estatais, resumindo-se assim a participação do Estado a duas formas: a) *participação competitiva* e b) *participação monopolista*.

A participação competitiva ocorre diretamente na economia privada, atuando o Estado como protagonista da atividade econômica de caráter privado, desde que ocorram relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional, na grafia do art. 173 da Constituição. Como exemplos podemos citar a participação estatal no setor bancário, mediante o controle acionário do Banco do Brasil S/A, o que permite a cobertura dos mais diversos rincões do Brasil pelo serviço bancário desse banco, o que não é feito por outros bancos por falta de interesse econômico, e o controle da Avibrás, fabricante de material bélico utilizado pelas Forças Armadas. Vale ressaltar que tal participação não ocorre somente através do controle acionário ou societário de empresas privadas, mas também poderá ocorrer mediante autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Poderá também ocorrer a participação do Estado de forma monopolista, nos termos do art. 177 da Constituição, o que ocorre nos casos de exploração de petróleo e minerais nucleares.

Calixto Salomão Filho²⁸ apresenta, por sua vez, duas justificativas para que exista a intervenção direta no Estado na econômica, a saber: a) eficiência do Mercado, que decorre da legislação *antitruste*; b) política industrial, na qual, a intervenção se justifica dentre de um contexto de desenvolvimento planejado pelo estado.

Por fim, temos a *atividade interventiva* do Estado no domínio econômico. Na Constituição de 1988, sua aplicação foi restringida ao poder da União em instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, nos termos do art. 149 da Constituição Federal. Em suma, a intervenção direta do Estado no domínio econômico opera-se pela instituição de contribuição, possuindo, assim, uma aplicação restrita, condicionada por uma série de fatores, muito bem colocados por Gastão Alves de Toledo²⁹, a saber:

- a) a sua finalidade constitucionalmente permitida; b) a correlação existente entre a finalidade constitucionalmente permitida e o fato escolhido para servir-lhe de base de incidência; c) função dos recursos a serem obtidos e d) a temporalidade de sua existência. [...]
- “Quando o art. 149 se refere à possibilidade de que tais contribuições se instituem para intervir o domínio econômico, cravado está o limite material de sua criação, por ser necessariamente alvo da

28 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 197.

29 TOLEDO, Gastão Alves. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 268.

força principiológica que circunscreve essa possibilidade. Instituí-las para atender os propósitos definidos no art. 170 (fundamentos e princípios), não como meio de se obterem recursos, mas em obediência a uma necessidade que justifique a intervenção. Aqui, o termo se reveste de notável densidade semântica, eis que pressupõe uma excepcionalidade, forma restritíssima de atuar naquele domínio.³⁰

Em suma, tal tipo de intervenção no domínio econômico é previsto na necessidade extrema de se restaurar o equilíbrio econômico, rompido por algum fato não previsto.

5 Considerações finais

A primeira conclusão a que esse texto chega é de que existe Capitalismo de Estado no Brasil e, que qualquer atividade econômica privada passa, de uma forma ou de outra, pelo Estado.

Prova maior da existência de Capitalismo de Estado no Brasil é o setor petrolífero com a presença da Petrobrás, estatal que detém o monopólio do petróleo. O porte e a relevância econômica e estratégica da Petrobrás somente foram possíveis graças à presença do Estado que, desde antes, a formação do Conselho Nacional do Petróleo, já financiava iniciativas exploratórias privadas e organizava a gestão do conhecimento sobre a exploração de petróleo no Brasil, desenvolvendo, para isso, ramos próprios do conhecimento, como a geologia. Outra prova é o grau de participação da Petrobrás no mercado e formação de um setor para petroleiro ao redor da Petrobrás.

A história da Petrobrás demonstra, também, os problemas do modelo interventivo nacional, o qual dificulta à regulação da Petrobrás pelo governo central, permitindo a Petrobrás, que é uma empresa estatal, lembre-se, criar a partir de suas necessidades padrões de conduta econômica para seus parceiros, como ocorreu no sistema de compras públicas e no atual programa de financiamento para fornecedores privados de bens e serviços a serem utilizado no pré-sal.

As possibilidades trazidas com o pré-sal merecem melhor análise, não só do ponto de vista de justiça social, isto é, melhorar as formas de divisão de riquezas econômicas, mas também, na melhora da estrutura administrativa brasileira que, em grande parte, é decorrente do Dec.-Lei 200/67.

O primeiro ponto, como defendido acima, é reconhecer a existência de Capitalismo de Estado no Brasil e discutir, a partir dessa premissa, a estruturação do Estado brasileiro. A primeira consequência desta afirmação é o afastamento de

30 TOLEDO, Gastão Alves. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Op. cit. p. 271.

interesses exclusivamente privados na atividade econômica, sempre possuindo, assim, uma finalidade pública que permite a ação do Estado em qualquer caso.

Em que pese a empreitada liberalizante da década de 1990 do século passada, comandada pelo Presidente da República da época, tais reformas, além de contrárias ao espírito do legislador constituinte, na prática se mostraram ineficazes. O setor privado que assumiu as atividades estatais foi incapaz de suprir as necessidades de fornecimento dos serviços e produtos básicos que a Constituição de 1988 atribuiu ao Estado.

Tal falha do processo liberalizante da década de 1990 permitiu a retomada do debate público sobre o papel do Estado na Economia, questão esta bem demonstrada na análise do setor petrolífero. Atualmente é impossível pensar uma atuação eminentemente privada na exploração do petróleo, devendo tal questão ser planejada e pensada no seio do Estado, afastando-se qualquer interesse liberal na exploração desse recurso natural estratégico.

Isto também implica o afastamento do uso de critérios do setor privado (maximização dos lucros) na análise do setor público, fato esse que levou à criação da Emenda Constitucional 09/95, a qual, na prática, explicitou a incapacidade de o setor privado atuar no ramo do petróleo³¹, pois todo o investimento em ampliação e mesmo a alavancagem das operações da Petrobrás são decorrentes de verbas públicas.

A oportunidade decorrente da exploração do pré-sal permitirá não só o reconhecimento da existência de Capitalismo de Estado no Brasil, mas, também, a construção da exigência da eficácia social³² de toda atividade econômica, levando também a criação de mecanismos democráticos³³ de planejamento, execução e fiscalização da atividade econômico e fortalecendo, assim, a própria democracia.

31 Neste sentido: “A aparente inferioridade da empresa estatal, quando comparada com a empresa privada, pode ser atribuída ao fato de priorizar a execução de políticas públicas em detrimento da maximização dos lucros, e não necessariamente à menor capacidade técnica e operacional. Evidências empíricas mostram que a exposição à concorrência de mercado tende a ser mais efetiva para mudar o comportamento empresarial, do que simplesmente a substituição do controlador público pelo privado. Foi constatado, ainda, que a empresa estatal tem condições de responder adequadamente às restrições orçamentárias realizando ajustes internos para redução de custos e melhoria da produtividade.” In: PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: Função Econômica e Dilemas Societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57.

32 Tal exigência de eficácia social do setor privado poder ser estimulada pela atuação da empresa estatal, como colocado por Mário Engler: “A intervenção direta do Estado na economia não encontra fundamento apenas na existência de falhas estruturais de mercado ou no caráter subsidiário em relação à iniciativa privada. A função da empresa estatal situa-se em outro patamar mais complexo e inspirado no conceito de concorrência regulatória. Por não estar vinculada ao objetivo da maximização de lucros, a empresa estatal pode e deve conduzir seus negócios no sentido de impor padrões de comportamento socialmente desejáveis aos demais concorrentes, buscando equilibrar o mercado mediante o aumento da produção ou da redução de preços, sempre dentro de limites razoáveis, de modo a impedir a realização de ganhos extraordinários.” In PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 468.

33 Neste sentido verificar EVANS, Peter. Além da “Monocultura Institucional”: instituições, capacidades e o desenvolvimento deliberativo. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 9, Jan. 2003. Disponível em: <http://

Referências

- BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos naturais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- CONTRERAS, Edelmira Del Carmen Alveal. *Os desbravadores: a petrobrás e a construção do Brasil industrial*. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ANPOCS. 1994.
- EVANS, Peter. Além da “Monocultura Institucional”: instituições, capacidades e o desenvolvimento deliberativo. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 9, Jan. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222003000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 out. 2011. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222003000100003>.
- EVANS, Peter. O Estado como problema e solução. *Lua Nova*, São Paulo, n. 28-29, Apr. 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 out. 2011.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.
- LEITE, Fabricio do Rozario Valle Dantas. As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do estado-membro: importância econômica, natureza jurídica e possibilidade de fiscalização direta. *Rev. Direito FGV*, São Paulo, v. 5, n. 2, Dec. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322009000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 out. 2011.
- MARINHO JÚNIOR, Ilmar Penna. *Petróleo: soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Edições Bloch, 1970.
- PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.
- RANDALL, Laura. *The political economy of brazilian oil*. London: Praeger Publishers. 1993.
- TOLEDO, Gastão Alves. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- VENANCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico*. Ed. Fac Similar de 1968. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.
- ZAMITH, Regina. *A indústria para-petroleira nacional*. São Paulo: Annablume. 2001.

Recebido em 17/03/2012.

Aceito para publicação em 10/11/2012.

www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222003000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 out. 2011.

DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL À EXTRAFISCALIDADE: POR UMA SUSTENTABILIDADE DEMOCRÁTICA PARA TODOS

FROM ENVIRONMENTAL DEGRADATION TO OVERTAXATION:
DEMOCRATIC SUSTAINABILITY FOR ALL

Thales José Pitombeira Eduardo¹

Sumário

1. Introdução. 2. A degradação ambiental e a necessidade de intervenção estatal. 3. A extrafiscalidade ambiental. 4. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The environmental degradation and the need for state intervention. 3. The environmental overtaxation. 4. Final remarks. References.

Resumo

A pesquisa sobre a tributação ecológica e a extrafiscalidade é de fundamental relevância por representar estudo sobre a preocupação estatal contemporânea acerca da degradação do meio ambiente. Baseado na concepção da força normativa da Constituição Federal de 1988, o Estado, através do instrumento exacional, institui mecanismos tributários a fim de frear a atuação do setor econômico para obtenção de lucros e a ação deletéria relacionada a este fim. O que se pretende com este trabalho, em sentido amplo, é analisar o intuito estatal em difundir a extrafiscalidade na seara ambiental, máxime no que se refere à sanção premial, bem como incentivos fiscais. E, em sentido estrito, analisa-se, diante do confronto da lei, jurisprudência e doutrina, a reação do setor econômico no que se refere aos novos meios adotados pelo Poder Público na ânsia de promover a sustentabilidade ambiental, as implicações e consequências da tributação ecológica positiva ou negativa e a experiência do direito comparado nesse sentido. Cumpre, então, verificar a pertinência do tema abordado e observar as inovações propostas por esse instituto, considerando a sua repercussão social e a necessidade de sua aplicação, conforme o exige a dinâmica social. Palavras-chave: Tributação Ecológica. Setor Econômico. Tutela Ambiental.

¹Pós-Graduado em Direito e Processo Tributário pela Universidade Federal de Fortaleza. Advogado e Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIFOR-CE.

Abstract

A research on ecological taxation and overtaxation is fundamental because it represents the study of contemporary state concerning about environmental degradation. Based on the concept of normative power of the Federal Constitution of 1988, the State, through the tax imposition, establishes taxation mechanisms to avoid the economic sector activities of making profits and the deleterious action related to this purpose. What we propose in this paper, in its broadest sense, is to analyze the state intention in spreading environmental overtaxation, mainly related to the positive sanction as well as tax incentives. And confronting the law, we strictly analyzed jurisprudence, doctrine, the reaction of the economic sector regarding the new means adopted by the government to promote environmental sustainability, the implications and consequences of positive or negative ecological taxation and the experience of compared law in this sense. We must then, examine the relevance of the subject and observe innovations proposed by this institute, considering its social impact and the need for its application, as required by social dynamics.

Key words: Ecological Taxation. Economic Sector. Environmental Protection.

A tributação ambiental adequada, considerando o valor constitucional a que foi prestigiado o meio ambiente, pode ser um dos instrumentos para se alcançar um desenvolvimento preocupado com as gerações, tanto presentes, quanto futuras.

Renato Bernardi²

1 Introdução

Na história da evolução da sociedade, as atividades econômicas desenvolvidas pelo homem vêm, cada vez mais, impactando o meio ambiente em diferentes intensidades. Para aplacar os graves efeitos advindos desses danos, a ação governamental, mediante políticas públicas, pautou seu escopo no sentido de mudar o comportamento humano, incentivando a preservação e criando meios capazes de minimizar a ação humana deletéria.

Para executar tais objetivos, o Poder Público tem na extrafiscalidade tributária uma maneira de harmonizar o desenvolvimento econômico e a defesa do meio ambiente, buscando concretizar as ideias trazidas nos artigos 170, incisos III e VI e 225, ambos da Constituição Federal, em relação ao desenvolvimento sustentável.

² BERNARDI, Renato. Tributação Ecológica: o uso ambiental da extrafiscalidade e da seletividade tributárias. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v.3, n.15, p.75, dez./jan., 2008.

No ordenamento jurídico brasileiro, os tributos possuem funções. O objetivo precípuo é carrear recursos financeiros ao Estado (fiscal). Ocorre que, no mundo moderno, os tributos vêm adquirindo outras funções que se relacionam ao estímulo ou desestímulo de certas condutas. Todavia, a caracterização de uma função não anula a incidência de outras, havendo sim uma predominância de característica, podendo ocorrer coexistência entre elas.

Dentre as outras formas de tributar, criaram-se, em razão do desordenado e inconsequente crescimento industrial, exações que objetivavam amenizar os efeitos da degradação ambiental, sempre com o objetivo de proteger o meio natural para as gerações futuras.

A preocupação estatal deve-se às sérias mudanças ocorridas no cenário ambiental, iniciadas no lumiar da Idade Média, principalmente provocadas pela Revolução Industrial, tímida evolução da medicina aliada à pouca observância de práticas higiênicas, a ausência de saneamento básico e a administração dos resíduos de forma asséptica e, por fim, o grande aumento populacional nas grandes conglomerações urbanas que provocaram ocupações irregulares.

A adoção da extrafiscalidade tributária, com fins de estimular condutas a favor do meio ambiente e desacorçoar ações deletérias a esse, presta-se a garantir que a presente geração viva com dignidade e a futura tenha os mesmos gozos auferidos pelos benefícios que a natureza pode oferecer.

Acrescente-se que, no atual contexto social, a preservação ambiental vem, também, para garantir a segurança e o próprio direito à vida (artigo 5º, caput, da Constituição Federal), visto que a degradação provoca sérias reações naturais que abalam a estabilidade residencial das pessoas e as expõe a perigos e riscos relevantes que atentam contra suas próprias vidas.

Para tanto, surgiu o interesse de buscar os objetivos e os motivos perquiridos pela atuação estatal no sentido de adotar, dentro da extrafiscalidade, exações que auxiliem na tutela ambiental, direito esse elevado ao nível constitucional, especialmente analisando o comportamento do setor econômico diante das implicações que os tributos e incentivos fiscais permeiam no quadro financeiro, auferindo as peculiaridades que cada tributo ecológico possui, bem como seu impacto social.

Postas essas considerações, verifica-se que a fronteira do objeto de estudo possível para o Direito Tributário Ambiental, que é apêndice da ciência do direito tributário, tem por objeto o estudo das normas jurídicas tributárias elaboradas em concurso com o exercício da tutela ambiental, para determinar o uso de tributo na função instrumental de garantia, na promoção ou na preservação de bens ambientais.

Portanto, levanta-se constantemente a problemática da aplicação da tributação ambiental positiva e negativa com fins de promover a tutela ambiental.

Espera-se, nesse sentido, avaliar as implicações atinentes a essa nova relação envolvendo o Poder Público e a sociedade.

A seguir, encontrar-se-á um ensaio acerca do traço histórico-evolutivo da tutela ambiental, revelando-se a necessidade de intervenção estatal para chancelar tal proteção e as características da política fiscal escolhida para fazer alcançar os objetivos que cercam a proteção do meio natural.

2 A degradação ambiental e a necessidade de intervenção estatal

Nos primórdios, o homem já externava preocupação com o meio ambiente, principalmente, sabendo que era dele que se extraíam os mais diversos benefícios, abrangidos desde a saúde até a alimentação.

Na história da evolução social, conheceram-se povos que atribuíam tamanho respeito à natureza de forma a considerá-la como uma divindade mística, sendo, muitas vezes, objeto de cultos e rituais.

As manifestações do meio natural eram entendidas como sinais positivos ou negativos, a depender das consequências e suas dimensões provocadas no círculo habitado. Havia, portanto, uma relação espiritual dos povos antigos com a natureza, cite-se, por exemplo, os silvícolas.

Mesmo sem o conhecimento e a razão, parece que tanto os primeiros homens quanto os animais, inconscientemente, revelavam um extinto de preservação ambiental porque sentiam a importância que a natureza representava para sua própria sobrevivência.

Nos passos iniciais da Idade Média, o cenário social assume uma nova forma. O desenvolvimento desenfreado e desorganizado dos conglomerados urbanos aliados à inobservância de práticas higiênicas e da tímida evolução da medicina fizeram com que a produção de resíduos aumentasse, sem, ao menos, haver uma administração desses poluentes.

O meio ambiente, de certo, foi a notável vítima de todos esses acontecimentos. Isso sinaliza que, não obstante a sociedade tenha adquirido certos índices de desenvolvimento, não houve a visão de que a natureza não poderia receber tantos impactos, sob pena de haver sérias e irreversíveis consequências. A preservação ambiental, em vez de ser uma característica desse grau desenvolvutório, passou despercebida pela sociedade, configurando um retrocesso, já que, como visto, nos primórdios, o homem, mesmo sem sapiência, externava um indício de respeito à natureza.

A Revolução Industrial acaba acentuando a degradação ambiental, máxime no que se refere ao processo de poluição, tanto do ar atmosférico, com o lançamento de gases, quanto do solo e das águas, em razão dos esgotos e o despejo

de detritos, muitas vezes tóxicos, sem salubridade. Nesse sentido, Andrea Lasmar de Mendonça Ramos comenta que:

No início dos tempos, o meio ambiente era muito pouco agredido, pois as relações do homem com a natureza não tinham caráter predatório. A ação humana não provocava impactos negativos significativos sobre a natureza. Entretanto, com o passar dos tempos, a situação do meio ambiente passou a se agravar, especialmente após a Revolução Industrial [...].³

Acrescente-se, ainda, que as grandes indústrias atraíram o aumento populacional, em razão de melhores ofertas de trabalho. Contudo, as cidades não estavam preparadas para suportar tal transformação, o que acarretou inúmeros problemas, tais como ocupações irregulares em áreas não habitáveis e maior produção de resíduos sem qualquer técnica de armazenamento ou descarte.

As linhas doutrinárias de José Afonso da Silva explicam esse fenômeno causador de diversos empecilhos para o desenvolvimento equilibrado dos centros urbanos, dentre eles, principalmente, os ambientais nas suas mais diversas subdivisões, como meio ambiente artificial⁴, natural⁵, do trabalho⁶:

Na década de 40 do século passado, as cidades brasileiras – nota Ermínia Maricato – eram vistas com a possibilidade de avanço e modernidade em relação ao campo, que representava o Brasil arcaico; na década de 90, sua imagem passa a ser associada à violência, poluição, criança desamparada, tráfego caótico – entre inúmeros outros males. É que a evolução mostrou que, ao lado de intenso crescimento econômico, o processo de urbanização com o crescimento da desigualdade resultou numa inédita e gigantesca concentração espacial da pobreza. [...] Essa megalópole, no Brasil, formou-se por via de uma ocupação caótica do solo urbano; caótica, irracional e ilegal. Foi, de fato, o loteamento ilegal, combinado à autoconstrução parcelada da moradia durante vários anos, principal alternativa de habitação para a população migrante instalar-se em algumas das principais cidades brasileiras. Dessa forma foram construídas as imensas periferias de São Paulo e Rio de Janeiro [...]. Mas é também um momento importante da atividade urbanística a preservação do meio ambiente natural e cultural, assegurando, de um lado, condições de vida respirável e, de outro, a sobrevivência

3 RAMOS, Andrea Lasmar de Mendonça. A proteção jurídica do meio ambiente. In: MAIA, Alexandre Aguiar (org.). *Tributação Ambiental*. Fortaleza: Tipogresso, 2009, p.75.

4 Diz respeito ao espaço urbano que foi construído pelo homem.

5 Envolve, além da flora, fauna, atmosfera, água, solo e subsolo, os elementos da biosfera e os recursos minerais, ou seja, toda forma de vida manifestada nas suas mais variadas concepções.

6 Enfoca aquele que visa à segurança da pessoa humana no local de seu trabalho, seja na saúde ou prevenção de acidentes, seja na observância das normas de higiene e salubridade.

de legados históricos e artísticos e a salvaguarda de belezas naturais para desfrute e deleite do Homem.⁷

Até então, não se necessitava de um estudo acerca dos impactos ambientais. Com os problemas advindos dessas ocupações irregulares e do mau gerenciamento dos detritos, surgem formas de se contornar a situação criada, conforme ensina Terence Dorneles Trennepohl:

Enquanto não se aglomeravam em cidades e não necessitavam de maiores exigências, essa proteção era dispensável. Porém, com a urbanização, surgiram enormes problemas, como a deterioração do ambiente urbano, a desorganização social, a carência de habitação, o desemprego, os problemas de higiene e saneamento básico, entre outros, como a modificação da utilização do solo e a transformação da paisagem urbana. A solução desses problemas se dá com a intervenção do Poder Público, que mediante normas jurídicas procura integrar harmoniosamente os homens e proporcionar-lhes um meio ambiente equilibrado, conforme dispõe o artigo 225 da Constituição Federal.⁸

Em vista das grandes mudanças experimentadas ao longo das últimas décadas, viu-se que os problemas sociais, tais como a saúde pública, o saneamento básico, o desenvolvimento urbanístico, a infraestrutura, o tráfego de veículos, as ocupações irregulares, a degradação ambiental, dentre outros, agravavam-se cada vez mais.

Era preciso, portanto, que se criassem meios capazes de sobrepor os interesses coletivos em detrimento dos individuais. Por isso, instituíram-se os direitos transindividuais⁹. Na verdade, esses direitos transcendem o indivíduo, ou seja, vão além da órbita das prerrogativas e obrigações privatísticas, e se dividem em direitos coletivos¹⁰, direitos individuais homogêneos¹¹ e os interesses difusos¹².

Ressalte-se que a defesa do meio ambiente apresenta-se como princípio geral da atividade econômica, conforme verifica-se na disposição do artigo 170, inciso VI, da Lei Maior. Além disso, o direito ao meio ambiente equilibrado é inerente a todos, impondo-se à coletividade e ao Poder Público o dever de preservação e defesa para o gozo das futuras gerações, conforme preceitua o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal.

7 DA SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 22-33.

8 TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Manual de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66.

9 São aqueles relacionados a uma coletividade.

10 Possuem o traço característico da determinabilidade de seus titulares, mesmo que, a priori, não se possa identificar.

11 Compreendem aqueles decorrentes de uma mesma causa.

12 São aqueles diluídos em uma coletividade indeterminada.

Paulo Bonavides considera o direito ao meio ambiente como de terceira geração (ou dimensão). Comenta que, destinado à espécie humana, é nítido o grau de importância que representa para a coletividade:

[...] Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, *ao meio ambiente*, à comunicação e *ao patrimônio comum da humanidade* (grifos nossos).¹³

No julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF), na expressão da relatoria do Ministro Celso de Mello, há a afirmação concreta de que o meio ambiente equilibrado deve ser considerado uma prerrogativa jurídica de titularidade da coletividade:

[...] Um dos instrumentos de realização da função social da propriedade consiste, precisamente, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente (CF, artigo 186, II), sob pena de, em descumprindo esses encargos, expor-se a desapropriação-sanção a que se refere o artigo 184 da Lei Fundamental. A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social [...].¹⁴

Tudo isso para se dizer que um dano ambiental pode, embora praticado em determinada área bastante específica, adquirir consequências que vão muito além daquela esfera em que estritamente o dano ocorreu.

13 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 523.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22164. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 17 de novembro de 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 jul. 2010.

O direito ao meio ambiente equilibrado, em relação ao sistema jurídico brasileiro, está ligado a outros princípios que juntos formam o pilar dessa tutela. São eles: (i) a dignidade da pessoa humana e a cidadania (artigo 1º, incisos II e III, da Constituição Federal) estão presentes à medida que são vivenciadas com a utilização do ar e de água puros, a habitação em locais adequados e salubres, além do fato de a escassez de recursos naturais colocar em risco a preservação da vida humana. De forma que, sem uma estrutura adequada, o ser humano dificilmente terá condições de viver em dignidade plena. No que tange (ii) aos valores sociais e a livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal), resta esclarecer que o sistema capitalista sempre intervirá nas relações ambientais, buscando-se, através do ordenamento jurídico, harmonizar a ordem econômica com a preservação do meio natural. Há, também, (iii) a vinculação à soberania (artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal), o que consiste na defesa internacional do patrimônio e das riquezas naturais locais, inadmitindo-se toda e qualquer exploração não autorizada ou considerada prejudicial. Por fim, está ligado (iv) ao pluralismo político (artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal), uma vez que, quando em defesa do interesse público, os partidos políticos são também responsáveis pela atuação e pela fiscalização dos entes federativos no exercício da competência atribuída pelo artigo 23, inciso VI, da Lei Fundamental.

Mesmo com tanta proteção jurídica, mediante leis, tratados internacionais, princípios de tutela do meio natural, a questão ambiental não estava sendo aventada de forma séria e contundente, nem mesmo pelos países considerados com alto grau de desenvolvimento, salvo exceções.

Houve, portanto, a divulgação alarmante e apelativa da Organização das Nações Unidas (ONU) do resultado apresentado após estudos e pesquisas envolvendo os impactos ambientais, principalmente, quando se atentou que as consequências dessa degradação iriam repercutir precipuamente na qualidade de vida das pessoas. Nesse sentido, a doutrina de Omara Oliveira de Gusmão destaca que:

No entanto, não obstante os governos coloquem, numa certa medida, a questão ambiental num plano secundário, nas últimas décadas, os grupos sociais têm trazido como pauta obrigatória a preocupação com o meio ambiente, levando os Estados constituídos a adotarem providência no sentido de compatibilizar as necessidades humanas com a preservação do meio ambiente, a fim de garantir, no presente e para o futuro, a fonte principal de satisfação daquelas necessidades.¹⁵

15 GUSMÃO, Omara Oliveira de. Proteção ambiental e tributação: o tributo como coadjuvante na concretização do valor constitucional “meio ambiente”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, v.14, n.66, p.114-115, 2006.

Tornou-se claro que seria preciso um esforço bem maior da coletividade, uma vez que, em muitos países, até havia um aparato propício à tutela ambiental, formado por leis, tribunais, órgãos de defesa, mas a sua eficácia estava comprometida por ausência de políticas públicas que as executassem. Segundo os ensinamentos de Inocêncio Mártires Coelho:

No âmbito constitucional, como assinala a maioria dos juristas, o capítulo do meio ambiente é um dos mais avançados e modernos do constitucionalismo mundial, contendo normas de notável amplitude e de reconhecida utilidade; no plano infraconstitucional, como reflexo e derivação dessa matriz superior, são igualmente adequadas e rigorosas as regras de proteção do ambiente da qualidade de vida, em que pesem as dificuldades para tornar efetivos os seus comandos, em razão da crônica escassez de meios humanos e materiais, agravada pelo acumplicimento criminoso de agentes públicos com notórios agressores da natureza.¹⁶

Como os meios já dispostos ainda não se mostravam satisfatórios, o Poder Público, cumprindo seu dever imposto no artigo 225, *caput*, da Lei Maior, lançou uma atuação pautada em novas estratégias e em novos meios que impulsionassem a tutela ambiental. Agora, os incentivos fiscais passam a fazer com que os degradadores do meio natural ora sejam estimulados, ora sejam desestimulados à prática de certos comportamentos.

3 A extrafiscalidade ambiental

A partir do momento em que o Estado passa a assumir maior interesse nas carências e nas necessidades da sociedade, institui meios econômicos, sociais, políticos e jurídicos para cumprir tal compromisso.

No ordenamento jurídico brasileiro, os tributos possuem funções. O objetivo precípua é carrear recursos financeiros ao Estado (fiscal). Ocorre que, no mundo moderno, os tributos vêm adquirindo outras funções que se relacionam ao estímulo ou desestímulo de certas condutas. Todavia, a caracterização de uma função não anula a incidência de outras, havendo sim uma predominância de característica e podendo ocorrer coexistência entre elas.

Marcus de Freitas Gouvêa assevera que:

Apenas com o advento do capitalismo (no cenário econômico), do liberalismo (no cenário político) e do Estado Democrático de

16 MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.425.

Direito (no cenário jurídico), que a tributação ganhou papel de relevância, sobrepujando outras formas de receitas estatais (embora já se constituísse em instrumento antigo destinado a proteger as economias internas da concorrência internacional, por meio de tributos alfandegários). [...] A melhor solução encontrada foram os tributos, que vieram atender a diversidade de anseios do momento histórico que ainda vivemos. A opção de dotar o Estado do direito de tributar surge, assim, de razões econômicas, políticas e sociais.¹⁷

Dentre as outras formas de tributar, criaram-se, em razão do desordenado e inconsequente crescimento industrial, exações que objetivavam amenizar os efeitos da degradação ambiental, sempre com o objetivo de proteger o meio natural para as gerações futuras.

Hugo de Brito Machado¹⁸ remete à ideia da função parafiscal dos tributos quando o objetivo mostra-se para custear atividades que, *a priori*, não são próprias das obrigações estatais, mas são consideradas úteis e, por isso, desenvolvem-se através de entidades específicas.

Uma segunda função dos tributos está atrelada a garantir a realização dos direitos fundamentais do cidadão. Entendendo que a fiscalidade relaciona-se aos limites do poder de tributar, mister se faz encontrar a outra marca do Direito Tributário, qual sejam, os princípios que justificam esse poder.

Dessa forma, considera-se que, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o Estado pode fazer incidir tributos para promover a efetivação de um valor constitucional. Isto é, a supremacia do Poder Público favorece a consecução de fins estatais que se relacionam com a efetividade dos direitos fundamentais. Nesta hipótese, o tributo passa a ser instrumento de políticas públicas, econômicas, sociais, culturais etc.

Superada a ideia de que princípios não seriam normas capazes de determinar a atuação humana em relação ao interesse público, eles são considerados enunciados que vinculam a interpretação da norma de forma adequada ao real e atual contexto da sociedade em que estão inseridos.

Embora muitos não estejam expressamente previstos no Texto Fundamental, os princípios prestam-se a evidenciar a *ratio legis* objeto da exegese, de forma a trilhar a atuação da conduta humana em função do escopo almejado.

A extrafiscalidade no Direito Tributário pode ser considerada um princípio base que serve de instrumento para concretizar uma necessidade que o Poder Público considera salutar em um determinado momento.

17 GOUVÊA, Marcus de Freitas. Questões relevantes acerca da extrafiscalidade no direito tributário. *Interesse Público*, Porto Alegre, v.7, n.34, p.179-180, nov./dez., 2005.

18 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.82.

Dela advêm outros princípios informadores que, embora não pertençam diretamente à ciência fiscal, formam um arcabouço sistemático capaz de fazer com que tributos já instituídos atinjam finalidades estabelecidas pelo Estado, muitas vezes por questões até consideradas de âmbito internacional.

O axioma do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado significa que a atuação soberana do Poder Público pautar-se-á em busca do interesse coletivo. Isso porque, em razão dos problemas advindos com a modernidade, utilizaram-se meios disponíveis no ordenamento jurídico que solucionassem tais dificuldades da sociedade.

Ora, o próprio artigo 225 da Lei Suprema garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever da coletividade de defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras.

Com referida premissa, verifica-se que o meio ambiente é um bem de interesse de todos, o que faz concluir que está o Poder Público autorizado a intervir na esfera privada para resguardar os anseios coletivos, notadamente pelo fato de o povo ser o titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na trilha de Marcus de Freitas Gouvêa, segue-se que: “[...] Traduzindo essa ideia para a tributação, podemos dizer que, pela supremacia do interesse público sobre o do particular, o Estado, na busca da realização das metas constitucionais, pode exigir o sacrifício de recursos dos indivíduos [...]”¹⁹. Ou seja, o Poder Público, com base no alcance de objetivos que atendem ao interesse coletivo, atribuiu à tributação condições de induzir ou reprimir comportamentos para efetivar direitos fundamentais e obter finalidades constitucionais.

O doutrinador espanhol Cristóban Borrero Moro também defende a utilização dos tributos em favor de consecuições constitucionais, principalmente a preservação ambiental:

*Las medidas fiscales son, como ha quedado constatado, instrumentos jurídico-constitucionales aptos ‘para la consecución de los fines económicos e sociales constitucionalmente ordenados’, entre los que se encuentra la preservación del medio. Los instrumentos tributarios pueden intervenir en la realidad socio-económica para alcanzar dicho objetivo constitucional. Para ello el legislador tiene la posibilidad de configurar jurídicamente el tributo de modo que responda a la consecución de fines fiscales y extrafiscales. Es decir, puede asignarle al tributo finalidades extrafiscales.*²⁰

19 GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.36.

20 MORO, Cristóban Borrero. *La tributación ambiental en España*. Madrid: Tecnos, 1999, p.58.

O interesse público pode assumir diferentes aspectos. Aqui retratando o caráter fiscal, verifica-se que pode ser arrecadatório ou não. Em ambos há importâncias sociais, mas mister se faz ressaltar que sempre deve-se buscar a finalidade e o bem-estar coletivo.

A adoção da extrafiscalidade tributária com fins de estimular condutas a favor do meio ambiente e desacorçoar ações deletérias a este se presta a garantir que a presente geração viva com dignidade e a futura tenha os mesmos gozos auferidos pelos benefícios que a natureza pode oferecer.

Acrescente-se que, no atual contexto social, a preservação ambiental vem, também, para garantir a segurança e o próprio direito à vida (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), visto que a degradação provoca sérias reações naturais que abalam a estabilidade residencial das pessoas e as expõe a perigos e riscos relevantes que atentam contra suas próprias vidas.

Isso traduz o interesse público. Ademais, o tributo não é usado indiscriminadamente. Deve buscar a consagração de algum valor através da utilização do instrumento tributário nas políticas públicas:

O tributo não é instrumento a ser utilizado aleatoriamente, senão na busca de valores constitucionais. Não basta, pois, o legislador identificar os elementos socioeconômicos a serem estimulados, descurando dos desígnios constitucionais. De outro giro, são os objetivos constitucionais que preenchem o conteúdo da extrafiscalidade, vale dizer, dar caráter extrafiscal à norma tributária.²¹

Há, aqui, uma verdadeira manifestação concreta do caráter intervencionista estatal com a finalidade de promover a satisfação pública; pois, de fato, a preservação ambiental é um dos objetivos maiores do Estado Social, que vem adotando meios de solucionar os problemas que vêm assolando os interesses da população.

Outra faceta que se afere desse princípio é a da indisponibilidade do interesse público. Por isso, aqueles que utilizam desenfreadamente os recursos ambientais para fins econômicos, garantindo a si mesmos lucros decorrentes da atividade deletéria, são obrigados a suportar o ônus de degradar um bem público pela imprevisibilidade de o mesmo satisfazer às gerações futuras. Assim, são-lhes impostas taxas, medidas preventivas, custos de reparação, entre outros.

Fala-se no poluidor-pagador e usuário-pagador. O que se quer é impor um custo pecuniário, já que há proveito econômico no uso de recursos naturais, para desestimular a conduta e evitar a ocorrência do dano e não tolerar mediante um preço.

21 GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.81.

Ou seja, há uma coerência econômica no uso desses princípios. A voz do espanhol Carlos Palao Taboada corrobora essa ideia:

Esta 'internalización de los costes ambientales' en la que se basa el principio 'quien contamina paga' obedece, por tanto, a una lógica económica, pero es también un principio de justicia: el individuo no se debe lucrar a costa de la sociedad. Seguramente por este componente de justicia que encierra el principio no ha sido difícil convertirlo en un principio jurídico e incluso incorporarlo a los textos legales.²²

Nesse diapasão, verifica-se que o Poder Público utiliza-se da tributação para incentivar atividades, processos produtivos e consumos ecologicamente corretos, desestimulando, conseqüentemente, aquelas atividades que causam maior impacto.

O interesse público é tão latente nessa relação que a responsabilidade imposta ao degradador é objetiva, ou seja, não se precisa provar culpa e dolo, bastando a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre os dois, conforme previsão do artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Tudo isso para garantir que o interesse público seja preservado, aqui delimitado no âmbito da preservação ambiental e do desenvolvimento sustentável.

Assim, com a extrafiscalidade, visa o Poder Público interferir em alguma esfera social diversa da simples arrecadação de recursos financeiros para movimentar a máquina administrativa. Observe, ainda, que a extrafiscalidade é aberta no ordenamento jurídico brasileiro através da disposição do artigo 151, inciso I, da Constituição Federal, notadamente na parte em que admite a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país.

Aliás, a nova tendência da relação entre Fisco e contribuinte está atrelada à defesa dos direitos fundamentais:

Assim, os tributos de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios têm sua hipótese de incidência tributária caracterizada a partir do novo desenho constitucional, desenho este que procura privilegiar muito mais do que a relação Fisco-contribuinte: primordialmente, o cidadão portador de direitos materiais fundamentais assecuratórios de sua dignidade.²³

22 TABOADA, Carlos Palao. El principio "quien contamina paga" y el principio de capacidad económica. In: TÓRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.80.

23 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito tributário ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.33.

Renato Bernardi²⁴ revela que a ideia de utilizar os mecanismos tributários como forma de promover a preservação ambiental surgiu na Europa, por volta da década de 80, ganhando novas dimensões entre 1989 e 1994, ocasião em que tal ideia foi congregada à legislação de vários países, tais como França, Itália e, também, Estados Unidos, entre outros.

Flávio de Azambuja Berti²⁵ expõe que, em períodos mais distantes, há notícias de remissões e incentivos fiscais estabelecidos pelas Coroas de Portugal e da Espanha para custear as viagens, descobertas e conquistas de novas terras pelos grandes navegadores. A Inglaterra e a Holanda também foram pioneiras na concessão de benefícios fiscais com a finalidade de promover colonização e instalação em terras de além-mar. Na época do pós-guerra, houve, na Europa, diversas formas de promover a reconstrução dos países através do uso extrafiscal de variados impostos. Isso porque era necessário incentivar o reerguimento da infraestrutura estatal, que, na ocasião, só era viável por meio de incentivos fiscais.

Sidney Lopes comenta que, na atualidade,

[...] pela extrafiscalidade, o Estado procura estimular, através da concessão de incentivos fiscais, um determinado ramo de atividade e até uma determinada região, reduzindo ou isentando-a da incidência de um tributo; ou, por outro lado, é possível que seja utilizado um imposto para desestimular determinadas condutas lícitas, majorando-o. Consiste, pois, na utilização do tributo para fins que não sejam meramente arrecadatários, ficando este objetivo em segundo plano.²⁶

Por se tratar de desestímulo a atividades lícitas, a restrição destas não pode se dar no sentido de impedir completamente a sua prática, permitindo-se, assim, apenas a redução de seu exercício, desestimulando-a; até mesmo porque o artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal consagra a iniciativa privada e o livre exercício das atividades econômicas.

A extrafiscalidade constitui-se no “algo a mais” que a mera obtenção de receita mediante a arrecadação de tributos. Decorre de finalidades especiais ligadas a valores considerados salutares, principalmente pelo fato de muitos estarem preconizados no texto da Constituição Federal. Consiste, também, na utilização do tributo como forma de incentivo ou desestímulo a atividades que são consideradas pelo Poder Público convenientes ou inconvenientes, respectivamente.

24 BERNARDI, Renato. Tributação Ecológica: o uso ambiental da extrafiscalidade e da seletividade tributárias. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v.3, n.15, p.70, dez./jan., 2008.

25 BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: extrafiscalidade e não confisco*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p.47-48.

26 LOPES, Sidney. Da importância da extrafiscalidade ambiental. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v.8, n.1, p.46, jan./jun., 2005.

Assim, a sua importância apresenta-se quando possibilita uma maior aproximação do Estado Social de Direito através da promoção do desenvolvimento sustentável (atender às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras), em razão dos efeitos atribuídos aos tributos.

Na verdade, o Estado Social surge, quando pressionado pelas revoluções sociais, pela necessidade de o poder soberano adentrar e ocupar as áreas sociais carentes de recursos e estrutura indispensáveis ao bem-estar e ao equilíbrio geral. Ou seja, a extrafiscalidade auxiliou o Estado a apoiar os projetos que visavam amenizar os setores sociais fragilizados, tais como saúde, alimentação, emprego, infraestrutura, meio ambiente, assistência, dentre outros.

A interferência estatal, nas mais diversas ramificações da sociedade através do manejo de tributos, revela-se pela política fiscal adotada. Assim, objetivos e valores constitucionais poderão ser alcançados e protegidos por meio da dinâmica tributária. A finalidade da extrafiscalidade liga-se diretamente à realização do valor constitucional. Enquanto a fiscalidade pretende arrecadar para financiar despesas, a extrafiscalidade objetiva, mediante financiamento de formas determinadas, a consecução de fins que justificam a instituição da exação e de sua dinamicidade.

A amplitude da extrafiscalidade pode assumir contornos que vão das ciências econômicas, sociológicas e políticas aos objetivos culturais, artísticos, desportivos, dentre outros.

Há quem sustente que o caráter extrafiscal dos tributos só é constitucional se atender aos objetivos que a Constituinte prevê:

Não basta ao legislador impor uma norma tributária, ou ao Judiciário referendá-la, por ter finalidade extrafiscal, sem que se aponte o efetivo efeito não-arrecadatório da norma e se demonstre que tal efeito se adequa ao conteúdo constitucional da extrafiscalidade. [...] Em resumo, a extrafiscalidade tem conteúdo aberto, determinado, porém, pelos valores e objetivos acolhidos pela Constituição. Somente dentro destes valores e objetivos a norma tributária extrafiscal é legítima. Fora deles, a extrafiscalidade mostrar-se-á inconstitucional.²⁷

Nesse diapasão, a extrafiscalidade ambiental é instrumento de realizações que convergem em prol do interesse público, já que a instrumentalidade dos tributos considerados ecológicos possibilita a promoção da tutela do meio natural.

Dessa forma, a tributação ambiental permitirá o emprego de instrumentos tributários que servirão de orientação ao contribuinte no seu comportamento

²⁷ GOUVÊA, Marcus de Freitas. Questões relevantes acerca da extrafiscalidade no direito tributário. *Interesse Público*, Porto Alegre, v.7, n.34, p.187, nov./dez., 2005.

perante o meio natural, gerando, também recursos para custear a prestação de serviços que visem à política ambiental.

Além dos efeitos extrafiscais serem objetivados através de isenções, imunidades e incentivos, subsiste a possibilidade de que tais resultados também sejam obtidos através de outros métodos exonerativos, tais como: redução de alíquota e da base de cálculo, concessão de créditos presumidos, programas especiais de tributação, parcelamentos, moratórias e programas de refinanciamentos.

4 Considerações finais

Chega-se ao fim desta pesquisa acerca das formas de tributação ambiental, acreditando-se ter alcançado os objetivos propostos no início deste trabalho. Verificou-se que o tema aqui estudado é de enorme importância para toda a sociedade e, especialmente, para a comunidade jurídica brasileira, principalmente no atual estágio de avanço tecnológico e do desenvolvimento industrial. Salienta-se, portanto, que este progresso importou em modificações que desencadearam sérias consequências sociais. Por isso, necessário se fez a intervenção do Estado no setor econômico.

A reação da natureza demonstra, sem esforço do juízo, que urge a mudança da conduta social, sob pena de se colocar em risco a própria existência humana em detrimento da ambição pelo lucro desenfreado.

Assim, a extrafiscalidade possui natureza social porque se encaixa nas diversas formas exacionais e acaba por desestimular condutas ambientalmente reprováveis e, portanto, contrárias ao interesse público.

Ela apresenta-se como inestimável ferramenta na promoção da tutela ambiental, tendo em vista que a sistemática de normas que onera o setor econômico, muitas vezes, não causa o sentimento desejado pela lei e pela sociedade. A sanção premial, nesse diapasão, promove de forma mais satisfatória o objetivo social, atingindo, assim, a finalidade pretendida: o desenvolvimento sustentável.

O Estado, assim, necessitou intervir na sociedade para controlar as atividades que estavam gerando consequências negativas, inclusive de ordem irreversível. Por isso, impor sanção ao administrado tornou-se obsoleto em razão da evolução social. A sanção premial estaria mais adequada ao atual contexto.

Averiguou-se, ainda, que implantação de políticas públicas relacionadas aos incentivos fiscais se mostra de maior serventia para o alcance dos objetivos propostos pelo Poder Público no que se refere à tutela do meio natural, estando em condições melhores que a tributação ativa ou positiva. Ademais, com os próprios tributos da competência de cada ente federativo se pode alcançar a tutela ambiental, sem a necessária implantação de um tributo especificamente para salvaguarda o meio natural.

Em alguns pontos do setor econômico já se verifica a adoção de condutas que visam à preservação ambiental, sendo uma resposta positiva das ações desempenhadas pelo Poder Público nesse sentido.

As novas formas exacionais, no entanto, não podem ser vistas como a alternativa que solucionará os todos os problemas naturais, isoladamente, mas como um novo caminho que pode contribuir decisivamente para a o desenvolvimento socioambiental.

Referências

- BERNARDI, Renato. Tributação Ecológica: o uso ambiental da extrafiscalidade e da seletividade tributárias. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, Porto Alegre, v.3, n.15, p.55-76, dez./jan., 2008.
- BERTI, Flávio de Azambuja. *Impostos: extrafiscalidade e não confisco*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22164. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 17 de novembro de 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 jul. 2010.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Direito tributário ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- _____. Questões relevantes acerca da extrafiscalidade no direito tributário. *Interesse Público*, Porto Alegre, v.7, n.34, p.175-200, nov./dez., 2005.
- GUSMÃO, Omara Oliveira de. Proteção ambiental e tributação: o tributo como coadjuvante na concretização do valor constitucional “meio ambiente”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, v.14, n.66, p.113-148, 2006.
- RAMOS, Andrea Lasmar de Mendonça. A proteção jurídica do meio ambiente. In: MAIA, Alexandre Aguiar (org.). *Tributação Ambiental*. Fortaleza: Tipogress, 2009, p.69-93.
- LOPES, Sidney. Da importância da extrafiscalidade ambiental. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, Umuarama, v.8, n.1, p.45-58, jan./jun., 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORO, Cristóban Borrero. *La tributación ambiental en España*. Madrid: Tecnos, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TABOADA, Carlos Palao. El principio “quien contamina paga” y el principio de capacidad económica. In: TÓRRES, Heleno Taveira (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.79-95.

Thales José Pitombeira Eduardo

TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Manual de direito ambiental*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Artigo recebido em 08/04/2012

Aceito para publicação em 09/11/2012

A MEDIDA DA DESIGUALDADE TRIBUTÁRIA

THE INEQUALITY TAX RATE

.....
Marcelo Rodrigues de Siqueira
Raquel Gonçalves Mota¹

Sumário

1.Introdução. 2. Princípio da igualdade. 3. Princípio da igualdade tributária. 4. Princípio da capacidade contributiva. 4.1. Aplicação do Princípio da capacidade ontributiva. 5. A distribuição da carga tributária brasileira. 5.1. A distribuição dos tributos entre os entes federativos. 5.2. A distribuição dos tributos entre os contribuintes. 6. Por que o sistema tributário brasileiro é regressivo? 6.1. Equilíbrio orçamentário. 6.2. Divisão social da carga tributária. 7. Considerações finais. Referências.

Summary

1.Introduction. 2. Principle of Equality. 3. Principle of Equal Tax. 4. Principle of Capacity Contributory. 4.1. Application of the Principle of Contributive Capacity. 5. Distribution of the Brazilian Tax Burden. 5.1. Distribution of tax among states. 5.2. Distribution of tax among taxpayers. 6. Why is the Brazilian Tax System Regressive? 6.1. Budget Balance. 6.2. Social Division of the Tax Burden. 7. Final Remarks. References

Resumo

A criação do Estado social ampliou significativamente as responsabilidades do setor público, elevando, por conseguinte, seus gastos. No caso do Brasil, o aumento das despesas, juntamente com a limitação do uso de outras fontes de receita, acarretou uma expressiva elevação da carga tributária nesses últimos anos. Coube aos tributos a missão de arrecadar a maior parte das receitas para cobrir os gastos públicos. Diante desse cenário, surgem algumas questões importantes: Será que os contribuintes são tributados de acordo com sua capacidade econômica? Como a carga tributária está dividida na sociedade brasileira? Quais as possíveis razões para a atual distribuição do ônus tributário? Primeiramente, notamos que, considerando o rendimento pessoal, quem pode suportar uma carga fiscal maior contribui com menos, ao passo que os mais pobres pagam mais tributos. Isso se deve a uma série de razões, mas uma das mais relevantes é o fato de que a matriz tributá-

¹ Mestrandos em Direito Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra–Portugal, sob orientação científica da Profa. Dra. Suzana Tavares da Silva.

ria brasileira está concentrada sobre os rendimentos, folha de salários e, principalmente, sobre os bens e serviços. Os dados apresentados revelam nitidamente a natureza regressiva do sistema tributário brasileiro e, mais, provam que a simples inscrição de princípios e regras numa Constituição não é suficiente a garantir-lhes cumprimento.

Palavras-chave: Princípio da Igualdade. Princípio da Igualdade Tributária. Capacidade Contributiva. Regressividade.

Abstract

The creation of the welfare state significantly expanded the responsibilities of the public sector, therefore increasing their spending. In Brazil, the increase in expenditure, together with the limitation of using other sources of revenue, caused a significant tax increase in recent years. It was up to the task of collecting taxes most revenue to cover government spending. Given this scenario, some important questions arise: Are taxpayers taxed according to their economic capacity? How is tax burden divided in Brazilian society? What are the possible reasons for the current distribution of the tax burden? First, we noted that, considering personal income, the ones who can bear a higher burden tax pay less, while the poorest pay more taxes. This is due to a number of reasons, but one of the most important, is the fact that the main Brazilian tax is concentrated on income, payroll, and especially on goods and services. The data presented clearly show the regressive nature of the Brazilian tax system and moreover, they prove that the simple inscription of principles and rules in a constitution is not sufficient to ensure their fulfillment.

Key words: Principle of Equality. Principle of Equal Tax. Contributory capacity. Regressivity.

1 Introdução

Embora a crise financeira global mais recente, vinda à tona no ano de 2008, tenha conquistado lugar cativo na pauta diária dos noticiários e mereça destaque tanto no meio acadêmico quanto em conversas informais, ainda não se sabe a dimensão exata do problema.

Ocorre que seus efeitos negativos ficam cada vez mais nítidos na vida do cidadão, como evidenciam os protestos populares, insurgidos em diferentes nações, contra a redução de auxílios sociais, corte nos salários, aumento dos impostos, crescimento da taxa de desemprego, dentre tantas outras mazelas.

Não se pode ignorar o fato de que até mesmo os ordenamentos jurídicos nacionais já reverberam os sinais dessa situação crítica. Alguns tribunais constitucionais, ao apreciarem as medidas dos governos de combate à crise,

evocaram o interesse público para admitir a supressão de direitos e garantias conquistados legitimamente pela sociedade².

A grave crise econômica é produto da interação de vários fatores que vão desde a comercialização mundial de títulos financeiros sem lastro econômico, desregulação dos mercados de capitais, nacionalização de bancos, passando pelo desequilíbrio orçamentário das contas dos Estados³.

Em relação ao déficit público, tudo indica que a origem do problema radica no surgimento do Estado social e econômico no século XX, pois, de fato, nos últimos anos houve um aumento significativo das responsabilidades do setor público e, conseqüentemente, de suas despesas, sobretudo nas áreas relacionadas à educação, saúde, cultura, previdência e a assistência social, meio ambiente.

É importante lembrar que nem mesmo as medidas de descentralização e flexibilização administrativa, implementadas a partir dos anos de 1980, através de um novo modelo de administração pública gerencial e privatizações de empresas estatais, foram suficientes para diminuir o nível de endividamento dos países mais afetados pela crise.

No caso específico do Brasil, muito embora o país não apresente uma situação orçamentária crítica no momento, as preocupações de ordem financeira e tributária subsistem, pois, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve um acréscimo significativo das despesas públicas.⁴

A busca do equilíbrio fiscal tem servido como justificativa para expressiva elevação da carga tributária brasileira nos últimos anos. Contudo, parece óbvio que os cidadãos brasileiros não experimentaram aumento do índice de qualidade de vida na mesma proporção do crescimento da arrecadação dos tributos.

Na realidade, pode-se verificar que uma grande parcela dos contribuintes compartilha da mesma sensação de asfixia, causada pela pressão da exação desmedida. Isso é indício de que, em muitos casos, a capacidade econômica do contribuinte não é suficiente para suportar o ônus tributário, sem prejuízo do valor mínimo necessário a uma vida digna.

A razão principal deste estudo consiste em descobrir se os contribuintes brasileiros são tributados proporcionalmente, levando em conta sua capacidade econômica, conforme determina a Constituição Federal de 1988. Antes de encontramos tal resposta, porém, será imprescindível analisarmos o modo em

2 O Tribunal Constitucional Português, no acórdão n.º 396/2011, entendeu que a “prevalência do interesse público na correção do desequilíbrio orçamental, de acordo com os compromissos firmes do Estado português, justifica a afetação das expectativas de intangibilidade das remunerações”.

3 V. STIGLITZ, Joseph. *O mundo em queda livre*: Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial. Tradução: José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p 35 e SS.

4 Despesas que são substancialmente aumentadas com a realização de obras públicas em decorrência da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. A Lei Orçamentária de 2012 prevê cerca de R\$ 1,80 bilhão em investimentos do governo federal para os eventos esportivos que ocorrerão no Brasil entre 2013 e 2016.

que a carga fiscal está dividida na sociedade brasileira, assim como as possíveis razões para atual distribuição do ônus tributário.

2 Princípio da igualdade

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, estabelece em seu artigo 3º que os objetivos fundamentais do país são:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O tema da igualdade é recorrente em três, dos quatro ambiciosos objetivos constitucionais transcritos. Talvez, essa “quase obsessão” se justifique pelas condições históricas e sociais do país, que ainda figura entre as piores posições do mundo quando analisamos a distribuição da renda *per capita*⁵.

Mais adiante, em seu artigo 5º, a Constituição consagra o princípio da igualdade de forma expressa, assegurando que *todos* “são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

A título de comparação, o mesmo princípio pode ser identificado na redação do artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, aprovada e decretada em 02 de abril de 1976, nos seguintes termos:

*1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.
2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.*

O princípio da igualdade está na base da ordem jurídica democrática. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, este princípio desdobra-se em três *dimensões* distintas. A primeira seria a de caráter liberal, isto é, o

5 Segundo relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), publicado em julho de 2010, o Brasil ocupa o terceiro lugar no ranking da desigualdade social na América Latina. Quando comparado aos outros países do mundo – 126 pelos critérios da pesquisa – o Brasil está em décimo lugar. Disponível em: <http://www.idhalc-actuarsobreelfuturo.org/site/informe.php>. Acesso em: 20 de mar. de 2011.

princípio da igualdade encerra em si a ideia de que todas as pessoas merecem ser tratadas pelas leis de modo equivalente, não importando a posição que ocupa perante a sociedade. Outra *dimensão* diz respeito aos pressupostos básicos da democracia, pois o princípio da igualdade veda discriminações positivas, ou mesmo, negativas, na *participação do exercício do poder político* e no ingresso dos cargos públicos. Por último, o referido princípio também possui uma *dimensão* social. Esta provavelmente seja a mais evidente na vida cotidiana, visto que seu conteúdo pretende eliminar as desigualdades econômicas, sociais e culturais para atingir a verdadeira isonomia entre os cidadãos.⁶

Pode-se afirmar que o princípio da igualdade é de amplo espectro, porquanto sua aplicação se dá em todos os ramos do Direito. Neste momento, no entanto, interessa-nos apenas saber como tal princípio, também conhecido como princípio da isonomia, é concebido pelo direito tributário.⁷

3 Princípio da igualdade tributária

O princípio da igualdade fiscal, conforme salienta José Casalta Nabais, surge como contraponto aos *privilégios próprios do Estado pré-liberal*, consolidando a ideia de que todos os cidadãos têm o dever de pagar impostos (generalidade ou universalidade) e, além disso, que os critérios adotados para exação sejam os mesmos para todos aqueles que desfrutam de capacidade econômica equivalente (uniformidade).⁸

A Constituição do Brasil, em seu artigo 150º, *caput* e inciso II, determina que, sem prejuízo de outras garantias, é vedado à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer discriminação em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida.⁹

Esse dispositivo é praticamente uma adaptação do princípio geral da igualdade – tratar os iguais de forma igual – ao direito tributário. As normas não poderão instituir privilégios fiscais (isenções, remissões etc.) nem ao menos tratamento diferenciado entre os contribuintes, sem respaldo no texto constitucional.

6 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4. ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora 2007, p. 336-337.

7 A terminologia “direito tributário” é mais ampla que “direito fiscal”, pois a primeira compreende o estudo de todas as espécies de tributos, enquanto que a última restringe-se somente aos impostos. Nesse sentido, v. NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 5-8.

8 NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 151-152.

9 A Constituição Portuguesa optou por não prever expressamente o princípio da igualdade tributária. Logo, o fundamento jurídico que protege os contribuintes lusos das discriminações ilegais pode ser retirado diretamente do dispositivo geral previsto no artigo 13º do mesmo diploma legal.

O comando normativo é destinado essencialmente aos legisladores, impedindo-lhes de proceder à odiosa discriminação.

Não escapam ao tratamento igualitário, para fins de tributação, nem mesmo as atividades ilícitas ou imorais, conforme prescreve o artigo 118º da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Brasileiro)¹⁰, vez que a definição legal do fato gerador deve ser interpretada com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Cabe ressaltar, ainda, que a redação do citado artigo 150º não é objetiva o bastante quanto à aplicação da segunda premissa do princípio geral da igualdade – *tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade*. Para evitar prejuízos e injustiças, porém, o próprio dispositivo legal põe a salvo as demais garantias conferidas aos contribuintes. Então, com base no princípio geral da igualdade, subsiste o direito dos contribuintes “desiguais” receberem tratamento distinto e adequado por parte do fisco.

O núcleo elementar do princípio da igualdade, conforme visto até aqui, radica na ideia de que o Estado deve dispensar aos seus cidadãos tratamento equivalente. Isso pressupõe, no entanto, a definição dos critérios que devem ser utilizados para aferir a “igualdade” no caso concreto.

Não será objeto de nosso estudo debater os parâmetros que a legislação utiliza, ou ainda, deveria utilizar para se alcançar o tratamento tributário isonômico. Nosso ponto de partida será a premissa aristotélica clássica, segundo qual a justiça somente pode ser alcançada através da igualdade no tratamento dispensado aos indivíduos que desfrutam condições idênticas e, por meio do trato distinto, entre aqueles que ostentam diferentes qualidades, tendo em conta unicamente a capacidade econômica de cada contribuinte.¹¹

4 Princípio da capacidade contributiva

De acordo com Ricardo Lobo Torres, a transição do Estado com características patrimonialistas para o Estado capitalista se caracterizou pela ideia

10 Idêntico preceito consta do artigo 10º da Lei Geral Tributária portuguesa: “O carácter ilícito da obtenção de rendimentos ou da aquisição, titularidade ou transmissão dos bens não obsta à sua tributação quando esses actos preenchem os pressupostos das normas de incidência aplicáveis.”

11 Aristóteles afirma que: “O justo, por conseguinte, deve ser ao mesmo tempo intermediário, igual e relativo (isto é, para certas pessoas). E, como intermediário, deve encontrar-se entre certas coisas (as quais são, respectivamente, maiores e menores); como igual, envolve duas coisas; e, como justo, o é para certas pessoas. O justo, pois, envolve pelo menos quatro termos, porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta os objetos distribuídos.” In: ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornhekn da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Victor Civita, 1984, p. 125.

de que o imposto deveria se basear na capacidade contributiva de cada cidadão¹². Significa dizer que, desde então, os entes detentores do poder de tributar teriam que respeitar certos limites (fixados pela condição econômica de cada contribuinte) na definição do *quantum* a ser tributado.

A capacidade contributiva pode ser entendida como a possibilidade econômica do sujeito passivo de pagar tributos (*ability to pay*). Ela será aferida pela análise tanto dos rendimentos pessoais do contribuinte, como através dos objetos que compõem seu patrimônio.

O professor Sacha Calmon afirma que Aliomar Baleeiro concebeu a ideia de capacidade contributiva como elemento *excedentário*, ou seja, seria a idoneidade econômica do contribuinte para suportar, *sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana*, parcela do custo dos serviços públicos¹³.

A ideia de dividir o custo financeiro da administração do Estado proporcionalmente, de modo que cada cidadão contribua conforme sua possibilidade econômica, não é recente. Um dos primeiros instrumentos a positivar tal regra remonta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 1789.¹⁴

O ordenamento jurídico português incorpora o princípio da capacidade contributiva no art. 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro de 1998 (Lei Geral Tributária)¹⁵, ao prescrever que os impostos assentam especialmente na capacidade contributiva revelada através do rendimento ou da sua utilização e do patrimônio.

No caso do Brasil, o parágrafo primeiro do artigo 145º da Constituição prescreve que, *sempre que possível*, os impostos¹⁶ terão caráter pessoal e serão

12 TORRES, Ricardo L. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 92.

13 COELHO, Sacha C. N., *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 84.

14 O artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão prescreve que: “Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades”. Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão disponível em: http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html. Acesso em: 20 de mar. 2011.

15 Concretizando o disposto no artigo 104º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa: “1. O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar.”

16 A Constituição Brasileira de 1946 estendia a aplicação do princípio da capacidade contributiva a todos os tributos. Atualmente, porém, a Constituição de 1988 a restringe aos impostos, de forma expressa. Todavia, o Supremo Tribunal Federal manifestou que o princípio constitucional da capacidade contributiva também é aplicável às taxas, conforme se depreende da seguinte decisão:

“A taxa de fiscalização da CVM, instituída pela Lei 7.940/1989, qualifica-se como espécie tributária cujo fato gerador reside no exercício do poder de polícia legalmente atribuído à Comissão de Valores Mobiliários. A base de cálculo dessa típica taxa de polícia não se identifica com o patrimônio líquido das empresas, incorrendo, em consequência, qualquer situação de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 145, § 2º, da CF. O critério adotado pelo legislador para a cobrança dessa taxa de polícia busca realizar o princípio constitucional da capacidade contributiva, também aplicável a essa modalidade de tributo, notadamente quando a taxa tem, como fato gerador, o exercício do poder de polícia.” (RE 216.259-AgR, Rel. Min. Celso

graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Para dar efetividade a esse preceito é facultado à administração tributária identificar precisamente o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.

4.1 Aplicação do princípio da capacidade contributiva

Em termos práticos, a administração pública (em sentido amplo) pode se valer de três técnicas para tornar os impostos mais adequados à capacidade contributiva de cada sujeito passivo: A) Proporcionalidade, B) Progressividade e C) Seletividade.

A) *Proporcionalidade* – Segundo essa técnica, o valor da alíquota de cada imposto deve ser definido levando-se em conta o impacto dela na apuração do montante total devido. A soma de todos os valores dos tributos a recolher não pode ser superior à capacidade econômica do contribuinte de suportá-los.

B) *Progressividade* – Esta técnica é empregada quando o mesmo imposto possui várias alíquotas definidas de acordo com finalidades fiscais, isto é, meramente arrecadatórias, ou ainda, para alcançar objetivos extrafiscais, quando o tributo é utilizado prioritariamente como instrumento de indução de comportamentos.¹⁷

C) *Seletividade* – Neste caso, as alíquotas do mesmo imposto são diferentes conforme o tipo de bem ou serviço. As mercadorias essenciais à mínima existência digna devem ser tributadas num patamar mais baixo, ao passo que as maiores alíquotas devem ser restritas aos produtos considerados supérfluos. A ideia central é de que o valor do tributo corresponda à razão inversa da essencialidade do bem de consumo.

É importante ressaltar que nem todas as espécies de tributos, devido às suas peculiaridades técnicas, admitem o emprego dos três métodos de realização da capacidade contributiva. Tal fato não significa, entretanto, que ao menos uma das técnicas descritas não possa ser aplicada.

Veja-se, por exemplo, o caso dos tributos classificados como pessoais ou reais e também os ditos diretos e indiretos.

Os tributos pessoais, segundo Giannini, são os que *alcançam* os rendimentos ou bens do contribuinte, considerando apenas as condições pessoais do sujeito passivo, enquanto que os de caráter real são aqueles tributos que alcançam bens ou rendimentos, considerados na sua objetividade, sem levar em conta a condição pessoal do contribuinte.¹⁸

de Mello, julgamento em 9-5-2000, Segunda Turma, DJ de 19-5-2000.) No mesmo sentido: RE 177.835, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22/04/1999, Plenário, DJ de 25-5-2001.

17 No sistema tributário brasileiro o Imposto de Renda (IR), o Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) e o Imposto Territorial Rural (ITR) gozam de progressividade.

18 GIANNINI, A.D. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Milano: A Giuffrè Editore, 1974, p.159.

Esclarece Aliomar Baleeiro que:

Em regra geral, só os impostos pessoais se ajustam adequadamente à aplicação de critérios progressivos medidos pela capacidade contributiva, se bem que esta se possa presumir da natureza, valor ou aplicação específica de determinada coisa, no sentido de que a possui, compra ou prefere o indivíduo de maiores recursos econômicos. Mas imposto sobre coisa, em princípio, exclui, por exemplo, a progressividade em atenção à pessoa, salvo casos de aplicação extrafiscal.¹⁹

Em se tratando de impostos reais, será impossível a aplicação da técnica da progressividade, baseada nas condições pessoais do sujeito passivo, porque aos impostos reais somente interessam as características objetivas do bem tributado.²⁰ Por outro lado, nessa hipótese não se verifica quaisquer empecilhos a utilização da técnica da proporcionalidade. A distribuição da carga tributária feita de forma proporcional pode alcançar, sem maiores problemas, o princípio da capacidade contributiva.

Outros tipos de impostos que merecem toda atenção são os classificados pela doutrina como diretos e indiretos.²¹

Segundo as lições de José Casalta Nabais, diversos critérios econômicos e jurídicos têm sido utilizados para distinguir os impostos em diretos ou indiretos. Quanto aos primeiros critérios, o autor aponta: o financeiro, o econômico e da repercussão econômica. Em relação aos jurídicos há: o do lançamento administrativo, o do rol nominativo e o do tipo de relação jurídica base do imposto.²²

Tendo em conta os propósitos iniciais deste trabalho, trataremos apenas do critério da repercussão econômica. Logo, os impostos diretos são aqueles que o sujeito passivo arca diretamente com seus respectivos custos, sem repassá-los a terceiros. Já os impostos indiretos podem ser entendidos como aqueles que o contribuinte repassa, na forma de encargos financeiros, ao adquirente do bem ou serviço.²³

19 BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 363 e 365.

20 O Supremo Tribunal Federal, todavia, reconheceu a progressividade do IPTU, mesmo tratando-se de tributo real. Segundo o entendimento firmado pela corte superior, com a edição da Emenda Constitucional n. 29/2000 foram estabelecidas de forma satisfatória as balizas da progressividade, não havendo qualquer desarmonia da nova redação do artigo 156, § 1º com o artigo 145, § 1º, ambos da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido v. RE 586.693/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 25-05-2011, Tribunal Pleno, DJe 21-06-2011.

21 O Glossário da OCDE registra que impostos indiretos são os que supostamente podem ser repassados, no todo ou em parte, a outras entidades, aumentando os preços dos bens ou serviços vendidos.

22 NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42-50.

23 A classificação apresentada é bastante criticada pela doutrina, vez que os critérios por ela utilizados possuem natureza econômica ao invés de jurídica. Mas essa não é a única razão. Também não se pode deixar de

Os reflexos econômicos da tributação indireta podem ser identificados de maneira mais clara quando distinguimos a figura do contribuinte de direito do contribuinte de fato. O primeiro é aquele a quem a lei atribui o dever de recolher o tributo e o segundo é quem suporta, na prática, o ônus financeiro da exação.

Em virtude do contribuinte de direito não corresponder ao contribuinte de fato os impostos indiretos não tornam viável a utilização da técnica progressividade²⁴. Talvez essa também seja uma das principais razões porque os tributos indiretos geralmente apresentam características regressivas, em relação à renda total do contribuinte de fato.

A impossibilidade em se aplicar a técnica da progressividade, porém, não pode servir como pretexto à violação dos princípios constitucionais da igualdade e capacidade contributiva. Por certo, a administração tributária ainda pode se valer da seletividade e proporcionalidade na definição das alíquotas dos impostos indiretos.

Nesse mesmo sentido, Luciano Amaro afirma que:

Não há nenhuma razão pela qual pudessem ser desconsiderados, no caso de impostos indiretos, os valores que os princípios em análise buscam preservar, a pretexto de que a capacidade contributiva deva ser a do contribuinte de direito, ignorando-se o contribuinte “de fato”. Não fosse assim, o princípio poderia ser abandonado, para efeito de tributação de alimentos básicos e remédios, a pretexto de que os contribuintes de direito dos impostos aí incidentes são empresas de altíssimo poder econômico.²⁵

Desde o período colonial, afirma Alcides Jorge Costa, as províncias brasileiras sempre mantiveram competência própria para exercer a tributação indireta, que foi concentrada principalmente nas exportações e, em menor escala, nas importações de produtos industrializados²⁶. Mas, atualmente, são exemplos de impostos indiretos no ordenamento jurídico-tributário brasileiro, o Imposto sobre o Produto Industrial (IPI), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e o Imposto sobre Serviços (ISS).

Diante de tudo quanto foi exposto, fica claro que todo e qualquer tributo, independentemente de sua classificação dogmática, ou mesmo, de suas características particulares quanto à aplicação das técnicas da proporcionalidade, progressividade e seletividade, não pode se esquivar da aplicação dos princípios da igualdade e capacidade contributiva, sob pena de violação ao texto constitucional.

ressaltar sua imprecisão técnica. Em muitos casos os impostos diretos integram a base de cálculo dos custos, repercutindo, assim, no valor final do bem ou serviço. Há outras situações em que os tributos indiretos não são repassados a terceiros, mas suportados pelo próprio contribuinte de direito. V. NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. pp. 42-50. FABRETTI, Lúdio Camargo. *Contabilidade tributária*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

24 Segundo a Constituição Brasileira, a seletividade aplica-se somente a dois impostos indiretos, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias (ICMS).

25 AMARO, Luciano *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p 141.

26 COSTA, Alcides Jorge “Reforma Tributária: uma visão histórica”, 1996. (mimeo)

5 A distribuição da carga tributária brasileira

5.1 A distribuição dos tributos entre os entes federativos

A ciência jurídica tem como objeto de estudo as normas ou regras vigentes num determinado momento histórico. Cabe à sociologia jurídica, nas palavras de Miguel Reale, a missão de compreender *como as normas jurídicas se apresentam efetivamente*²⁷. Estudar as normas jurídicas desconsiderando seus efeitos práticos é o mesmo que reduzir o Direito ao campo exclusivo das ideias e tal expediente significa condenar as ciências jurídicas ao ócio, visto que, assim, não lhe restaria qualquer utilidade prática.

A partir de uma visão mais pragmática, portanto, confrontaremos os dados oficiais sobre arrecadação, disponibilizados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, em setembro de 2011, no relatório intitulado: Carga Tributária no Brasil 2010 - Análise por Tributos e Bases de Incidência. Tudo isso, para alcançarmos uma noção mais exata de como a carga tributária está efetivamente distribuída na sociedade brasileira.

Veja-se inicialmente o quadro 1:

Quadro 01 - Carga Tributária Bruta - 2009 e 2010

Componentes	R\$ bilhões	
	2009	2010
Produto Interno Bruto	3.185,13	3.674.96
Arrecadação Tributária Bruta	1.055,44	1.233.49
Carga Tributária Bruta	33,14%	33,56%

Fonte: Receita Federal do Brasil (RFB) e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

O primeiro quadro não dispõe de muitas informações, porém, é suficiente para revelar que mais de um terço de toda riqueza produzida no país, nos anos de 2009 e 2010, foi destinada ao fisco.

No sistema fiscal brasileiro, a exemplo do português²⁸, a matriz que serve de base para tributação é composta pelas riquezas provenientes da renda, das propriedades e do consumo dos contribuintes.

27 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 20.

28 Segundo José Luís Saldanha Sanches, o legislador constituinte português diferencia os impostos entre os incidentes sobre o rendimento pessoal, sobre o patrimônio e sobre o consumo. V. SANCHES, José Luís Saldanha. *Manual de direito fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 25.

O comparativo mais recente entre a matriz fiscal brasileira e a dos países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁹, disponibilizado em 2009, permite ver com clareza como o sistema tributário do Brasil está estruturado.

**Quadro 2 - Carga Tributária por Base de Incidência - 2008
Brasil x Países da OCDE (em % da Carga Tributária Total)***

Base de Incidência	Brasil	OCDE		
		Máx.	Mín.	Média
Renda	20,5%	60,6% (a)	20,8% (e)	37,0%
Folha de Salários	24,1%	43,8% (b)	2,0% (a)	25,3%
Propriedade	3,3%	15,1% (c)	1,1% (b)	5,8%
Bens e Serviços	48,7%	60,7% (d)	17,0% (f)	31,5%
Transações Financeiras	2,1%	-	-	-
Outros	1,3%	5,3%	0,0%	0,9%
Total:	100%			

Obs.: (a) Dinamarca (b) Rep. Tcheca, (c) Japão, (d) México, (e) República Eslovaca, (f) Estados Unidos.

*O último relatório da RFB, publicado em setembro de 2011, não divulgou a atualização do presente quadro.

Embora os dados não sejam atuais, aparentemente, a realidade fiscal brasileira não sofreu modificações profundas nos últimos anos, pois os índices de arrecadação mantêm-se praticamente no mesmo patamar desde 2008, segundo quadro da Receita Federal em anexo.

Em primeiro lugar, destaca-se que, apesar do “peso” da tributação sobre o rendimento ser considerável, aquele está um pouco abaixo do nível mínimo encontrado nos países membros OCDE.

A porcentagem dos tributos que oneram a folha de salários também é relevante, quando comparada ao resto do sistema brasileiro. Todavia, o referido montante aproxima-se da média encontrada nos países membros da OCDE.

Em relação às três fontes de riqueza tributável (rendimento pessoal, patrimônio e o consumo), as propriedades possuem substancialmente o menor gravame. A percentagem desse tipo de tributação pode ser considerada baixa (3,3%), mesmo quando comparada à média dos países membros da OCDE.

Numa lógica inversamente proporcional à tributação do patrimônio, verifica-se que a maior carga de tributos está concentrada na transação de bens

29 Atualmente são membros da OCDE: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Coreia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suécia, Suíça e Turquia.

e serviços. Na matriz fiscal brasileira, a tributação sobre o consumo representa quase metade do valor total arrecadado, além de superar, com folga, a média encontrada nos países membros da OCDE.

No intuito de ampliar o nível de detalhes do sistema tributário brasileiro, destaca-se o conteúdo do quadro 3, pois ali estão dispostas informações importantes a respeito das fontes de receita pública.

Quadro 3 - Receita tributária por tributo e competência - 2009 e 2010

Tributo/Competência		2009		2010		
R\$ milhões %		PIB	%	R\$ milhões	% PIB	%
Total da Receita Tributária	1.055.440,23	33,14%	100,00%	1.233.491,32	33,56%	100,00%
Tributos do Governo Federal	737.037,69	23,14%	69,83%	862.275,64	23,46%	69,91%
Orçamento Fiscal	264.244,21	8,30%	25,04%	309.362,44	8,42%	25,08%
Imposto de Renda	192.415,24	6,04%	18,23%	213.416,71	5,81%	17,30%
Pessoas Físicas	13.936,31	0,44%	1,32%	16.517,50	0,45%	1,34%
Pessoas Jurídicas	78.427,13	2,46%	7,43%	83.416,21	2,27%	6,76%
Retido na Fonte	100.051,80	3,14%	9,48%	113.483,00	3,09%	9,20%
Imposto sobre Produtos Industrializados	27.774,33	0,87%	2,63%	37.305,31	1,02%	3,02%
Imposto sobre Operações Financeiras	19.226,33	0,60%	1,82%	26.537,59	0,72%	2,15%
Impostos sobre o Comércio Exterior	15.896,84	0,50%	1,51%	21.099,50	0,57%	1,71%
Imposto Territorial Rural	435,60	0,01%	0,04%	494,96	0,01%	0,04%
Impostos Prov. sobre Mov. Financeira	0,11	0,00%	0,00%	0,05	0,00%	0,00%
Taxas Federais	4.989,17	0,16%	0,47%	5.923,72	0,16%	0,48%
Cota-Parte Ad Fr. Ren. Marinha Mercante	1.510,71	0,05%	0,14%	2.348,41	0,06%	0,19%
Contrib. Custeio Pensões Militares	1.681,26	0,05%	0,16%	1.869,02	0,05%	0,15%
Cota-Parte Contrib. Sindical	314,63	0,01%	0,03%	367,18	0,01%	0,03%
Orçamento Seguridade Social	393.488,68	12,35%	37,28%	460.748,06	12,54%	37,35%
Contribuição para a Previdência Social	182.008,44	5,71%	17,24%	211.968,53	5,77%	17,18%
Cofins	116.034,82	3,64%	10,99%	139.174,35	3,79%	11,28%
Contribuição Prov. sobre Mov. Financeira*	(22,31)	0,00%	0,00%	(27,38)	0,00%	0,00%

Tributo/Competência		2009		2010		
R\$ milhões %		PIB	%	R\$ milhões	% PIB	%
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido	43.626,12	1,37%	4,13%	45.487,17	1,24%	3,69%
Contribuição para o PIS	25.676,22	0,81%	2,43%	30.337,50	0,83%	2,46%
Contribuição para o Pasep	5.141,32	0,16%	0,49%	9.880,46	0,27%	0,80%
Contrib. Seg. Soc. Servidor Público - CPSS	18.510,84	0,58%	1,75%	20.807,68	0,57%	1,69%
Outras Contribuições Sociais	2.513,24	0,08%	0,24%	3.119,75	0,08%	0,25%
Demais	79.304,79	2,49%	7,51%	92.165,14	2,51%	7,47%
Contribuição para o FGTS	54.725,95	1,72%	5,19%	61.797,21	1,68%	5,01%
Cide Combustíveis	4.911,52	0,15%	0,47%	7.758,34	0,21%	0,63%
Cide Remessas	1.148,93	0,04%	0,11%	1.213,52	0,03%	0,10%
Fundaf	179,82	0,01%	0,02%	211,58	0,01%	0,02%
Outras Contribuições Econômicas	44,15	0,00%	0,00%	21,73	0,00%	0,00%
Salário Educação	9.685,19	0,30%	0,92%	11.160,25	0,30%	0,90%
Contribuições para o Sistema S	8.609,23	0,27%	0,82%	10.002,49	0,27%	0,81%
Tributos do Governo Estadual	270.046,37	8,48%	25,59%	311.197,30	8,47%	25,23%
ICMS	224.027,74	7,03%	21,23%	256.837,91	6,99%	20,82%
IPVA	17.567,21	0,55%	1,66%	20.742,68	0,56%	1,68%
ITCD	1.590,35	0,05%	0,15%	2.330,81	0,06%	0,19%
Taxas Estaduais	7.938,36	0,25%	0,75%	10.666,27	0,29%	0,86%
Previdência Estadual	17.127,42	0,54%	1,62%	18.285,55	0,50%	1,48%
Outros	1.795,29	0,06%	0,17%	2.334,07	0,06%	0,19%
Tributos do Governo Municipal	48.356,17	1,52%	4,58%	60.018,38	1,63%	4,87%
ISS	22.354,48	0,70%	2,12%	27.417,76	0,75%	2,22%
IPTU	12.235,12	0,38%	1,16%	15.380,93	0,42%	1,25%
ITBI	3.746,58	0,12%	0,35%	4.418,63	0,12%	0,36%
Taxas Municipais	3.285,89	0,10%	0,31%	4.166,08	0,11%	0,34%
Previdência Municipal	4.246,11	0,13%	0,40%	5.536,49	0,15%	0,45%
Outros Tributos	2.487,99	0,08%	0,24%	3.098,49	0,08%	0,25%

Fonte: Receita Federal do Brasil (*destaques nossos*)

* A Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF) vigorou até o dia 31 de dezembro de 2007, pois a proposta de prorrogação da referida contribuição foi rejeitada pelo Senado, em dezembro daquele mesmo ano.

Em meio a tantos números, um dado logo chama atenção, qual seja, a discrepante divisão da receita tributária brasileira entre os entes federativos. O governo federal (União) fica com aproximadamente 70% do total arrecadado, enquanto que os estados detêm cerca de 25,5% e os municípios apenas 4,5% desses recursos.

É preciso ressaltar, todavia, que nem todo o valor que ingressa nos cofres da União e dos Estados será utilizado diretamente pelos respectivos entes tributantes. O texto constitucional prevê a existência de fundos de participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e dos Municípios (FPM), como mecanismos de partilha das receitas oriundas dos tributos federais e estaduais.

No mais, cumpre observar que a receita tributária da União subdivide-se em *orçamento fiscal*, *orçamento da seguridade social* e *demais receitas*.

Em relação ao primeiro orçamento, verifica-se que as maiores fontes de recursos são o Imposto de Renda (IR), que engloba as modalidades retido na fonte (IRRF), pessoas físicas (IRPF) e jurídicas (IRPJ), bem como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Ainda no tocante ao *orçamento fiscal* é curioso notar que, apesar de o Brasil possuir um território cujas dimensões são vastíssimas, o valor da arrecadação do imposto que incide sobre as propriedades rurais - Imposto Territorial Rural (ITR) – é ínfimo, quase desprezível, representando 0,04% (quatro centésimos por cento) em comparação ao total das receitas arrecadadas.

Outro ponto interessante é constatar que o *orçamento da seguridade social* já supera bastante o valor do fiscal. Aquele é composto, principalmente, pelas contribuições para Previdência Social, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e pela Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS).

O restante arrecadado pela União, incluído na rubrica *demais receitas*, em sua maior parte, se deve às contribuições para Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

No caso dos estados e municípios, a principal fonte de recursos financeiros advém dos orçamentos fiscais respectivos, diferentemente do que acontece na União. Nos Estados a arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é disparadamente a mais relevante, enquanto que a maior fonte de recursos municipais fica por conta da arrecadação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN ou ISS).

Por fim, em relação às taxas, cumpre destacar que tal espécie tributária não corresponde a receitas muito significativas para nenhum dos entes federativos.

5.2 A distribuição dos tributos entre os contribuintes

Até então vimos como a carga tributária está repartida entre os sujeitos ativos da exação. Voltaremos nossa atenção agora ao outro polo da relação jurídico-tributária, pois somente assim descobriremos em que medida o sujeito passivo suporta a carga fiscal.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em 30 de junho de 2009, divulgou um comunicado intitulado “Receita pública: Quem paga e como se gasta no Brasil”.

Deve-se registrar que o referido estudo não fora repetido considerando os dados dos últimos exercícios fiscais. No entanto, acreditamos que o resultado primário poderá servir de base para nossa análise sem maiores prejuízos, haja vista que, conforme dito, não foram detectadas variações bruscas de arrecadação desde 2008, de acordo com os dados da Receita Federal em anexo.

Também cabe salientar que a estimativa do Ipea, sobre a carga tributária bruta brasileira, superou um pouco os números divulgados oficialmente pela Receita Federal do Brasil (36,2% contra 34,41% do PIB).

Quadro 04 - Brasil - Distribuição da carga tributária bruta segundo faixa de salário mínimo

Renda Mensal Familiar	Carga Tributária Bruta – 2004 %	Carga Tributária Bruta – 2008 %	Dias Destinados ao Pagamento de Tributos
até 2 SM	48,8	53,9	197
2 a 3	38,0	41,9	153
3 a 5	33,9	37,4	137
5 a 6	32,0	35,3	129
6 a 8	31,7	35,0	128
8 a 10	31,7	35,0	128
10 a 15	30,5	33,7	123
15 a 20	28,4	31,3	115
20 a 30	28,7	31,7	116
mais de 30 SM	26,3	29,0	106
CTB, segundo CFP/ DIMAC	32,8	36,2	132

Fontes: Carga Tributária por faixas de renda, 2004: Zockun et alli (2007); Carga Tributária Bruta 2004 e 2008: CFP/DIMAC/IPEA; Carga Tributária por faixas de renda, 2008 e Dias Destinados ao Pagamento de Tributos, elaborado pelo Ipea.

Os números revelam que à medida que a renda dos contribuintes aumenta a tributação diminui, considerando sua proporção em relação ao salário mínimo. A

razão inversa logicamente se confirma, pois quanto *menor* a renda do trabalhador *maior* a carga tributária.

Tal assimetria evidencia a natureza regressiva do sistema tributário brasileiro. Em termos práticos, o custo financeiro do Estado está dividido de maneira desproporcional e prejudicial entre a sociedade civil. Quando consideramos exclusivamente a capacidade contributiva dos brasileiros, para aferir o cumprimento do princípio da igualdade tributária, verifica-se que os contribuintes mais abastados estão pagando menos tributos do que os mais pobres.

6 Por que o sistema tributário brasileiro é regressivo?

A realidade mostrada pelos números suscita um questionamento natural e inevitável: Se a Constituição Brasileira tanto preconiza a igualdade, então por que o sistema tributário é regressivo? A resposta é bem simples: o sistema tributário brasileiro atual é regressivo porque está em desacordo com as regras e princípios contidos na Constituição Federal.

Embora tal constatação faça todo sentido, tem-se que admitir que ela não é satisfatória. O que verdadeiramente intriga e aguça nossa curiosidade são os motivos que levam o Estado a descumprir sua própria Constituição Federal.

As razões às quais nos referimos vão desde interesses políticos, econômicos, históricos, até as de natureza jurídica, uma vez que todas, em alguma medida, produzem efeitos na configuração dos sistemas tributários.

Certamente, algumas questões jurídicas têm mais relevância que outras em relação ao orçamento público; por isso, decidimos analisar como a busca pelo equilíbrio do orçamento público e os grupos de interesses afetam a fixação dos tributos no regime democrático brasileiro.

6.1 Equilíbrio orçamentário

Historicamente, as primeiras constituições que reconheceram os direitos sociais foram a do México de 1917 e a da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar). Também seguiram esse caminho a constituição italiana de 1947, a alemã de 1949, a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978.³⁰

Como era de se esperar, o surgimento do Estado social e econômico ampliou significativamente as responsabilidades do setor público. Segundo Gaspar Ariño Ortiz, o Estado Social europeu, vigente entre 1930 e 1980, tinha como objetivo proporcionar:

30 V. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I . 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.102-103.

[...] 1) oferta de bienes tutelares, como educación, sanidade y vivienda; 2) garantía de rentas, como ocurre en lo relativo a las pensiones de jubilación, enfermedad, desempleo o familia; 3) garantía de relaciones laborales, a través de regulaciones legislativas, actuaciones reglamentarias, e intermediaciones del más variado signo; y 4) garantía de medio ambiente.³¹

A Constituição Federal de 1988 incorporou em seu texto praticamente os mesmos anseios e valores do modelo social europeu, reconhecendo a todos brasileiros direito a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e infância, assistência aos desamparados, etc.

Como consequência, a referida Constituição universalizou a cobertura e atendimento da seguridade social, garantiu a uniformização e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, bem como assegurou a irredutibilidade do valor dos benefícios. Também fora concedido aos servidores da administração pública um generoso regime jurídico e de previdência, sendo esse último alterado substancialmente pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

Para garantir a efetividade do extenso rol de direitos, o Estado brasileiro viu-se obrigado a aperfeiçoar e gerir uma complexa estrutura destinada à prestação dos serviços públicos. O aumento do tamanho do Estado trouxe consigo dois novos problemas: a elevação brutal dos gastos públicos e a ineficiência na execução das tarefas estatais.

Os direitos não podem ser protegidos ou aplicados sem financiamento e apoio público. Tanto o direito ao bem-estar como o direito à propriedade privada têm custos que necessariamente recaem sobre o tesouro público³². É por isso que quanto maior o “número” de direitos reconhecidos num sistema jurídico, maior será a necessidade de recursos financeiros. No final das contas, o ônus tributário será distribuído entre os integrantes da sociedade civil de modo que todos os contribuintes – sendo ou não titulares de direitos – deverão suportá-lo.

A administração pública tem a difícil missão de transformar recursos financeiros em direitos. A materialização de direitos pressupõe uma infraestrutura abrangente, assim como a contratação de recursos humanos especializados para colocá-la em funcionamento. Mas isso ainda não é o bastante. A maior dificuldade, talvez, seja fazer com que todo aparato público (infraestrutura e recursos humanos)

31 ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: Comares Editorial, 1999, p. 91.

32 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Company, 1999, p.15.

trabalhe de modo eficiente, ou seja, alcance o interesse público com o menor dispêndio possível.

Ainda em relação aos gastos públicos, Fernando Blanco e Santiago Herrera destacam que a Constituição brasileira de 1988 aumentou a rigidez da despesa pública, a partir do momento em que vinculou parte importante das receitas fiscais a dispêndios e investimentos obrigatórios.³³

Na outra ponta, isto é, no lado das receitas públicas, a Constituição sofreu uma forte pressão política a favor da *descentralização fiscal*, que visava à divisão da arrecadação tributária entre os entes federados conforme o nível dos gastos públicos. Tal movimento resultou na ampliação da base de incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), bem como num aumento das transferências dos impostos federais em favor dos governos estaduais e municipais³⁴.

Embora a divisão da receita oriunda dos impostos entre os entes federados, em certos casos, possa ser utilizada com fins eminentemente políticos, temos que admitir que hoje ela representa um importante mecanismo para amenizar as desigualdades regionais, em busca do equilíbrio socioeconômico entre Estados e Municípios³⁵.

O acréscimo das despesas e a redução das receitas fizeram com que a União voltasse sua atenção às espécies tributárias não partilháveis, destacando-se as contribuições como as mais importantes. No quadro 3, fica fácil compreender a relevância que as contribuições para Previdência Social, COFINS, CSLL e PIS têm atualmente no orçamento da seguridade federal.

Em matéria contábil, tributos representam custos na produção de bens e serviços. Logo, qualquer aumento das contribuições, como aconteceu nos últimos anos, é suficiente para produzir grandes reflexos econômicos. Em certas ocasiões pode ocorrer que, devido à alta competitividade do mercado, o valor dos tributos não seja repassado a terceiros, reduzindo-se, assim, a margem de lucro da atividade produtiva. O mais comum, porém, é que o montante dos tributos indiretos seja transferido integralmente ao contribuinte de fato. Há casos em que até mesmo o valor dos tributos diretos é repassado adiante através da composição dos custos.

33 BLANCO, Fernando; HERRERA, Santiago. The Quality of Fiscal Adjustment and the Long-Run Growth Impact of Fiscal Policy in Brazil. Artigo apresentado na EcoMod Policy Modeling Conference in Paris, Junho de 2004, p.8. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A087.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2011.

34 CARVALHO, David Ferreira. Pacto Federativo E Descentralização Fiscal No Brasil Na Década de 90. Disponível em: http://www.sep.org.br/artigo/CARVALHO_DAVID.pdf. Acesso em: 08 de mar. de 2011.

35 Os Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e dos Municípios (FPM) são formados pelo repasse de parte das receitas provenientes do Imposto de Renda e do Imposto sobre Produtos Industrializados. O FPE recebe 21,5% do total destes dois impostos enquanto que o FPM fica com outros 23,5% de acordo com a DECISÃO NORMATIVA-TCU Nº 109, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010.

Conforme já dissemos, os tributos indiretos não levam em consideração (embora deversem) a capacidade contributiva do consumidor dos produtos ou serviços, isto é, daquele que realmente suporta o valor da exação. Desse modo, uma tributação “pesada” sobre o consumo, como de fato ocorre com os impostos indiretos (IPI, ICMS, ISS) e contribuições, tende a penalizar mais os contribuintes de capacidade econômica inferior com o estigma da regressividade tributária.

6.2 Divisão social da carga tributária

No Estado Democrático de Direito presume-se que a criação de um sistema tributário surge do consenso dos indivíduos, que se propõem transferir parte de seu esforço produtivo ao ente público. A ideia contida no princípio inglês “*no taxation without representation*” significa que o sistema tributário deve corresponder a um pacto acordado entre segmentos da sociedade representados no parlamento.³⁶

Pode acontecer, entretanto, que, ao longo do tempo, as regras estabelecidas nesse pacto sofram grandes influências sociais, advindas do crescimento populacional, do desenvolvimento econômico, assim como dos diferentes grupos de interesse. A pressão dessas novas forças frequentemente ocasiona alteração do sistema tributário, o que acaba por desajustar o equilíbrio do consenso inicial.³⁷ Tal desequilíbrio, por sua vez, corresponde, na realidade, uma distribuição desigual e nociva da carga tributária entre os diversos setores da sociedade.

Uma das primeiras teorias a estudar as influências que os grupos de pressão exercem no ordenamento jurídico ficou conhecida como *teoria da escolha pública*. A teoria mencionada estabeleceu-se como uma das principais opositoras à teoria econômica do bem estar social (*welfare economics*), que defendia a forte intervenção do Estado na economia para corrigir as falhas de mercado.³⁸

Numa visão realista e pragmática, a teoria da escolha pública analisou problemas que envolvem o processo de tomada de decisão coletiva, abordando questões como: ineficiência da administração pública, ausência de incentivos, problemas com obtenção de informação acerca das preferências dos cidadãos, rigidez institucional, *lobbies*, financiamento ilegal de partidos políticos etc.

36 V. NABAIS, José Casalta / SILVA, Suzana Tavares da. O Estado pós-moderno e a figura dos tributos. In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 140, n.º 3965. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 104.

37 V. Estudo Tributário 04 da Secretaria da Receita Federal do Brasil intitulado A Progressividade no Consumo Tributação Cumulativa e sobre o Valor Agregado. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/16%20Progressividade%20no%20Consumo.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2011.

38 PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal? In: *Análise Social*, vol. XXXII (141), 1997 (2.º). p. 420. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1221841484T5sAW2pw7Dh10FX8.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2011.

A premissa inicial é que as decisões políticas e econômicas dos governos estão sujeitas a diferentes forças que interferem diretamente no sistema político. Ao mesmo tempo, deve-se considerar que os governos têm horizontes temporais limitados e submetem-se periodicamente a eleições, e isso também influencia o processo decisório.³⁹

Gary S. Becker defende que todos os indivíduos pertencem a grupos específicos (definidos por profissão, indústria, renda, geografia, idade etc.) destinados a exercer pressão política em busca da melhoria do bem-estar dos seus membros. O resultado da competição entre esses grupos é o equilíbrio dos impostos, subsídios e outros favores políticos. Daí o autor conclui que “um grupo que se torna mais eficiente na produção de pressão política seria capaz de reduzir os seus impostos ou aumentar os seus subsídios”.⁴⁰

James M. Buchanan e Gordon Tullock propõem um modelo singular que nos permite visualizar facilmente a atuação dos grupos de pressão. Os autores nos instigam imaginar um governo que, financiado por tributos, comprometa-se apenas a realizar atividades que proporcionam benefícios a toda coletividade. Nesse cenário, haverá pouco incentivo para que as pessoas se organizem em associações no intuito de alcançar vantagens particulares. Mesmo assim, suponha-se que um grupo se organiza e, depois de exercer pressão, consegue aprovar uma lei favorável a si. O resultado é que o ordenamento jurídico passa a proteger um setor específico, como acontece com a regulação de mercado, benefícios fiscais, ou outras práticas aceitas.⁴¹

A mesma lógica pode ser encontrada na teoria da regulação econômica, desenvolvida por George J. Stigler. O autor sustenta que a ação regulatória resulta da interação de interesses privados orientados exclusivamente pela busca da maximização dos seus benefícios. As sociedades empresariais demandam a regulação para se protegerem da competição no mercado e, em troca, oferecem apoio político aos agentes reguladores. Tudo isso, por óbvio, alheio ao interesse público.⁴²

Segundo Paulo Trigo Pereira, ao proceder à análise econômica da democracia, Anthony Downs (1957) introduz a ideia de que a democracia – o processo político democrático – poderia ser analisada como um *mercado*

39 Idem. p. 423-425.

40 BECKER Gary S.. A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence. In: *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98, n. 3, p. 371-400, ago. 1983. Disponível em: <http://www2.bren.ucsba.edu/~glibecap/BeckerQJE1983.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2011.

41 BUCHANAN, James M; TULLOCK Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan, 1977, p. 264.

42 STIGLER, G.J. 2004. A teoria da regulação econômica. In: P. MATTOS (Coord.) *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004, p. 23-48.

competitivo, onde os agentes que nele atuam (políticos, cidadãos, funcionários públicos) têm basicamente motivações egoístas.⁴³

Na perspectiva de Mancur Olson Junior, o egoísmo seria o principal fator de desestímulo ao comportamento em prol da coletividade:

Com efeito, a menos que o número de indivíduos em uma grupo seja bastante pequeno, ou a menos que haja coerção ou algum outro especial dispositivo para fazer os indivíduos agirem no interesse comum, racionalmente, indivíduos auto-interessados não irão agir para alcançar seus interesses comuns ou interesses de grupo. Em outras palavras, mesmo se todos os indivíduos em uma grande grupo são racionais e auto-interessados, e ganharia se, em grupo, eles agiram para alcançar seu interesse ou objetivo comum, ainda assim não agiriam voluntariamente para atingir esse interesse comum ou de grupo.⁴⁴

A atuação dos diversos grupos de pressão, no momento da elaboração das leis, cada dia se torna mais evidente. Em troca de apoio para as eleições (votos), os mandatários públicos instituem privilégios fiscais, como isenções, alíquotas reduzidas, remissões, parcelamentos, para atenderem exclusivamente os interesses de suas clientelas políticas, sem se importarem com os efeitos maléficis causados ao resto da sociedade.

A conta é simples de ser realizada. Cada alteração da matriz tributária, através da concessão de algum benefício fiscal, deve ser compensada com a redução das despesas públicas, ou, ainda, com o aumento dos tributos, para se obter o reequilíbrio orçamentário.

Nessa batalha de interesses, os contribuintes não organizados, ou que pertencem a categorias sem grande poder de *lobbie* (consumidores, assalariados, pequenos e micro empresários etc. – contribuintes de menor capacidade contributiva), quase sempre acabam suportando o maior sacrifício das medidas de ajuste orçamentário dos governos.

7 Considerações finais

Os dados analisados confirmam que o custo financeiro do Estado brasileiro está dividido de maneira desproporcional na sociedade civil. Na atual

43 PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (*public choice*): uma abordagem neoliberal? In: *Análise Social*, vol. XXXII (141), 1997 (2.º), p. 427. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1221841484T5sAW2pw7Dh10FX8.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2011.

44 OLSON Jr., Mancur. *The Logic of Collective Action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard, 1965, p. 2.

conjuntura, os menos abastados pagam mais tributos, em relação à sua renda, do que os contribuintes que desfrutam de uma capacidade econômica superior.

Como observa José Casalta Nabais, esse *apartheid* fiscal, no qual alguns contribuintes conseguem fugir “descaradamente e com assimilável êxito aos impostos”⁴⁵, coloca a questão de saber se não estamos de alguma forma a regressar a uma situação similar à anterior ao estado constitucional, quando o clero e a nobreza estavam excluídos da tributação, que incidia apenas sobre membros do terceiro estado.

O sistema tributário brasileiro não promove a igualdade entre as pessoas, conforme visam os objetivos da Constituição Federal de 1988, tampouco respeita o conteúdo dos princípios da igualdade tributária e capacidade contributiva.

Isso acontece porque a matriz tributária brasileira, isto é, a base da matéria coletável, está concentrada sobre os rendimentos, folha de salários e, principalmente, sobre os bens e serviços. Não é por acaso que a tributação sobre o consumo representa quase metade do valor total arrecadado pelo fisco.

A quantidade de contribuições, somada ao valor expressivo do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN ou ISS), dentre vários outros tributos, gera enormes impactos econômicos na composição dos custos dos bens e serviços.

Qualquer medida de política fiscal que aumente a tributação desencadeia uma série de efeitos sobre os setores produtivos, podendo haver transferência dos tributos para frente, através do repasse nos preços às etapas seguintes, ou ainda, para trás, via redução dos preços aos fornecedores, do custo da mão de obra, ou até mesmo, da qualidade da matéria-prima.

Os tributos indiretos tendem a ser regressivos quando incidem sobre os bens e mercadorias indistintamente, ou seja, desconsiderando a capacidade econômica do contribuinte que irá adquiri-los ou contratá-los. Em condições normais de concorrência, os custos dos tributos indiretos (às vezes até dos diretos) são inteiramente repassados ao contribuinte de fato na composição do preço final.

Temos que considerar, ainda, que as decisões políticas e econômicas dos governos estão sujeitas a diferentes forças que interferem diretamente na configuração dos sistemas tributários. A atuação dos grupos de pressão no processo decisório pode influenciar uma alteração da matriz fiscal, o que ocasiona a distribuição desproporcional e nociva da carga tributária entre os contribuintes.

Enfim, todos esses fatores contribuem para que o sistema tributário brasileiro seja claramente regressivo, fazendo com que os contribuintes brasileiros sejam onerados de forma desproporcional à sua capacidade contributiva. Os

45 NABAIS, José Casalta. *Estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 71.

números provam que a simples inscrição de princípios e regras numa Constituição não garante seu cumprimento.

Referências

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaco*. Tradução Leonel Vallandro e Gerd Bornhekn da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Victor Civita, 1984.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- BECKER Gary S. A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence. In: *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 98, no. 3 (Aug., 1983), p. 371-400. Disponível em: <http://www2.bren.ucsb.edu/~glibecap/BeckerQJE1983.pdf> Acesso em: 8 mar. 2011.
- BLANCO, Fernando; HERRERA, Santiago. *The Quality of Fiscal Adjustment and the Long-Run Growth Impact of Fiscal Policy in Brazil*. Artigo apresentado na *EcoMod Policy Modeling Conference in Paris*, Junho de 2004. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A087.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2011.
- BRASIL. Constituição, 1988: Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 20 out. 2010.
- BRASIL, Lei nº 5.172 de 25 de out. 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, de 27 de out. de 1966.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 216.259-AgR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, julgado em 9-5-2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201379>> Acesso em: 10 de mar. de 2011.
- _____. Recurso Extraordinário nº 586.693/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, julgado em 25-5-2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624412> Acesso em: 12 nov. 2011.
- BUCHANAN, James M; TULLOCK Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan. 1977.
- CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA; Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4. ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora 2007.
- CARVALHO, David Ferreira. Pacto federativo e descentralização fiscal no Brasil na década de 90. Disponível em http://www.sep.org.br/artigo/CARVALHO_DAVID.pdf. Acesso em: 8 mar. 2011.
- COÊLHO, Sacha C. N. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- COMUNICADO da Presidência do Ipea intitulado Receita pública: Quem paga e como se gasta no Brasil publicado em 30 de junho de 2009. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/comunicado_da_presidencia_n22.pdf. Acesso em: 8 mar. 2011.
- COSTA, Alcides Jorge “Reforma Tributária: uma visão histórica”, 1996. (mimeo)
- DECISÃO NORMATIVA-TCU Nº 109, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010. Aprova, para o exercício de 2011, os coeficientes a serem utilizados no cálculo das quotas para a distribuição

dos recursos previstos no art. 159, inciso I, alíneas a, b e d da Constituição Federal e da Reserva instituída pelo Decreto-lei nº 1.881, de 27 de agosto de 1981. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/transferencias/fpe_fpm/Decis%C3%A3o%20Normativa%20n%C2%BA%20109%20de%2029-11-2010.pdf. Acesso em: 8 mar. 2011.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em: http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html. Acesso em: 20 mar. 2011.

ESTUDO TRIBUTÁRIO 04 da Secretaria da Receita Federal do Brasil intitulado *A Progressividade no Consumo Tributação Cumulativa e sobre o Valor Agregado*,. Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudotributarios/estatisticas/16%20Progressividade%20no%20Consumo.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2011.

FABRETTI, Lúdio Camargo. *Contabilidade tributária*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GIANNINI, A.D. *Istituzioni di Diritto Tributario*. Milano: A Giuffrè Editore, 1974.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. *The Cost of Rights : why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Company. 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I, 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.

NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. O Estado pós-moderno e a figura dos tributos. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 140. n. 3965. Coimbra: Coimbra Editora. 2010

OLSON Jr., Mancur. *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*. Cambridge: Harvard, 1965.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: Comares Editorial, 1999.

PEREIRA, Paulo Trigo. A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal? *Análise Social*, vol. xxxii (141), 1997 (2.º), p. 419-442. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1221841484T5sAW2pw7Dh10FX8.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2011.

PORTUGAL. Constituição, 1976: Constituição da República Portuguesa, 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acessado em: 20 mar. 2011.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de dez. de 1998. Aprova a Lei Geral Tributária. Disponível em: < <http://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/87CAB3CA-4ED1-411A-9BDE-3E9725C24F21/0/LGT.pdf>> Acessado em: 20 mar. 2011.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RELATÓRIO do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), publicado em julho de 2010. Disponível em: <http://www.idhalc-actuarsobreelfuturo.org/site/informe.php>. Acesso em: 20 mar. 2011.

Relatório da Secretaria da Receita Federal do Brasil intitulado Carga Tributária no Brasil 2010. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Publico/estudoTributarios/estatisticas/CTB2010.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2011.

SANCHES, José Luís Saldanha. *Manual de direito fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

STIGLER, G.J. A teoria da regulação econômica. In: P. MATTOS (Coord.) *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 23-48.

STIGLITZ, Joseph. O mundo em queda livre: Os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial. Tradução José Viegas Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANEXO I

Receita Tributária por Tributo e Competência - 2008 e 2009

Tributo/Competência	2008			2009		
	R\$ milhões	% PIB	%	R\$ milhões	% PIB	%
Total da Receita Tributária	1.033.916,89	34,41%	100,00%	1.055.407,07	33,58%	100,00%
Tributos do Governo Federal	724.736,79	24,12%	70,10%	737.004,53	23,45%	69,83%
Orçamento Fiscal	277.129,14	9,22%	26,80%	264.132,71	8,40%	25,03%
Imposto de Renda	193.444,52	6,44%	18,71%	192.315,02	6,12%	18,22%
Pessoas Físicas	14.135,51	0,47%	1,37%	13.913,31	0,44%	1,32%
Pessoas Jurídicas	79.203,92	2,64%	7,66%	78.363,19	2,49%	7,42%
Retido na Fonte	100.105,09	3,33%	9,68%	100.038,52	3,18%	9,48%
Imposto sobre Produtos Industrializados	36.842,95	1,23%	3,56%	27.767,44	0,88%	2,63%
Imposto sobre Operações Financeiras	20.219,63	0,67%	1,96%	19.224,74	0,61%	1,82%
Impostos sobre o Comércio Exterior	17.120,81	0,57%	1,66%	15.895,41	0,51%	1,51%
Imposto Territorial Rural	420,80	0,01%	0,04%	434,23	0,01%	0,04%
Impostos Prov. sobre Mov. Financeira	0,11	0,00%	0,00%	0,11	0,00%	0,00%
Taxas Federais	4.963,34	0,17%	0,48%	4.989,17	0,16%	0,47%
Cota-Parte Ad Fr. Ren. Marinha Mercante	2.304,70	0,08%	0,22%	1.510,71	0,05%	0,14%
Contrib. Custeio Pensões Militares	1.512,86	0,05%	0,15%	1.681,26	0,05%	0,16%
Cota-Parte Contrib. Sindical	299,43	0,01%	0,03%	314,63	0,01%	0,03%
Orçamento Seguridade Social	375.092,87	12,48%	36,28%	393.567,27	12,52%	37,29%
Contribuição para a Previdência Social	163.355,27	5,44%	15,80%	182.008,44	5,79%	17,25%

Cofins	119.193,60	3,97%	11,53%	115.995,84	3,69%	10,99%
Contribuição Prov. sobre Mov. Financeira	1.009,10	0,03%	0,10%	(24,25)	0,00%	0,00%
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido	42.748,74	1,42%	4,13%	43.583,09	1,39%	4,13%
Contribuição para o PIS	25.728,59	0,86%	2,49%	25.816,81	0,82%	2,45%
Contribuição para o Pasep	4.913,49	0,16%	0,48%	5.163,25	0,16%	0,49%
Contrib. Seg. Soc. Servidor Público - CPSS	16.068,46	0,53%	1,55%	18.510,84	0,59%	1,75%
Outras Contribuições Sociais	2.075,61	0,07%	0,20%	2.513,24	0,08%	0,24%
Demais	72.514,77	2,41%	7,01%	79.304,55	2,52%	7,51%
Contribuição para o FGTS	48.714,38	1,62%	4,71%	54.725,95	1,74%	5,19%
Cide Combustíveis	5.933,34	0,20%	0,57%	4.911,41	0,16%	0,47%
Cide Remessas	917,91	0,03%	0,09%	1.148,81	0,04%	0,11%
Fundaf	185,88	0,01%	0,02%	179,82	0,01%	0,02%
Outras Contribuições Econômicas	44,73	0,00%	0,00%	44,15	0,00%	0,00%
Salário Educação	8.813,90	0,29%	0,85%	9.685,19	0,31%	0,92%
Contribuições para o Sistema S	7.904,63	0,26%	0,76%	8.609,23	0,27%	0,82%
Tributos do Governo Estadual	262.949,16	8,75%	25,43%	270.046,37	8,59%	25,59%
ICMS	218.459,18	7,27%	21,13%	224.027,74	7,13%	21,23%
IPVA	16.718,13	0,56%	1,62%	17.567,21	0,56%	1,66%
ITCD	1.493,79	0,05%	0,14%	1.590,35	0,05%	0,15%
Taxas Estaduais	8.188,63	0,27%	0,79%	7.938,36	0,25%	0,75%
Previdência Estadual	16.373,04	0,54%	1,58%	17.127,42	0,54%	1,62%
Outros	1.716,39	0,06%	0,17%	1.795,29	0,06%	0,17%
Tributos do Governo Municipal	46.230,94	1,54%	4,47%	48.356,17	1,54%	4,58%
ISS	21.372,01	0,71%	2,07%	22.354,48	0,71%	2,12%
IPTU	11.697,40	0,39%	1,13%	12.235,12	0,39%	1,16%
ITBI	3.581,92	0,12%	0,35%	3.746,58	0,12%	0,35%
Taxas Municipais	3.141,48	0,10%	0,30%	3.285,89	0,10%	0,31%
Previdência Municipal	4.059,50	0,14%	0,39%	4.246,11	0,14%	0,40%
Outros Tributos	2.378,64	0,08%	0,23%	2.487,99	0,08%	0,24%

Fonte: Relatório da Secretaria da Receita Federal do Brasil intitulado Carga Tributária no Brasil 2009. (destaques nossos).

Recebido em 20/04/2012

Aceito para publicação em 10/11/2012

DA FUNÇÃO SOCIAL À FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL

FROM SOCIAL TO ENVIRONMENTAL FUNCTION IN RURAL PROPERTY

Fernando Joaquim Ferreira Maia¹

Sumário

1. Introdução: a importância de uma abordagem retórica e ambiental para a eficiência da tutela da propriedade. 2. Gênese e evolução do direito de propriedade e a sua função social. 3. O problema da posse e da propriedade no ordenamento brasileiro e o meio ambiente. 4. A função social da propriedade e o bem ambiental. 5. Considerações finais: a intervenção ambiental na propriedade como forma de minimizar o impacto da consolidação do desenvolvimento das forças produtivas capitalistas nas relações sociais no campo. Referências.

Summary

1. Introduction: the importance of a rhetorical and environmental approach to effectively safeguard land rights. 2. The genesis and evolution of land rights, and their social function. 3. The problem of possession and land ownership rights in Brazil relates to environment. 4. The social function of land, and environmental wellbeing. 5. Final Remarks: environmental intervention on land as a way to minimize the impact of the development of capitalist productive forces consolidation that involve social relations in the countryside. References.

Resumo

Distingue-se a degradação do meio ambiente e a relação com a função social da propriedade e o bem ambiental. Será sustentado que a função da propriedade deve ser realizada na sua dimensão ambiental a fim de atender aos princípios de justiça social, ao aumento da produtividade e harmonizar o impacto do capitalismo no campo brasileiro com o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Função ambiental da propriedade. Meio ambiente. Sustentabilidade

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal Rural de Pernambuco.

Abstract

Environmental degradation and the relationship with social function of land and environmental good are distinguished. We discuss that the function of land must be held in its environmental dimension in order to meet the principles of social justice, increase productivity and harmonize the impact of capitalism in the Brazilian countryside with sustainable development.

Key words: Environmental Function of land. Environment. Sustainability.

1 Introdução: a importância de uma abordagem retórica e ambiental para a eficiência na tutela da propriedade

O presente trabalho é fruto das discussões no âmbito do projeto de pesquisa intitulado “Retórica, meio ambiente e Poder Judiciário: as ideias sobre o meio ambiente nas decisões judiciais no Estado de Pernambuco”, desenvolvido no Campus de Dois Irmãos da Universidade Federal Rural de Pernambuco.

Será analisada a questão da função social e ambiental da propriedade no Brasil à base do processo histórico de evolução das leis objetivas de desenvolvimento da propriedade privada. A questão principal é saber se, toda vez que houver necessidade de assegurar o desenvolvimento sustentável, a dimensão ambiental da função social deve ser utilizada para intervir na propriedade rural.

Distinguem-se os fundamentos teóricos e metodológicos da função social da propriedade e abordam-se, especificamente a sua dimensão ambiental e a sua relação com o bem ambiental. Defende-se que a função da propriedade deve ser realizada na sua dimensão ambiental a fim de atender aos princípios de justiça social, ao aumento da produtividade e harmonizar o impacto do capitalismo no campo brasileiro com o desenvolvimento sustentável.

Utiliza-se a retórica metódica como forma de abordagem de métodos e metodologias nesse estudo. A retórica, entendida na acepção positiva proposta por João Maurício Adeodato², com base no pensamento de Ballweg³, Blumenberg⁴ e Aristóteles⁵, parte da ideia de que o ser humano, por ser deficiente ou carente, é incapaz de perceber quaisquer verdades, mesmo com a linguagem, única realidade possível com a qual é capaz de lidar. Assim, não há uma verdade absoluta com que se preocupar e sim verdades relativas, “meras opiniões”. A retórica não pode

2 ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16, 17, 18-19; ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 2-3.

3 BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. *Revista Brasileira de Filosofia*. Tradução João Maurício Adeodato. São Paulo: IBE, v. XXXIX, p. 176-179. 1991,

4 BLUMENBERG, H. Una aproximación antropológica a la actualidad de la retórica. In: BLUMENBERG, H. *Las realidades en que vivimos*. Barcelona: Paidós, 1999, p. 140.

5 ARISTÓTELES. *Retórica*. São Paulo: EDIPRO, 2011, I, 1355a20, p. 42.

ser tratada apenas como ornamento ou estratégia de persuasão, pois ela vai além dessas funções e serve também como instrumento de ação do homem na realidade em que vive.

Nesse ponto, Adeodato⁶, ao instrumentalizar a retórica, desenvolve um novo marco teórico, dividindo-o em níveis. Eles vão abranger o método (ambiente material da retórica), a metodologia (ambiente estratégico da retórica) e a metódica (ambiente analítico da retórica). O primeiro situa o contexto em que o direito regula a relação social, pelo qual a realidade só existe para o homem na comunicação; nada acontece fora da linguagem. O segundo nível corresponde às teses jurídicas que o operador do direito utiliza, sobre o conteúdo dessa relação, com o objetivo de verificar fórmulas, experiências e reflexões sobre o ambiente em que está inserido, influenciar e tentar alterar a realidade regulada pela norma para atingir objetivos seus. Essas fórmulas são compostas principalmente pela tópica, pela teoria da argumentação, pela teoria das figuras e pela linguística⁷. Já o terceiro nível passa pela compreensão da relação entre a retórica dos métodos e a retórica metodológica para desvelar os mecanismos de persuasão empregados, como o próprio conhecimento obtido pelo homem no ambiente comunicativo. Estuda a relação entre como se processa a linguagem humana e como o homem acumula experiências e desenvolve estratégias de modo eficiente. A retórica metódica não impõe ao juiz a obrigatoriedade de estabelecer normas, de decidir, de fundamentar e de interpretar. Está submetida a outras exigências de caráter formal, descritivo, zetético e dá igual atenção aos seguintes elementos no sistema linguístico: signo, objeto e sujeito⁸. Acaba por servir como uma metateoria que se ocupa tanto da aplicação das estratégias de persuasão sobre a conjuntura comunicativa humana como do próprio conhecimento obtido pelo homem. Tenta identificar as insuficiências e as contradições nas estratégias de convencimento que o operador do direito utiliza para formular suas opiniões. Ao seguir a abordagem descrita, o artigo objetiva situar o contexto em que a tutela da propriedade está inserida (retórica dos métodos), descrever as ideias utilizadas para justificar a função social da propriedade (retórica metodológica) e desconstruir criticamente essa função, apontando as suas contradições, vícios, erros, êxitos ou pontos positivos (retórica metódica). Infere-se que o operador do direito pode ampliar o alcance material da função social da propriedade para minimizar os impactos no meio ambiente.

6 ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32-38, 37, 39, 40, 41, 43, 45; ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 2-3.

7 BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. *Revista Brasileira de Filosofia*. Tradução João Maurício Adeodato. São Paulo: IBF, 1991, v. XXXIX, p. 178.

8 ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

Por fim, serão levantados os seguintes questionamentos: Existe uma relação entre a função social da propriedade e o bem ambiental? Como pensar a função social da propriedade diante da consolidação do desenvolvimento das forças produtivas capitalistas no campo? A função ambiental da propriedade pode ampliar o alcance material da função social?

2 Gênese e evolução do direito de propriedade e a sua função social

Engels, em sua obra *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, sustenta que a divisão histórica do trabalho e da produção gera classes sociais e contradições no processo de produção, opondo objetivamente os interesses das classes sociais que participam da economia⁹. Nestas circunstâncias, as contradições que ocorrem na economia passam a ser o cerne da problemática na sociedade, se irradiando, quer direta, quer indiretamente, a todos os ramos do convívio humano. Este processo surge em função dos excedentes de produção gerados no primitivismo com a ruptura do matriarcalismo e o surgimento da família monogâmica, e com a primeira grande divisão do trabalho: entre as tribos pastoras e primitivas, através da utilização da pecuária pelas primeiras, tornando possível o aumento da produção e a troca de mercadorias. Isto, também, aguça a divisão natural do trabalho entre o homem (que tinha a função da pesca e caça) e a mulher (que tinha como função o gerenciamento do lar-à época do primitivismo, tarefa considerada fundamental, dada a ausência de técnicas de produção modernas, como agricultura, e da cultura planejada, e em larga escala, de animais que possibilitassem um alavancamento da produção de riquezas). O surgimento da pecuária, o melhor domínio da agricultura e o desenvolvimento de todos os ramos da produção aumentam a produção de riqueza, possibilitando o controle dos excedentes da produção por parte de uma minoria que, somado à divisão crescente na produção e no trabalho, marca o surgimento das classes sociais e das contradições na produção, gerando interesses antagônicos inconciliáveis entre estas, determinando o fim do primitivismo e a passagem à sociedade de classes. A propriedade privada é fruto deste longo processo; impõe a necessidade da existência de um mecanismo de poder, o Estado, que, aparentemente acima da sociedade, gerencie os interesses de determinada classe social, mantendo a ordem socioeconômica em que estes estão assentados, submetendo e dominando as outras classes sociais. A divisão do trabalho entre o artesanato e a agricultura, resultando num aumento da produção e da circulação de mercadorias, bem como na criação

⁹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Vitória, 1964, p. 87-88; 127-138.

da classe social dos comerciantes, consolida a extinção do regime primitivo, da propriedade gentílica e impõe o surgimento do Estado e da sociedade de classes¹⁰. Nesta ótica, o Estado é uma necessidade, visando garantir a propriedade, pois a classe economicamente dominante sempre deterá o poder político.

Com a diferença na distribuição, aparecem as diferenças de classes. A sociedade divide-se em classes exploradoras e exploradas, dominantes e dominadas, e o Estado, em que a princípio não havia senão o ulterior desenvolvimento dos grupos naturais de comunidades etnicamente homogêneas, com o objetivo de servir a interesses comuns e de proteger-se em face do exterior, assume, a partir desse momento, a tarefa de manter coercitivamente as condições vitais e de domínio da classe dominante sobre a dominada e seus direitos de propriedade¹¹. Entretanto, a radicalização da luta de classes e a progressão das classes dominadas rumo ao poder político pode, em casos excepcionais, provocar um tal equilíbrio na correlação de forças que o Estado, momentaneamente, pode adquirir certa independência em face das classes.¹²

Nesse sentido, a alienação humana é determinada pelo regime jurídico da propriedade privada, no qual o homem fica à mercê de quem compra o seu trabalho. A propriedade privada é fonte de alienação social, estranha ao homem e à sociedade, fruto da divisão do trabalho e da produção e do desenvolvimento da troca de produtos. É com a propriedade privada que surge o trabalho individual e a sociedade de classes.¹³

Entre os gregos, a propriedade privada se impõe lentamente, suplanta a propriedade familiar, como consequência do surgimento da economia monetária. O uso da moeda possibilitou o aumento da desigualdade na distribuição da riqueza, difundiu a hipoteca, a usura e a escravidão por dívidas¹⁴. Em Roma, a propriedade privada surge a partir da decomposição do sistema gentílico, mesmo sendo o território de uma *gens* (ou tribo) indiviso, a propriedade estava ligada à acumulação, envolvia o direito de usar e gozar de coisa própria¹⁵. A consolidação da acumulação privada da riqueza nas sociedades grega e romana, com o surgimento do comércio, da atividade bancária, do direito de herança e

10 MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Abril, 1983, v. 3, t. 2, in passim.

11 ENGELS, Friedrich. *Anti-Dubring*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976, p. 127-128; 140-141.

12 ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Vitória, 1964, p. 137.

13 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 6. ed. São Paulo: HUCITEC, 1987, p. 46-52; 78, 84; 104-105.

14 ARISTÓTELES. *A política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 23-28.

15 PETIT, Eugene. *Derecho romano*. 21. ed. México: Porrúa, 2005, p. 29; GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 81; CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2, p. 250.

com a institucionalização política e espiritual do pleno direito de propriedade, permitiu que a propriedade privada se generalizasse como instituição social.

No feudalismo, o colonato, herança romana, jurisdiciza a propriedade privada, o que demanda segurança jurídica e, posteriormente, com a institucionalização das relações de suserania e vassalagem e da lei econômica fundamental do feudalismo, a apropriação do produto suplementar produzido pelos servos sob a forma de renda feudal da terra, espécie de economia natural de subsistência pela qual todas as necessidades dos senhores feudais eram satisfeitas pelo próprio feudo, as formas de apropriação privada tornaram-se parte do senso comum¹⁶.

Os fundamentos da propriedade moderna só começarão a ganhar os contornos atuais com o iluminismo, no século XVIII, a eclosão da revolução industrial e a ascensão das lutas entre a burguesia e a classe operária. No âmbito jurídico, como na história das ideias, a propriedade privada tende a começar a perder a condição de privilégio especial e a ser legitimada pela ocupação laboral e uso econômico¹⁷. Com isso, começa a se impor o conceito, depois desenvolvido juridicamente por Leon Duguit¹⁸, de que a propriedade de um bem será legítima tão somente se cumprir uma função social.

Entretanto, a propriedade ainda era vista como o direito por excelência, resultado da tutela da dignidade humana individualista, permitindo a livre concorrência, a busca pelo lucro e a acumulação privada da riqueza. Todos os demais direitos reais eram derivados do direito real, gênese do direito de propriedade, concebido unitariamente como propriedade da terra.¹⁹

A autonomia da vontade, de cunho liberal, se impõe livremente como forma de garantir a circulação de bens, o livre comércio. O Estado aparece aqui como mero gestor e garantidor de direitos de cidadania e liberdade, abstendo-se de intervir na produção e circulação de riquezas, respeitando radicalmente os contratos e a iniciativa privada.

Com a ascensão do Estado social e a elevação da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional, começa a se impor o conceito de que a propriedade deve se submeter a interesses não proprietários, o que demanda uma função social²⁰. Aqui, existe uma distribuição de carga social, equivalendo dizer que ao direito subjetivo de apropriação também correspondem deveres,

16 KAUTSKY, Karl. *A questão agrária*. Brasília: Linha Gráfica Editora, 1998, p. 45-49; 51-53.

17 ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Cultrix, 1975, p. 31 e 36; LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 45-49.

18 DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975, p. 171; 178 -79.

19 KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 460.

20 Idem, *ibidem*, p. 462.

gerando um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos interesses sociais, e outro, de acesso.²¹

Com o advento do Estado de bem-estar social e do imperialismo, a sociedade civil capitalista se torna cada vez mais complexa, porque a propriedade se fragmenta, deixa de ser unitária para ser diversificada e com várias naturezas. Opera-se uma mudança de consciência valorativa²², que concebe a igualdade mediante o equilíbrio entre o interesse individual (de usar, gozar, dispor e fruir a coisa) e o interesse exterior ao liame real que envolve a propriedade (a função social da propriedade)²³. As relações proprietárias privadas sempre se constituíram num foco de tensões sociais, instabilizam as relações jurídicas e acirram os conflitos entre as classes sociais, os indivíduos e o Estado. O direito não é imune a isto e acaba por ser instrumentalizado pelo Estado para a criação de mecanismos que regulem o limite de tais direitos com o objetivo de reproduzir as formas de propriedade reconhecidas no meio social e pacificar o conflito existente em torno delas. Muito embora no ordenamento nacional sempre tenha existido todo um conjunto de regras materiais e processuais para a garantia e para a defesa da propriedade privada, a exemplo do art. 2º do Estatuto da Terra, apenas na Constituição de 1988 é que a função social da propriedade passa a ter posição de direito fundamental. O objetivo era enfrentar o problema da existência de extensas áreas urbanas sem uso algum e com finalidade apenas de formar estoques de terras com fins especulativos, base da estrutura fundiária no Brasil.

Assim, a sociedade elevou como princípio fundamental das relações proprietárias um novo ponto de partida para o trato da dogmática jurídica e introduziu uma nova concepção de propriedade privada que não pode mais ser vista separada de sua finalidade social.

O que mudou após a Constituição de 1988 foi a institucionalização de uma antiga reivindicação social no sentido da edição de uma regulação constitucional para o fim social da posse e da propriedade, o que representa uma tutela dos direitos humanos sobre a propriedade privada, particularmente a rural, na perspectiva da sua submissão ao princípio maior que estabelece sua obrigatória função social. A tese sustenta que o problema da defesa dos direitos difusos ambientais, direitos fundamentais que são, força um novo perfil para o direito de propriedade e o campo de embate passou para a interpretação e aplicação da função social, tratando-se então de definir se há uma prioridade hermenêutica para utilizá-la para a proteção ambiental e também de saber como harmonizar os diversos aspectos que envolvem essa função.

21 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 289.

22 KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 463.

23 FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 292.

3 O problema da posse e da propriedade no ordenamento brasileiro e o meio ambiente

Convém, aqui, para melhor compreensão, discorrer, em linhas gerais, sobre a relação entre a posse e a propriedade. Segundo Figueira Júnior, a propriedade pode existir juridicamente, não ultrapassando jamais esses limites. Para a propriedade atingir a sua finalidade tem que existir atos que visualizem o domínio do seu titular sobre a coisa. Já a posse existe e manifesta-se por si só, realizando sua função socioeconômica, independentemente da existência ou não de algum direito que a justifique²⁴. A posse tem autonomia em relação à propriedade no sentido de que para alguém ter a posse sobre uma coisa não precisa ter o título dominical dela, bastando que exerça poderes econômicos de utilidade sobre a coisa.

Os elementos dados acima constituem o direito de usar, *jus utendi*, o direito de gozar, *jus fruendi*, o direito de dispor, *jus abutendi/disponendi*, e o direito de reaver a coisa, *rei vindicatio*.

O *jus utendi* é o direito de usar da coisa e tirar-lhe os bens que possa prestar sem alterar sua substância²⁵; o *jus fruendi* significa gozar da coisa na percepção de seus frutos, logo de explorá-la economicamente²⁶; e o *jus disponendi* o direito de dispor dela, de poder aliená-la a título oneroso ou gratuito e de gravá-la com ônus reais ou submetê-la ao serviço de outrem²⁷. Já o *rei vindicatio* é o direito de ação competente que o proprietário tem para provocar a intervenção da tutela jurisdicional do Estado, diante da verificação de um esbulho, com o objetivo de enquadrar o esbulhador no direito material e restabelecer a relação jurídica disciplinada pelo direito, é a chamada ação de reivindicação de propriedade.²⁸

Vale ressaltar que o direito de gozar e o direito de dispor não são direitos autônomos, mas faculdades ou poderes ínsitos na situação proprietária. O conceito de gozo é fungível, variável. O gozo comporta o consumo do bem. O poder de dispor envolve a autonomia do proprietário em realizar ou não atos com terceiros, inclusive nas situações pessoais de gozo.²⁹

O poder de disposição constitui a confluência entre o problema das situações estaticamente consideradas e a iniciativa econômica: nesses casos o proprietário é também empresário. Ademais, por disposição pode-se entender

24 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Posse e ações possessórias: fundamentos da posse*. Curitiba, Juruá, 1994, v.1, p. 100.

25 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v.4, p. 73-74.

26 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 87.

27 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v.4, p. 74-75.

28 Idem, *ibidem*, p. 75.

29 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 222.

não somente um ato negocial ou voluntário, mas também um ato de disposição material, preparatório de uma disposição jurídica.³⁰

É importante frisar que não existe uma correlação necessária entre o gozo e a disposição, pois muitas vezes o proprietário tem a disposição, mas não tem o gozo e vice-versa, tal qual o mandatário sem representação, uma vez que, embora não tenha disposição, tem o gozo³¹. Pode-se dizer que a propriedade é uma situação subjetiva complexa.

No Brasil, por ocasião da discussão que se travou em torno do advento do Código Civil de 1916, duas teorias se chocaram em face da questão da posse: a teoria subjetivista, defendida por Savigny e a teoria objetivista, defendida por Jhering. A que vai prevalecer no direito brasileiro é a última.

Segundo a teoria subjetivista, a posse é o poder de dispor fisicamente de uma coisa, combinado com a convicção do possuidor de que tem esse poder³². Existem, aí, dois elementos que constituem a posse: o *corpus*, elemento material da posse, representado pelo poder físico da pessoa sobre a coisa possuída, ou seja, a detenção, e o *animus*, elemento subjetivo, volitivo, representado pela vontade do possuidor em ter a coisa como sua.³³

O *corpus* é um fato físico, materializado na condição de uma pessoa submeter determinada coisa à sua conveniência, independentemente da transcrição do justo título na circunscrição imobiliária competente. Desta forma, o *corpus*, enquanto fato físico, corresponderia ao direito de propriedade, enquanto fato jurídico, visto que o proprietário também pode dispor como quiser da coisa.

O verdadeiro possuidor é aquele que pretende dispor da coisa, de fato, como o proprietário teria a faculdade de o fazer, em virtude do seu direito, para o que cumpre não reconhecer em qualquer outra pessoa um direito superior ao seu, não se exige do possuidor a convicção de que realmente seja proprietário da coisa. Para se adquirir a posse basta que se tenha a possibilidade de fazer dela o que se quer.

Entretanto, para a teoria objetivista de Jhering, a posse é a exteriorização da propriedade, a visibilidade do domínio, o poder de dispor da coisa, devendo o possuidor ter toda ação sobre a coisa feita como se fosse o real proprietário. A posse é, aqui, a exteriorização de um direito real, sendo determinante para a sua caracterização a utilização econômica da coisa. O *corpus* é visto como a visibilidade da propriedade, conduta idêntica à conduta que o proprietário diligente praticaria em relação à coisa, ainda que não seja proprietário.³⁴

30 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 223.

31 Idem, ibidem, p. 224.

32 BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 225.

33 MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 76.

34 JHERING, Rudolf von. *Teoria simplificada da posse*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 73-77.

A posse evidencia a exterioridade da propriedade, liga a pessoa à coisa e sujeita esta à vontade de exploração econômica daquela. O *corpus* é a possibilidade de utilização econômica da coisa.³⁵

Os adeptos da teoria objetivista entendem que o *animus* está embutido no *corpus*, no sentido de que para que o possuidor pratique atos que visualizem o domínio sobre a coisa teria, obviamente, que ter vontade para isso. Então, o *animus* não é o elemento nuclear da teoria possessória. A regra geral é a posse por efeito da conjugação do *corpus* e do *animus*.

Não é necessária a presença física do possuidor para ser a este reconhecida a posse, basta que pratique atos que materializem o exercício, de fato, da propriedade. Por exemplo, se o possuidor, mesmo distante da coisa, manda capinar o terreno ou construir um muro cercando-o, deixa nele materiais diversos, almeja futuramente desenvolver ali alguma atividade rentável, sendo reconhecido pela vizinhança como verdadeiro proprietário, exercita a visualização do domínio e, portanto, tem a posse, independentemente de ter ou não o registro do justo título no cartório de registro geral de imóveis.

O Código Civil brasileiro seguiu o pensamento de Jhering ao considerar como possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, conforme o seu art. 1196. A posse aparece como a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de sua utilização econômica.

Entretanto, apesar dos fundamentos do direito de propriedade no Brasil, a disciplina da propriedade comporta uma visão pluralista, pois é diversa conforme incida sobre um bem de consumo ou de produção ou sobre bens de natureza difusa, como os ambientais. A distinção de natureza econômica tem relevância para o direito de propriedade. A disciplina do bem varia segundo a titularidade da faculdade de gozo, conforme, ela pertença a um particular, uma coletividade ou a sociedade. No caso dos bens ambientais, a Constituição de 1988 os alçou à condição de bens fundamentais de natureza difusa, de titularidade indeterminada. Neste sentido, se erige um moderno sistema de garantias de qualidade de vida do homem e do desenvolvimento econômico que permite variadas formas de intervenção na propriedade privada para conformá-la com o interesse social.³⁶

De qualquer forma, a propriedade é sempre relação, deve-se falar em direito real no âmbito de uma relação real e em propriedade no âmbito de uma relação proprietária. Em relação à coletividade, que deve respeitar o direito do titular da propriedade, o vínculo ocorre entre o proprietário e a

35 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 26-37.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165-169; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59-60; SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional ambiental*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 46.

sociedade e inclusive, pode colidir com o interesse proprietário do seu titular. A situação do proprietário pressupõe a obrigação de respeito dos seus direitos de propriedade por parte de terceiros, materializado por comportamentos de abstenção e de cooperação³⁷.

Entretanto, embora pelo Código Civil, o proprietário tenha o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua ou detenha, a sua ação sobre o bem não é livre de intervenção e cabe restrição sempre quando estiverem em questão os direitos difusos. A propriedade é o direito de fazer e de dispor do modo mais absoluto, contanto que dela não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos e não se atinja o interesse público. Mesmo quando a propriedade revela caráter irrevogável, visto que, uma vez adquirida, todos os seus elementos passam a ser reunidos no direito do proprietário³⁸, ela não é estritamente plena e ilimitada; subsiste independentemente de exercício, mas apenas enquanto não houver uma causa legal extintiva, como é o caso do macrobem ambiental.³⁹

Esse macrobem ambiental gera direitos difusos à sociedade. A titularidade desses direitos não se concentra no indivíduo em si, nem mesmo no Estado, pertence a toda a sociedade, tais como o direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente⁴⁰. Eles envolvem a titularidade social, ou seja, a atribuição da titularidade, além do Estado, para a sociedade, o que no direito ambiental significa a possibilidade de limitar e, até mesmo, afastar o direito de propriedade privada. O direito da sociedade sobre a tutela do meio ambiente é difuso e surge da compreensão de que a qualidade de vida e a solidariedade entre os seres humanos, independentemente de outros fatores, são tão importantes quanto a liberdade e a igualdade, bases jurídicas das relações proprietárias no mundo ocidental. Os direitos ambientais são considerados de terceira dimensão e têm por característica a extrema heterogeneidade, a complexidade, a proteção como uma garantia internacional e atingem um número indeterminado de pessoas, ligadas apenas por uma mera relação de fato⁴¹.

Por isto, apesar de a propriedade ser definida como o poder de usar, gozar, dispor, fruir e de defender judicialmente o bem, existem situações em que ela perde parte destes poderes. É o que se denomina de poder de controle⁴². Um exemplo

37 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 221.

38 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 84.

39 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 168.

40 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 52-53.

41 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 3. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010, p. 35-36; 82-85.

42 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 225.

é a responsabilidade ambiental, pela qual o causador do dano é responsável, inclusive com os seus bens presentes e futuros, pelas lesões que provocou no meio ambiente, perante a sociedade e o Estado.

A propriedade deve ser conformada com o interesse social, não podendo ser deixada ao arbítrio do mercado, sob pena de provocar desequilíbrios colaterais que acabem colocando em xeque a própria economia de mercado. Aqui, o controle social da iniciativa privada deve traduzir-se em limitações ao direito de propriedade.⁴³

4 A função social da propriedade e o bem ambiental

A Política Nacional do Meio Ambiente, expressada na Lei nº 6938/81, restringe o meio ambiente apenas à natureza, o que abarca a fauna, a flora, a vegetação e as águas e envolve todos os seres que formam o universo.

Entretanto, a doutrina jurídica amplia esse conceito e defende que o meio ambiente deve envolver a interação de elementos naturais, artificiais e culturais necessários ao desenvolvimento equilibrado da vida⁴⁴. Então, haveria o meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano construído, o conjunto de edificações e equipamentos públicos, frutos da intervenção do homem na paisagem; meio ambiente cultural, que corresponde ao patrimônio histórico, paisagístico, artístico, arqueológico e turístico em função do valor especial que adquiriu ao longo do tempo para a sociedade e o meio ambiente do trabalho, que envolve a qualidade sadia de vida, presente nos instrumentos de trabalho utilizados pelo homem.

Os elementos descritos constituem objeto de apreensão de direitos e obrigações, bens da vida sobre o meio ambiente, e materializam o bem ambiental. Envolvem uma universalidade que abrange bens materiais e imateriais, bens disponíveis e indisponíveis e as relações jurídicas economicamente relevantes. O bem ambiental, juridicamente conceituado, abrange todos os recursos essenciais à sadia qualidade de vida e, por sua particularidade universal, vai além do bem de uso comum do povo, do bem particular e do estatal. Essa característica do bem ambiental o coloca como bem de natureza difusa, porque não há como determinar alguém que só tenha acesso

43 FONTES, André R. C. Limitações constitucionais ao direito de propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 442.

44 SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional ambiental*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 17-19; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69-74; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103-104; ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 9-10.

a esse bem ou mesmo privar um indivíduo do seu gozo. Por isso, como patrimônio difuso, em sua integralidade, o bem ambiental é inalienável.⁴⁵

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, para sê-lo, deve ser essencial à sadia qualidade de vida e isto implica em conformar o uso da propriedade com uma função social.

A chamada fase do Estado democrático e social de direito, do qual é corolário a Constituição de 1988, se caracteriza pelo controle da atividade econômica, com vistas ao bem-estar social, por meio da inserção de princípios de tutela dos direitos, e inclui o trabalho, a educação, a saúde, o meio ambiente⁴⁶. No sentido posto, a função social da propriedade aparece como emanção desse Estado e do equilíbrio entre direitos e obrigações do cidadão individualmente considerado, possibilitando dar efetividade à conformação do interesse individual com o coletivo e harmonizar as garantias constitucionais postas na Constituição com o meio ambiente⁴⁷. A visão da propriedade passa a ser identificada a partir de centros de interesses extraproprietários, regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade⁴⁸.

A Constituição de 1988 dá destaque à função social da propriedade, ao constitucionalizá-la, expressamente, no art. 5º, inciso XXIII e no art. 186, como princípio de garantia fundamental, e redimensiona a função social na perspectiva da proteção do bem ambiental. Tal direção recepciona aquilo que já tinha sido trazido pela legislação federal. A Lei nº 4504/64 (Estatuto da Terra), em seu art. 2º, assegura expressamente a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social. Em seguida, no mesmo dispositivo, afirma que a propriedade atenderá à sua função social quando garantir o aproveitamento racional e adequado do solo, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a proteção ambiental. Também a função social da propriedade é reafirmada na Lei nº 8629/93, que regula o processo de reforma agrária. Ressalte-se que a Constituição de 1988, em seu art. 186, vai reproduzir basicamente isto e consolidar a inserção da função ambiental na função social da propriedade.

O art. 1228 do Código Civil, ao tratar da estrutura dos poderes do proprietário, assegura a este a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

45 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141-142; SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 109-110.

46 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do direito civil*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=129> >. Acesso em: 6 mar. 2010.

47 SOUSA, João Bosco Medeiros de. *Direito agrário: lições básicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62-63.

48 TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 337.

Entretanto, o §1º do mesmo artigo adapta essa relação à função social da propriedade e impõe que o direito de propriedade deva ser exercido conforme as finalidades econômicas e sociais, o que oferece um conteúdo jurídico e funcional às relações jurídicas dominiais. Perlingieri afirma que a atividade de gozo e de disposição não pode ser exercida em dissonância com a utilidade social ou com dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana. A função social da propriedade é colocada como requisito da garantia do próprio direito de propriedade.⁴⁹

A propriedade passa a ter um sentido social, associada à igualdade de oportunidade de acesso à terra e à proteção do meio ambiente. A justiça social no campo se realiza no exercício de poderes de uso, de gozo e de disposição sobre a coisa, mas conforme a sua função social⁵⁰. Supera-se mesmo o conceito de propriedade, deduzido dos arts. 1.228 e 1.231 do atual Código Civil, para equacioná-lo, toda vez que houver necessidade, com os direitos públicos e, principalmente, os difusos ambientais.⁵¹

Por fim, o texto do artigo 186 da Constituição, anteriormente mencionado, diz que os requisitos sociais, econômicos e ambientais para a legitimação da função social da propriedade devem ser cumpridos simultaneamente. A função social da propriedade rural implica em manter níveis satisfatórios de produtividade que são mensurados pelos graus de utilização e de eficiência na exploração, fixados em 80% para o primeiro e 100% ou mais para o segundo, conforme consta no art. 6º da Lei nº 8629/93, ou seja, para que não seja desapropriada para fins de reforma agrária, a propriedade precisa manter esses níveis de produtividade. A questão é que quando se realça o “fator produção” se potencializa uma ameaça ao bem ambiental, como a manutenção das qualidades do solo, da água, de parte da vegetação nativa, problemas objetivos que poderiam ser avaliados, por exemplo, por ocasião da decisão que desapropria o imóvel, por interesse social, para fins de reforma agrária.

5 Considerações finais: a intervenção ambiental na propriedade como forma de minimizar o impacto da consolidação do desenvolvimento das forças produtivas capitalistas nas relações sociais no campo

O período do regime militar (1964-1984), embora tenha durado apenas vinte anos, gerou enormes modificações na sociedade brasileira, do ponto de vista

49 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 228, 229.

50 GISCHKOW, Emílio Alberto Maya. *Princípios de direito agrário: desapropriação e reforma agrária*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 156.

51 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 340-341.

político, social e econômico. O modelo adotado na agricultura brasileira gerou uma grande concentração de terra e de renda no meio rural e marginalizou mais de dois terços da população que vivia no campo, afetando principalmente as unidades de caráter familiar⁵².

A penetração capitalista no campo, na década de 60, se dá mediante o “modelo prussiano”, adotado no período da industrialização tardia da Alemanha na década de 70 do século XIX, caracterizado pela transição da grande propriedade improdutiva para a grande empresa capitalista e pela exclusão da maioria das pequenas e médias propriedades. O cerne deste modelo é a modernização conservadora, que tem como pilar a otimização da grande propriedade, com a conseqüente manutenção de uma estrutura fundiária concentrada; exigindo qualidade e produtividade, atreladas à adubação química e mecanização, com o objetivo de atender o mercado externo e às demandas da indústria nacional, as quais passaram a determinar o perfil da agricultura brasileira.

A consolidação das técnicas de produção capitalistas no campo brasileiro, a inserção da produção de recursos agropecuários no complexo industrial-exportador e o quase aniquilamento do campesinato enquanto classe social vão possibilitar que a agricultura responda às necessidades da industrialização e gere, simultaneamente: a) um aumento da oferta de matérias-primas e alimentos para o mercado interno, sem comprometer o setor exportador que possibilitava divisas para o processo de industrialização mediante a substituição das importações; b) a sua inserção no processo internacional de acumulação de capital do capitalismo, não apenas como compradora de bens de consumo industriais, como também industrializadora de si própria, à medida que o agronegócio passou a demandar quantidades crescentes de insumos e máquinas geradas pelo próprio setor industrial.

Nesse período, toda a economia brasileira cresceu com vigor, houve a consolidação do desenvolvimento das forças produtivas do capitalismo no campo, o país urbanizou-se e industrializou-se em alta velocidade, sem ter que democratizar a posse da terra ou precisar do mercado interno rural, o que só estimulou ainda mais o êxodo no campo. A herança da concentração da terra e da renda chegou a níveis nunca antes vistos na história do país, a ponto de produzir modificações estruturais na composição das classes sociais que atuavam na estrutura fundiária do Brasil.

Porém, em vez de distribuir democraticamente a propriedade, a penetração das novas formas de produção capitalista na estrutura fundiária promoveu a modernização do latifúndio, por meio do crédito rural, fortemente subsidiado

52 FURTADO, E.; FURTADO, R. Repercussão da Reforma Agrária no desenvolvimento local no Nordeste: a capacitação como uma estratégia imprescindível. In: LEITE, P. S. et al. (orgs.). *Reforma agrária e desenvolvimento sustentável*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário. 15/Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento, 2000, p. 59.

e abundante, viabilizando a sua transformação em “empresa”. Não se verificou nenhum incentivo ou fiscalização para que fossem obedecidos os princípios definidores da empresa rural: obtenção de índices de produtividade regionalmente definidos, observação da legislação trabalhista e, principalmente, a preservação do meio ambiente.

Uma das consequências da transformação do latifúndio em empresa são as ações predatórias sobre o meio ambiente natural, particularmente o desmatamento e a poluição, que ameaçam as três esferas que mantêm a vida orgânica e humana: a atmosfera, a hidrosfera e a litosfera. O agronegócio conduz a um quadro de profunda concentração fundiária e, conseqüentemente, a um grande contingente de trabalhadores rurais excluídos do acesso aos meios de produção. A instalação de assentamentos e áreas coletivas de produção exerce uma carga considerável sobre os recursos naturais. A ampliação das áreas agricultáveis nesse modelo de desenvolvimento está diretamente relacionada com a supressão de vegetação, queima dos resíduos, emissão de gás carbônico e degradação do solo, levando a um ciclo negativo de desenvolvimento.

Assim sendo, é necessário superar a visão de que a função social da propriedade visa apenas auferir a produtividade da terra, buscando, tão-somente, a garantia de condições médias de vida dos produtores familiares e das populações rurais marginalizadas. Em outras palavras, a função social da propriedade não pode se basear apenas na “propriedade supostamente produtiva”, que separa a otimização das técnicas de produção capitalistas no campo das transformações efetivas, mais vantajosas ao mundo do trabalho, nas relações sociais de produção, e não associa a política fundiária com política agrícola e ambiental.

A função ambiental da propriedade, ao impor objetivos que podem ser realizados pelas regras e princípios de direito ambiental, procura compatibilizar o desenvolvimento econômico com a sadia qualidade de vida do homem, orienta o processo de produção de riquezas de forma a não destruir os elementos substanciais da natureza e da cultura. Impera o princípio democrático que assegura ao cidadão a possibilidade de participação nas políticas públicas ambientais.

A realidade indica, cada vez mais, que a circunscrição do direito de propriedade tenha como centro a tutela jurídica ambiental. O capitalismo que se desenvolveu no campo brasileiro baseia-se em unidades produtivas avançadas e integradas, verdadeiras fábricas de grãos, carnes e fibras. A realidade contraditória do campo, onde coexistem de forma irregular um setor capitalista inserido na produção intensiva e outro inserido numa produção extensiva, além das áreas florestais pouco povoadas no norte do país, não torna prudente uma luta que tenha como objetivo central apenas superar o setor latifundiário capitalista tecnicamente atrasado. Este setor, economicamente pouco significativo, não é mais o polo dinâmico do campo e se encontra em decadência.

A solução pode passar pelo fortalecimento da perspectiva ambiental da função social da propriedade. Os projetos de assentamento constituem instrumento dessa política. A etapa de distribuição de terras é fundamental, mas não é suficiente por si só para garantir a sua sustentabilidade. Com a intensificação da ocupação humana, as consequências negativas contribuem para o abandono das áreas, o que compromete a produção sustentável.

Na base desta incompreensão do alcance material da função ambiental da propriedade está o modelo tradicional de produção que, na maioria das vezes, é agravado por falta de orientação técnica adequada, promove grandes passivos ambientais, em certos casos, irreversíveis. O planejamento desses projetos deve ser baseado na configuração ambiental da propriedade. Deve-se aportar à estrutura ambiental adequada aos padrões de desenvolvimento sustentável. A ampliação do alcance material da reserva legal, a tutela das florestas plantadas e um processo contínuo de educação ambiental configuram-se como um modelo do que poderia ser o fortalecimento da função ambiental da propriedade.

Por isto, há a necessidade da efetivação do princípio constitucional da função ambiental da propriedade posto no art. 225 da Constituição. A Constituição Federal de 1988 trouxe inovações na disciplina jurídica da propriedade, mudanças estas que criaram todo um arcabouço legal para a aplicação das normas de proteção ambiental sobre a propriedade. As normas de direito ambiental desempenham papel fundamental para a disseminação da consciência ecológica ou consciência ambientalista, e permitem ao Estado e à sociedade enfrentarem o problema da degradação e da destruição do meio ambiente, seja ele natural, artificial, cultural ou do trabalho. Daí a necessidade de fortalecer, principiologicamente, a tutela jurídica sobre o meio ambiente. No entanto, há uma sintomática inércia do poder público na fiscalização do cumprimento da função ambiental, principalmente nas propriedades rurais no país, bem como decisões judiciais que insistem em restringir a análise da função social à mera adequação da produtividade ao art. 184 da Constituição Federal, o que compromete o aspecto ambiental.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Uma teoria retórica da norma jurídica* e do direito subjetivo. São Paulo: Noeses, 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.2.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARISTÓTELES. *A política*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Retórica*. São Paulo: EDIPRO, 2011.

- BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Tradução João Maurício Adeodato. São Paulo: IBF, 1991, v. XXXIX, p. 175-184.
- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BLUMENBERG, H. Una aproximación antropológica a la actualidad de la retórica. In: BLUMENBERG, H. *Las realidades en que vivimos*. Barcelona: Paidós, 1999, p. 115-142.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CICCO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público y privado*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Vitória, 1964.
- _____. *Anti-Dubring*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Posse e ações possessórias: fundamentos da posse*. Curitiba, Juruá, 1994, v.1.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FONTES, André R. C. Limitações constitucionais ao direito de propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 435-456.
- FURTADO, E.; FURTADO, R. Repercussão da Reforma Agrária no desenvolvimento local no Nordeste: a capacitação como uma estratégia imprescindível. In: LEITE, P. S. et al. (orgs.). *Reforma agrária e desenvolvimento sustentável*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Agrário. 15/Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento, 2000, p. 55-66.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GISCHKOW, Emílio Alberto Maya. *Princípios de direito agrário: desapropriação e reforma agrária*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 457-466.
- KAUTSKY, Karl. *A questão agrária*. Brasília: Linha Gráfica Editora, 1998.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extra-patrimonial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *A constitucionalização do direito civil*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=129> >. Acesso em: 6 mar. 2010.
- LOCKE, Jonh. *Segundo tratado sobre o governo*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. São Paulo: Abril, 1983. v. 3, t. 2.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 6. ed. São Paulo: HUCITEC, 1987.
- MONTEIRO, João Batista. *Ação de reintegração de posse*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v.4.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- PETIT, Eugene. *Derecho romano*. 21. ed. México: Porrúa, 2005.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. São Paulo: Cultrix, 1975.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional ambiental*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUSA, João Bosco Medeiros de. *Direito agrário: lições básicas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 321-349.

Recebido em 31/05/2012

Aceito para publicação 10/11/2012

POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA RELAÇÃO FUNDAMENTAL

PUBLIC POLICY AND ECONOMIC DEVELOPMENT: A
FUNDAMENTAL RELATIONSHIP

Marisa Rossinholi¹

Sumário

1. Introdução. 2. Políticas públicas. 3. Políticas públicas no Brasil, direitos sociais e desenvolvimento econômico. 4. Uma análise do Brasil nos períodos FHC e Lula. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Public Policies. 3. Public Policies in Brazil, Social Rights and economic development. 4. An analysis of Brazil under FHC's and Lula's government. 5. Final remarks. References.

Resumo

A discussão sobre Políticas públicas apresenta-se relacionada ao papel conferido pela sociedade ao Estado, e outra análise ocorre em torno da sua eficiência, envolvendo discussão, aprovação e implantação, além, é claro, dos diversos atores, entre eles, empresas, governo, partidos políticos, sociedade civil organizada, movimentos sociais, universidades, que se apresentam de diferentes formas em diferentes países e momentos. Este artigo apresenta como objetivo geral discutir o contexto no qual estas políticas são implementadas, enfatizando os momentos do Estado de Bem-Estar Social e Neoliberal. Como objetivo específico enfatizam-se os períodos da sociedade brasileira compreendidos entre os governos Fernando Henrique Cardoso (1995- 2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), bem como a influência da Constituição Federal de 1988 nestas políticas. Realizam-se análise bibliográfica sobre a temática e análise documental das políticas públicas no período apresentado. Como resultado verifica-se que a estabilidade econômica se sobrepôs às políticas públicas de cunho social na década de 90 do século XX, sendo que, principalmente ao final da primeira década do século XXI, há uma intensificação das políticas sociais de cunho relativamente assistencialista.

¹ Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR. Mestre em Economia Política pela PUC-SP e doutora em Educação pela UNIMEP.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Direitos sociais. Desenvolvimento econômico.

Abstract

The debate concerning Public Policy is related to the role assigned by society to the State, and another analysis takes place regarding its efficiency involving discussion, approval and implementation and, of course, the various actors that make it, which are companies, government, political parties, organized civil society, social movements, and universities; all of them present themselves in different ways in different countries and times. This article's general objective is to discuss the context in which these policies are implemented, emphasizing the moments of the State of Social Well Being and Neoliberal and, as a specific goal, it emphasizes the periods of the Brazilian society between Fernando Henrique Cardoso (1995 - 2002) and Luiz Inacio Lula da Silva (2003-2010) governance, as well as the influence of the 1988 Federal Constitution under these policies. A literature review is performed on this particular theme and also a documentary analysis of public policies in the concerned time. As a result, it appears that economic stability overlapped public policies of social concern in the 1990's, and especially at the end of the first decade of this century there is an intensification of social policies despite a relatively welfarist nature.

Key words: Public Policy. Social Rights. Economic development.

1 Introdução

O Estado brasileiro passou por diferentes configurações no que se refere ao fornecimento de bens e serviços públicos. Estes momentos podem ser associados à questão da concepção do papel do Estado.

Nesse contexto, o presente artigo procura discutir como as políticas públicas têm afetado o desenvolvimento econômico brasileiro nas duas últimas décadas. Desta forma, apresenta-se uma revisão conceitual sobre políticas públicas e políticas públicas no Brasil, para depois discutir-se a relação com o desenvolvimento econômico e os períodos da economia brasileira representados pelos governos Fernando Henrique Cardoso 1995-2002 e Luiz Inácio Lula da Silva 2003-2010.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, que utiliza o método dedutivo e a análise qualitativa.

2 Políticas Públicas

O estudo de Políticas Públicas apresenta-se como interdisciplinar e diretamente relacionado às políticas sociais, é necessário analisar o papel do governo e a interferência na vida dos cidadãos. É necessário, ainda, analisar a forma de ação do governo. Assim, é de fundamental importância discutir e

compreender o papel que se espera do Estado, como será apresentado adiante, dado que as Políticas Públicas de um Estado de Bem-Estar Social² são diferentes daquelas de um Estado Neoliberal.

O processo de formulação da Política Pública, isto é, discussão, aprovação e implantação, envolve diversos atores, entre eles, empresas, governo, partidos políticos, sociedade civil organizada, movimentos sociais, universidades, que se apresentam de diferentes formas nos países e nos momentos históricos.

A discussão sobre a temática permite várias abordagens. Neste estudo contemplam-se a discussão do papel do Estado e sua mudança em diferentes períodos, enfatizando-se a Constituição Federal de 1988 no caso brasileiro, e a discussão sobre a análise das políticas implementadas em função deste contexto geral. Para a análise das políticas considera-se, entre outros textos, estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID³, apesar de críticas que possam ser apresentadas à metodologia adotada pelo mesmo, pois permite uma visão panorâmica sobre a questão.

Realizando uma análise histórica, não há um consenso sobre o início de políticas públicas comprometidas com o desenvolvimento e questões sociais, mas em grande parte dos estudos aponta-se a questão da necessidade de proteção social em função dos conflitos entre capital e trabalho no século XIX. Independentemente de seu início, os autores consideram o *Welfare State* ou Estado de Bem-Estar Social, situado nas décadas de 1940/50 do século XX, como um Estado comprometido com as questões sociais.

Para Fiori⁴, o Estado de Bem-Estar Social apresenta variantes, conforme estudos da área: *padrão ou modelo residual / ou welfare state liberal*: com interferências pontuais aos comprovadamente pobres e de caráter limitado;

Modelo ou padrão meritocrático-particularista / ou welfare state conservador e corporativista: com políticas direcionadas para corrigir a ação do mercado, mas sem mudanças estruturais;

Padrão institucional-redistributivo / ou regime social-democrata: com políticas sociais para todos, independentemente de renda e das condições do mercado.

Para o mesmo autor, o Estado de Bem-Estar Social teve seu auge nos anos 1950, em função de uma série de fatores, a saber: a generalização da produção no sistema fordista, levando ao crescimento; o consenso sobre as ideias keynesianas de pleno emprego e crescimento econômico; o clima de solidariedade nacional

2 Utiliza-se neste artigo tanto a nomenclatura Estado de Bem-Estar Social como *Welfare State*, compreendendo-as como sinônimas.

3 O BID é um organismo internacional e foi criado em 1959 com objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social e a integração da América Latina e Caribe.

4 FIORI, J. L. Estado de Bem-Estar Social: padrões e crises. In: *Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.7, n. 2. p. 129-147, 1997.

em função do pós-Guerra; o avanço das democracias e dos sindicatos; o temor dos países capitalistas diante do socialismo, dentre outros.

Em relação às ideias keynesianas, é importante destacar que Keynes criticava a teoria clássica da economia, que, entre outros elementos, apresentava a existência de equilíbrio na economia. Para Keynes, este equilíbrio era apenas uma das possibilidades⁵, porque, em momentos de crise, os agentes econômicos poderiam optar por manter a liquidez do dinheiro e não demandar bens, o que poderia levar à continuidade da crise, sendo necessário o uso de políticas monetária e fiscal expansivas.⁶

As políticas fiscais expansivas podem ter uma relação direta ou não com políticas sociais. Mas a relação entre o crescimento do Estado de Bem-Estar Social e as ideias keynesianas foi visível na história econômica do século XX.

Arretche⁷ enfatiza, no mesmo período discutido por Fiori, que a industrialização acelerada, ao garantir o crescimento econômico, permitia mais gastos sociais. Assim, nos países desenvolvidos o Estado de Bem-Estar Social, na maioria das vezes, esteve associado a um mínimo de bens e serviços sociais que também seria responsável por garantir o ajustamento do trabalhador à nova realidade. Neste contexto as políticas públicas aparecem comprometidas com o desenvolvimento econômico.

Compreende-se, neste estudo, desenvolvimento econômico como a redistribuição dos frutos do crescimento econômico⁸, assim, não se deve realizar apenas uma análise quantitativa da produção, mas sim, um conjunto de fatores.⁹

No momento em que o ciclo econômico se inverteu, entrando em período de recessão, em muitos países de estagflação¹⁰ o Estado de Bem-Estar Social entrou em crise, passando a ser visto como “[...] extenso, pesado e oneroso, o responsável central [...] da própria crise econômica que avançou pelo mundo a partir de

5 KEYNES, J. M. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

6 A política monetária caracteriza-se pelas ações governamentais, normalmente coordenadas pelo Banco Central, relacionadas à oferta monetária e taxa de juros. Posta em prática de forma expansiva, reduz os juros e aumenta a moeda disponível podendo não haver demanda, fenômeno este definido por Keynes como armadilha da liquidez. Neste caso, a política fiscal expansiva, caracterizada por aumento dos gastos públicos que estimulem demanda e redução dos impostos, seria fundamental, mesmo que incorrendo em déficit público, pois este seria apenas temporário, o equilíbrio seria cíclico, isto é, no crescimento haveria compensação da renúncia fiscal.

7 ARRETCHÉ, M. T. S. *Emergência e desenvolvimento do welfare state: teorias explicativas*. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Marta/Arretche_1996_BIB.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011.

8 SUNKEL, O. Globalização, neoliberalismo e reforma do Estado. In: BRESSER-Pereira, L. C.; WILHEIM, J.; SOLA, L. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP/ Brasília: ENAP, 2001, p. 173-195.

9 Apesar da metodologia do Índice de Desenvolvimento Humano sofrer críticas, apresentar-se-á, seus indicadores para o período abordado, bem como outros sobre distribuição de renda e questões sociais.

10 A estagflação ocorre quando um país apresenta recessão e inflação simultaneamente, derrubando a visão de que a inflação é resultante do aumento da demanda e da circulação monetária. Com a estagflação, os gastos governamentais passam a ser apontados pelos monetaristas e neoliberais como responsáveis pela inflação, representando um importante elemento de crítica e combate ao Estado de Bem-Estar Social.

1973/1975”¹¹. Se o Estado de Bem-Estar Social tem seu auge nos anos 1940/50, a estagnação dos anos 1970 fez com que as ideias neoliberais ganhassem destaque. Pode-se destacar entre seus principais defensores, no cenário econômico, Milton Friedman, embora sua ideia já não fosse nova, uma vez que havia se originado também nos anos 1940, apesar de pouco destaque naquele momento.

O pensamento neoliberal caracteriza-se pela defesa do livre mercado, pela crítica ao Estado que alterou a ordem natural do mercado, de modo que a ideia presente é que o Estado onera a produção e, ao interferir em demasia neste mercado, leva a distorções e ao desequilíbrio econômico.

Com o crescimento destas ideias, os investimentos sociais diminuíram e os Estados Nacionais vivenciaram um processo de reforma e fragilização das políticas de Estado de Bem-Estar Social; ocorreu uma exacerbada crítica ao keynesianismo ao Estado intervencionista e o desmonte das políticas sociais como uma forma de recuperar o equilíbrio e voltar a crescer.

Discutido o contexto da implementação de Políticas Públicas, objetiva-se a análise das políticas em si, sendo assim, é fundamental ter claro que sua eficácia depende da forma como são discutidas, negociadas, aprovadas e executadas¹². Em estudo realizado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento¹³ apresentam-se características-chave das políticas públicas, a saber:

Estabilidade – em que medida as políticas são estáveis ao longo do tempo.

Adaptabilidade – em que medida as políticas podem ser ajustadas quando falham ou quando as circunstâncias mudam.

Coerência e coordenação – em que grau as políticas são compatíveis com outras políticas afins e resultam de ações bem coordenadas entre os atores que participam de sua formulação e implementação.

Qualidade da implementação e da aplicação efetiva.

Consideração do interesse público – em que grau as políticas atendem ao interesse público.

Eficiência – em que medida as políticas refletem uma alocação de recursos escassos que assegure retornos sociais elevados.

Além dos fatores apresentados na citação anterior, destaca-se que na análise de estabilidade considera-se a forma como as mudanças jurídicas e

11 FIORI, J. L. Estado de Bem-Estar Social: padrões e crises. *Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.7, n. 2, p. 16, 1997.

12 BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento. *A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina – Relatório 2006*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.

13 Idem, p. 130.

políticas envolvidas permitiram ou dificultaram a capacidade das empresas em se planejarem, em que medida os novos governos cumpriram compromissos contratuais e obrigações anteriores, a capacidade de estabelecer e manter prioridades e a capacidade de os Estados assumirem e manterem compromissos relacionados às políticas mundiais.

Para análise de implementação e aplicação efetiva considera-se o cumprimento do salário mínimo legal, o controle de evasão de impostos, consistência e regulação ambiental e a implementação efetiva das políticas públicas.

Na análise de interesse público considera-se, entre outros elementos, em que proporção as transferências sociais chegam aos efetivamente pobres, verificando-se, de uma certa forma, a concepção de um Estado de Bem-Estar Social liberal ou ainda mesmo assistencialista, uma vez que o BID analisa a política pública para parte da população e não efetivamente como direito de todos.

Com base nesta classificação apresenta uma análise das Políticas Públicas na América Latina e no Brasil a partir dos anos 1980 do século XX: no tópico a seguir, discutem-se os resultados a que o BID chegou para o Brasil.

3 Políticas públicas no Brasil, direitos sociais e desenvolvimento econômico

Para se discutir Políticas Públicas no Brasil é de suma importância pensar na transformação do papel do Estado pelo qual o Brasil passou. O padrão adotado no Brasil foi de um estado assistencialista¹⁴. Para Sonia Draibe e Liana Aureliano¹⁵, pelo menos até as reformas dos anos 1980 (saúde e educação, principalmente), o assistencialismo é combinado com o *Welfare State* liberal. Faz-se importante registrar que o art. 3º da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil como sendo, entre outros, o de garantir o desenvolvimento nacional e promover a redução das desigualdades regionais e sociais, e o art. 6º, ao estabelecer os direitos sociais, entre eles a saúde, educação, moradia e alimentação, apresentam características de um Estado de Bem-Estar Social¹⁶. No tópico a seguir procurar-se-á discutir que, em um primeiro momento pós década-perdida¹⁷ e abertura política, procurou-se garantir a estabilidade econômica para depois discutir-se crescimento e desenvolvimento.

14 Importante lembrar a classificação feita por ESPING-ANDERSEN (1991) e apresentada no texto de José Luiz Fiori, conforme tópico anterior, classificando o *Welfare State* como Liberal, corporativista e socialdemocrata, sendo o primeiro a forma mais precária do Estado de Bem-Estar Social.

15 AURELIANO, L; DRAIBE, S. A especificidade do *Welfare State* Brasileiro. *Economia e Desenvolvimento*. n. 3. Brasília, 1989.

16 Voltar-se-á à discussão da Constituição Federal de 1988, posteriormente.

17 A década de 1980 ficou conhecida como década perdida em função dos péssimos resultados econômicos e sociais, entre eles destaca-se uma renda per capita pior ao final da década.

Apresenta-se, a seguir, a análise feita pelo BID com base nas seis categorias citadas anteriormente, lembrando que tal análise apresenta-se em um contexto de Estado que, apesar de discordância por parte de alguns, entrava em um governo com características neoliberais¹⁸:

Quadro 1: Características-chave de políticas públicas desde a década de 1980

País	Estabilidade	Adaptabilidade	Aplicação e implementação	Coordenação e coerência	Consideração do interesse público	Eficiência
Argentina	Baixa	Média	Baixa	Baixa	Média	Baixa
Bolívia	Média	Alta	Média	Média	Média	Média
Brasil	Alta	Alta	Alta	Alta	Média	Média
Chile	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta	Alta
México	Alta	Média	Média	Média	Média	Alta
Venezuela	Baixa	Baixa	Baixa	Baixa	Média	Baixa

Fonte: Adaptado de BID, 2007.¹⁹

No estudo do BID, a estabilidade das políticas públicas para o Brasil foi considerada alta, juntamente com países como Chile e México; vale lembrar os critérios apresentados anteriormente, envolvendo capacidade do setor privado em planejar-se e inserção nas políticas mundiais. Também foram consideradas altas a adaptabilidade, aplicação e implementação e coordenação e coerência (lembrando que o item coerência relaciona-se ao conjunto de políticas).

Destaca-se que a análise do interesse público foi avaliada como média e também a eficiência das políticas; entretanto, na análise feita pelo BID para o período iniciado nos anos 80 do século XX até 2006, e para o conjunto de países aqui apresentados, excluindo-se o Chile²⁰, o Brasil apresentava-se com a melhor análise. Não obstante, entende-se que é fundamental a discussão conjunta do conceito de direitos sociais e da própria Constituição Federal de 1988 para a avaliação das políticas públicas.

Krell, A. apresenta a seguinte conceituação para direitos sociais:

18 Para a maioria dos autores, o Governo Collor de Mello, iniciado em 1990, é identificado com o início da aplicação de ideias neoliberais no Brasil, em um momento de crítica a um Estado “pesado”, entre elas, privatizações, reforma administrativa do Estado, abertura comercial, favorecimento ao capital internacional especulativo.

19 BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento. Op. cit., p 135. Países selecionados em função da relevância para a pesquisa aqui realizada.

20 O Chile tem sido utilizado como exemplo a ser seguido pela América Latina em diversas áreas, exemplo para as políticas de investimento em Educação.

São os Direitos fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos direitos coletivos antes que aos individuais. O Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas públicas” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.²¹

Conforme já citado, a Constituição Federal de 1988 tratou no artigo 6º dos direitos sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).²²

Apresenta uma clara associação entre direitos sociais e direitos do trabalho ao discutir no artigo 7º os direitos dos trabalhadores, dentro do capítulo II “Dos Direitos Sociais”, neste caso, o Estado brasileiro pode ser associado ao modelo apresentado anteriormente como meritocrático. Não menos importante observar que o Artigo 170, pertencente ao capítulo “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, insere, juntamente com os princípios da propriedade privada e da livre concorrência, as questões da redução das desigualdades sociais e regionais e a busca pelo pleno emprego. Compreende-se desta forma que naquele momento, apesar da influência das ideias neoliberais para a atividade econômica, a Constituição Federal não deixou de contemplar a preocupação com as questões sociais e também com o pleno emprego. Conforme Anita Kon²³, por pleno emprego compreende-se:

O pleno emprego significa a utilização da capacidade máxima de produção de uma sociedade e, evidentemente, deve ser utilizada para elevar a qualidade de vida da população. [...]
Para os neoclássicos, o conceito de pleno emprego, em economia, tem como base o estado de equilíbrio entre a oferta e a demanda

21 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris Editor, 2002. p. 19-20.

22 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Atualizada até a EC nº 71 de 29 de novembro de 2012. Brasília, DF: Senado, 2012.

23 KON, A. Pleno emprego no Brasil: interpretando os conceitos e indicadores. *Revista Economia & Tecnologia*. v. 8, n.2, p. 5-22, abr./jun., 2012.

dos fatores de produção, com capacidade máxima de produção da sociedade instalada.

Sendo assim, não haveria o fenômeno do desemprego, porque ao se ler se objetiva o pleno emprego, pode-se entender que o texto Constitucional está preocupado em garantir equilíbrio na economia e o crescimento econômico, além do próprio desenvolvimento ao apresentar os direitos sociais. Feitas estas discussões, e com base no conceito apresentado de desenvolvimento, buscase a seguir algumas reflexões sobre a relação entre as políticas públicas e o desenvolvimento brasileiro, lembrando que, se o texto constitucional apresentar apenas a identificação do Estado com os valores anteriormente discutidos sem uma efetiva ação e uma concretização normativa, estar-se-á diante um caso de simbolismo constitucional²⁴, no sentido de que a inclusão destas questões no texto constitucional é importante e fundamental, mas não é uma garantia da efetividade.

4 O Brasil nos períodos FHC e LULA

Sem dúvida alguma, o distanciamento histórico permite uma análise mais imparcial e completa das políticas públicas, mantendo-se a dificuldade em isolá-las e realizar análise de resultados.

Assim, não se objetiva analisar resultados ou impactos, mas sim a coerência do discurso dos períodos dos dois últimos presidentes em relação às políticas realizadas e ao texto constitucional, para em futuro estudo, associá-las às influências para o setor empresarial. As descontinuidades e os problemas de interrupção no primeiro governo pós-Constituição Federal de 1988 fizeram com que se optasse pelas discussões das políticas públicas nos governos Fernando Henrique e Lula.

O início dos anos 1990 do século XX, no Brasil, caracteriza-se pela influência das ideias neoliberais em função dos péssimos resultados da década de 1980, a receita oferecida pelo consenso de Washington²⁵ de se utilizarem políticas monetárias e fiscal restritivas para controlar a inflação, junto com a abertura da economia, deixa as políticas sociais e o desenvolvimento econômico em um segundo plano.

A análise de políticas públicas neste contexto torna interessante a afirmação feita por Fernando Henrique Cardoso após seu governo²⁶:

24 Sobre a questão do simbolismo constitucional utiliza-se NEVES, M.. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

25 O conjunto de medidas formuladas sobre a influência e coordenação de instituições como FMI e Banco Mundial, que deveriam ser adotadas pelos países da América Latina para superarem a crise dos anos 80, apresenta forte influência das ideias neoliberais e prega a redução do Estado. Entre estão as medidas, abertura comercial, redução de gastos públicos e privatizações.

26 BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento. Op. cit., p 1. Afirmação feita em 2003.

A democracia tem método próprio para a definição de políticas públicas. As decisões resultam de uma adaptação negociada de interesses, de acordo com normas transparentes definidas no espaço público [...] As políticas não refletem a suposta onisciência de tecnocratas esclarecidos, mas representam a depuração de interesses legítimos, um concerto de vontades, entre elas a do próprio governo.

Se for considerado que os interesses da sociedade, e do próprio governo, no momento apresentavam-se relacionados à queda da inflação em primeiro plano, ficando as políticas públicas voltadas para a área social, bem como o desenvolvimento econômico para um período posterior, as políticas do início deste governo apresentam-se coerentes, mas a análise do texto constitucional mostra um descompasso com as políticas implementadas.

No primeiro governo FHC apresenta-se a discussão da necessidade de reforma do Estado, apontado como responsável pela crise em função da excessiva atuação no setor produtivo, do processo de endividamento público e processo inflacionário. Também se discutia a reforma do aparelho do Estado, sendo necessário melhorar a governança e a possibilidade de implantação de políticas públicas²⁷. Bresser-Pereira apresenta ainda como causas da crise a crise fiscal causada pelo segundo choque do petróleo²⁸, aumento mundial da taxa de juros²⁹, excesso de gastos estatais comparativamente com as receitas, crise na forma de intervenção do Estado e na Administração burocrática.³⁰

Ao analisar o governo Fernando Henrique Cardoso, Sonia Draibe³¹ observa que

poucas foram as reformas radicais das políticas sociais nos dois ciclos reformistas da história brasileira recente. No governo Fernando Henrique, *reformas parciais* ocorreram no ensino fundamental, na previdência social e na saúde, e foram *introduzidas* ou iniciadas na educação infantil, no ensino médio, nos programas de inserção produtiva (microcrédito) e nos programas de combate à pobreza. Mas sobre a área social como um todo incidiram mudanças que, não configurando reformas no sentido aqui tratado, ainda assim não deixaram de alterar-lhe a fisionomia.

27 BRASIL. Câmara de Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/secom/colecao/plandi.htm>>. Acesso em: 10 maio 2007.

28 Trata-se de elevado aumento do preço do petróleo pelos países produtores e endividamento dos países que não apresentavam auto suficiência, neste último caso, o Brasil.

29 O aumento da taxa de juros mundial ocorreu em função do aumento das taxas da economia norte americana.

30 BRESSER-PEREIRA, L. C. *Reforma do Estado para a cidadania*. São Paulo: Ed.34, 2002.

31 DRAIBE, S. A política social no período FHC e o sistema de proteção social. *Tempo social*. 2003, vol.15, n.2, p. 76, 2003.

A mesma autora destaca a importância da Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), de 1993³², como política pública fundada nos direitos sociais básicos, bem como a criação Conselho Nacional da Assistência Social (Conanda), Fundo Nacional da Assistência Social, os conselhos e os fundos estaduais e municipais, a criação do programa Comunidade Solidária, programas Bolsa-Alimentação (na área de saúde), Agente Jovem (na Secretaria da Assistência Social) e auxílio-gás (2002), o Bolsa-Escola, de (1998), o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (Peti), de 1995, e outros programas de transferência preexistentes.

Para esta autora a estabilidade e o crescimento econômico eram elementos necessários, mas houve atenção também às políticas públicas sociais, havendo o estabelecimento de alguns programas universais, mas com focalização das políticas públicas. No caso da educação e saúde, considera que houve políticas universais.

Amélia Cohn³³ observa que existia uma contradição entre a política econômica, restritiva e as políticas públicas sociais, na medida em que a política econômica contribuía para os problemas sociais. Observa, ainda, que as mesmas apresentavam-se de forma fragmentada.

Outra característica importante do período foi a descentralização das políticas públicas, cujo exemplo pode ser visto na área da educação.

Dado importante de ser analisado é o crescimento per capita, que não é sinônimo de desenvolvimento, uma vez que apresenta resultado quantitativo, de média de 1,4% no período FHC.

Superado o período de alta inflação e com o Governo Lula que se elege, tendo entre outros argumentos, a necessidade da melhoria das políticas públicas, instaura-se um novo debate refletido na literatura brasileira. Não obstante, há uma continuidade na política econômica com expectativa de controle de gastos públicos e aumento do superávit primário.

Entre as políticas públicas destaca-se o Programa Fome Zero, dirigido às populações de extrema pobreza e o Bolsa Família, que unificou programas criados na gestão FHC (Bolsa Escola, Bolsa Alimentação, Cartão Alimentação e Auxílio-Gás), ampliando seus recursos.

Para parte dos autores, as políticas sociais no Brasil estariam restritas aos mais pobres entre os pobres. Não obstante esta discussão, o período que compreende o segundo mandato do Ex-Presidente Lula tem como característica um maior investimento nas políticas públicas.

Rosa Maria Marques e Aquilas Mendes³⁴ discutem o Bolsa Família:

³² Portanto, anterior ao governo FHC.

³³ COHN, A. As políticas sociais no governo FHC. *Tempo Social* - Rev. Sociol. USP, S. Paulo, v. 11, n. 2, p. 183-197, out. 1999.

³⁴ MARQUES, R. M., MENDES, Á.. Servindo a dois senhores: as políticas sociais no governo Lula. *Rev. Katálysis*.v. 10, n. 1, p. 15-23, 2007.

Apesar de o Bolsa Família não constituir um direito, sendo um benefício decorrente de um programa governamental, a rigor não pode ser comparado com as tradicionais políticas assistencialistas, voltadas para segmentos excluídos “minoritários” que, no falar da literatura, estavam à margem da dinâmica da sociedade.

Se no cenário interno tal fato encontra respaldo nas desigualdades sociais/regionais e necessidade de atendimento ao inciso III do artigo 3º da Constituição Federal do Brasil de 1988, externamente, a crise econômica mundial de 2008 fez com que houvesse justificativa econômica para retomada de políticas keynesianas.

Neste contexto, Bonavides³⁵ discute a possibilidade que a crise leve à geração de um *Estado Máximo*, com ampliação da participação do mesmo. Justifica-se, assim, a volta de políticas fiscais expansivas, isto é, que pretendem estimular a demanda agregada e a produção. No Brasil, não se pode falar em política expansiva plena em função da elevadíssima carga tributária, mas é possível analisar que houve um maior comprometimento com os gastos públicos sociais, que não gerou déficit público, em um primeiro momento, em função do período anterior de crescimento e aumento do orçamento federal.

Indicadores do IBGE mostram, entre 1999-2003, um aumento da população que ganha até dois salários mínimos ou não é remunerada, passando de 62,4% para 67,3%. Mas para o período entre 2002 e 2003 o IPEA aponta elevação da taxa de pobreza de 34% para 39%, com sua queda posterior para 33% em 2004, não havendo assim nenhuma transformação significativa. Conforme mencionado antes, um dado que apresenta controvérsias em função da metodologia, mas que pode auxiliar na discussão é o Indicador de Desenvolvimento Humano – IDH³⁶.

Tabela 1: IDH no Brasil – anos selecionados

Ano	Valor do IDH
1990	0,600
1995	0,634
2000	0,665
2005	0,692
2010	0,715
2011	0,718

Fonte: Organização das Nações Unidas, 2011.

35 BONAVIDES, P. Do estado neoliberal ao estado neo-social. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, n. 287, dez. 2008.

36 O IDH varia de 0 a 1 (quanto mais próximo de 1, maior o desenvolvimento humano) e é calculado com base em três dimensões básicas do desenvolvimento humano – uma vida longa e saudável, o conhecimento e um padrão de vida digno. As três variáveis analisadas, dessa forma, são relacionadas à saúde, educação e renda.

Não menos importante é a análise do Índice de Gini³⁷ apresentada na Tabela 2:

Tabela 2: Índice de Gini no Brasil – anos selecionados

Ano	Valor do IDH
1995	0,567
2001	0,558
2005	0,532
2008	0,544
2012	0,519

Fonte: IBGE, 2012.

Verifica-se, assim, que tanto no Índice de Desenvolvimento Humano – IDH como no Índice de Gini houve melhora dos indicadores, apesar do Índice de Gini ainda representar um dos piores do mundo e o IDH garantir apenas a 84ª posição entre os países. Na análise da economia atual, é sabido que o crescimento econômico brasileiro vem sendo estimulado pelo lado do consumo, com base no endividamento pessoal. Assim, são de grande importância estudos que analisem as políticas sociais e o desenvolvimento econômico, enfatizando o desenvolvimento como algo contínuo que traga melhorias para a sociedade e não apenas aumento do PIB.

5 Considerações finais

O Texto ora apresentado procurou discutir os elementos determinantes para estabelecimento de Políticas Públicas, enfatizando papel atribuído ao Estado e o processo de formulação da política, envolvendo discussão, aprovação e implantação. Assim, foram apresentadas as discussões sobre Estado de Bem-Estar Social nas suas diversas configurações e o estabelecimento do neoliberalismo, considerando que ambos, em diferentes momentos, exerceram grande influência nas Políticas Públicas.

Discutiu-se, ainda, estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, que considera as categorias estabilidade, adaptabilidade, coerência e coordenação, qualidade da implementação e da aplicação efetiva como fundamentais de serem analisadas, colocando o Brasil em uma boa posição a partir dos anos 1980 do século XX.

³⁷ Ao contrário do IDH, o aumento do índice de Gini apresenta-se de forma negativa, pois mede o distanciamento da distribuição de renda de uma distribuição ideal, variando também de 0 a 1.

Ao discutir-se especificamente os governos Fernando Henrique Cardoso e Lula, verificou-se que, no primeiro, havia uma maior preocupação com a estabilidade econômica, apesar do estabelecimento de algumas importantes políticas; no governo Lula, verificou-se que, no primeiro mandato, a preocupação com a política econômica se sobrepôs, mas também houve ganhos.

De forma geral, a análise realizada permite verificar a melhora de indicadores como IDH, Índice de Gini e nível de renda, mas estes mesmo indicadores ainda apontam para um país cujas diferenças sociais tornam as Políticas Públicas ainda mais fundamentais.

Referências

- ANDERSON, P. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, E.; GENTILI, P. (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- ARRETCHE, M. T. S. *Emergência e desenvolvimento do welfare state: teorias explicativas*. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/dcp/assets/docs/Marta/Arretche_1996_BIB.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2011
- AURELIANO, L; DRAIBE, S. A especificidade do Welfare State Brasileiro. *Economia e Desenvolvimento*, Brasília, n. 3, 1989.
- BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento. A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina – Relatório 2006. Rio de Janeiro: Campus, 2007.
- BONAVIDES, P. Do estado neoliberal ao estado neo-social. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, n. 287, dez. 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Atualizada até a EC nº 71 de 29 de novembro de 2012. Brasília, DF: Senado, 2012
- _____. Câmara de Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/secom/colecao/plandi.htm>>. Acesso em: 10 maio 2007.
- BRESSER-PEREIRA, L. C. *Reforma do Estado para a cidadania*. São Paulo: Ed.34, 2002.
- DRAIBE, S. A política social no período FHC e o sistema de proteção social. *Tempo social*, vol.15, n.2, p. 63-101, 2003.
- COHN, A. As políticas sociais no governo FHC. *Tempo Social - Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, v. 11, n. 2, p. 183-197, out.1999.
- FIORI, J. L. Estado de Bem Estar Social: padrões e crises. *Revista de Saúde Coletiva do Rio de Janeiro*. n. 7. v. 2, p 129-147, 1997.
- KEYNES, J. M. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- KON, A. Pleno emprego no Brasil: interpretando os conceitos e indicadores. *Revista Economia & Tecnologia*. v. 8, n.2, abr./jun., p. 5-22, 2012.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabris Editor. Porto Alegre, 2002.

MARQUES, R. M., MENDES, Á.. Servindo a dois senhores: as políticas sociais no governo Lula. *Revista Katálysis*.v. 10, n. 1, p. 15-23. 2007.

NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SUNKEL, O. Globalização, neoliberalismo e reforma do Estado. In: BRESSER-Pereira, L. C.; WILHEIM, J.; SOLA, L. *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP/ Brasília: ENAP, 2001.p. 173-195.

Recebido em 14/11/2012

Aceito para publicação em 15/12/2012

NOTAS SOBRE O CONTRATO DE *FRANCHISING*: TEORIA E ASPECTOS JURÍDICOS

NOTES ON FRANCHISING FRANCHISE AGREEMENT:
THEORY AND LEGAL ASPECTS

Fábio Fernando Bartini¹
Gabrielle Tesser Gugel²

Sumário

1 Introdução. 2. A importância mundial e a evolução histórica do *franchising* no Brasil. 3. Aspectos jurídicos e legislação pertinente ao *franchising*. 4. Contrato de franquia: características e problemáticas. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The global importance and the historical evolution of franchising in Brazil. 3. Law about franchising agreement. 4. Franchise agreement: issues and characteristics. 5. Final remarks. References.

Resumo

O artigo analisa a problemática que envolve o contrato de *franchising*, sua regulamentação, classificação e as peculiaridades que tal contratação enfrenta. Observa-se que desde a sua formação, iniciada na América do Norte e dali projetada para a Europa e o restante dos países, cresceu rapidamente. Embora a legislação brasileira tenha sido tardiamente aprovada, nos seus poucos artigos regula somente o sistema da franquia empresarial e não o contrato em si. É uma tentativa de abordar as especificidades do contrato, em prol de uma compreensão aliada aos princípios gerais do direito e costumes.

Palavras-chave: *Franchising*. Contrato. Franquia.

Abstract

This article analyzes the problems involving franchising contract, since its rules, as well its classification and peculiarities. It is observed that since its beginning in North America and from there designed for Europe and thus for the rest of the countries it has grown rapidly. Although Brazilian legislation has been approved late, it only regulates the system of business

1 Especialista em Direito Empresarial pela UFRGS.

2 Mestranda em Direito Público pela UNISINOS/RS.

franchise not the contract itself in its few articles. We try to address the contract particularities in favor of an understanding combined with the general principles of law and customs.

Key words: Contract. Franchise.

1 Introdução

A conceituação do contrato de *franchising* pode ser observada em um primeiro momento quando o franqueador cede ao franqueado o direito de comercializar/produzir e o conhecimento sobre o seu produto, devidamente registrado, para que o franqueado fornecendo o objeto da franquia, tenha a relação com o consumidor.

A explicação acima permite, em um primeiro momento, constatar que o contrato de franquia é complexo e possui uma série de requisitos para que seja considerado como tal. Em que pese essa complexidade, dados divulgados pela a Associação Brasileira de *Franchising* demonstram de que em 2011, o setor cresceu 16,9% no Brasil e o faturamento atingiu R\$ 88,8 bilhões.

Houve, de acordo com a Associação, um acréscimo de 176 franquias no mercado brasileiro, totalizando 93.098 franquias no território nacional. Disso tudo, observa-se que, em 2011, ocorreu um aumento, segundo balanço divulgado, de 7,8% em relação ao ano de 2010. Atualmente, importa em aproximadamente 2,3% do Produto Interno Bruto nacional.

Todo esse crescimento no setor apresenta diversas vantagens para o mundo empresarial e para a economia brasileira, como novos postos de trabalho, tanto para o empresário (franqueado), quanto para aqueles que serão seus prepostos no negócio.

Embora a legislação preveja em poucos artigos como se dará o sistema da franquia empresarial, analiticamente, não há uma regulamentação do contrato de franquia, o que pode causar alguns conflitos entre franqueado e franqueador e, ainda, demandar que o Judiciário ou mesmo a doutrina tentem sanar essas lacunas.

O contrato de franquia empresarial é recente no Brasil, desde que, somente a partir da década de 1970, começaram os primeiros discursos e discussões sobre a necessidade de uma regulamentação, tendo em vista que os contratos eram realizados de maneira verbal. Talvez por ser contemporâneo, ao menos em termos de legislação, ainda não se encontra amplamente difundida essa espécie contratual, apesar de as pesquisas apontarem crescimento anual para o setor.

Não é o objetivo do presente trabalho trazer uma explicação detalhada acerca da franquia empresarial, especificando nuances da Circular de Oferta de Franquia, mas sim estudar a fundo o contrato de franquia, que muitas vezes é abandonado pela doutrina.

2 A importância mundial e a evolução histórica do *franchising* no Brasil

Antes que se esboce de maneira pormenorizada a definição da expressão *franchising*, é importante compreender o panorama e o momento social que culminaram no surgimento desse sistema. Para tanto, a fim de evitar repetitivo uso da expressão inglesa, o contrato será chamado simplesmente de *franquia*, em que pese se saiba que tal expressão não abarca o complexo sistema que rege tal instrumento, conforme se explicará a seguir. A doutrina é unânime em remontar o início do contrato ao século XIX, porém, convém destacar que antes disso, no período das explorações europeias através de embarcações marítimas, tal contrato já era possível de ser observado, conforme explica Luiz Felizardo Barroso³:

Naquele tempo, os reis (franqueadores) “franquavam” navios (o estabelecimento) e os aprestavam (os aprestos, ou apetrechos eram as respectivas instalações) para que, em nome do reino, sob suas armas (suas marcas), os navegadores (comandantes – máster franqueados ou subfranqueadores) buscassem novas terras (hoje novas unidades franqueadas para a incorporação à rede – isto é, ao reino), novos produtos (especiarias) e, por fim, mais riquezas (a lucratividade sempre tão almejada por qualquer empreendimento).[...] Naqueles dias, para que agissem e seu nome, cobrando e coletando impostos devidos à Igreja Católica, concedia esta autorização aos senhores feudais, que ficavam com uma parte do valor coletado como forma de remuneração, enviando o restante à Igreja.

Esse primeiro modelo de contrato de franquia, se é que pode ser chamado assim, pois apresenta somente suas características mais elementares, permite que se visualize que o antigo e recorrente costume do negócio acabaria por elevar tal prática ao *status* de contrato, bem como exigir uma resposta da legislação para regulá-lo.

Voltando ao século XIX, foi nos Estados Unidos da América que as empresas começaram a ver vantagem de se utilizar de tal instituto, sendo a Singer pioneira. Seguindo o exemplo dela, Irineu Mariani⁴ expõe que a expansão do *franchising* teve três grandes impulsos:

O *franchising* surgiu em 1850, nos EUA, com a Singer. Após a Segunda Guerra da Secessão (década de 1860), recebeu o *primeiro grande*

3 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 13.

4 MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 361.

impulso: muitos industriais das regiões norte e oeste, objetivando a expansão, começaram a fazer acordos com os comerciantes para que vendessem produtos de suas marcas. Em 1889, recebeu o *segundo grande impulso*: setor automobilístico, com a GM, iniciando processo de expansão da rede de distribuição, mais do setor de bebidas, como a Coca-Cola, franqueando a produção e o engarrafamento e, já na década de 1930, do setor petrolífero. Após a Segunda Guerra Mundial, recebeu o *terceiro grande impulso*: milhares de ex-combatentes norte-americanos valeram-se do sistema, pois dispensa experiência prévia, bastando seguir a orientação do franqueador, além da facilidade de lidar com marcas e produtos consagrados, o que dispensa a luta pela conquista de mercado. [grifos do autor]

Esse terceiro grande impulso, proporcionado pelos militares ex-combatentes, foi o que permitiu que o instituto se difundisse e se estabilizasse como contrato propriamente dito, principalmente em razão de sua amplitude geográfica. Para Arnaldo Rizzardo⁵, nesse período:

[...] concediam-se a determinadas pessoas que se constituíam em empresas, marcas de produtos para a revenda, devidamente registradas, já do conhecimento do público e aceitas por sua qualidade, preços e outras propriedades. O concedente, além de oferecer a distribuição dos produtos, se comprometia em garantir assistência técnica e informações continuadas sobre a prática de comercialização.

Da América do Norte a franquia expandiu para a Europa. A partir de então, seguindo seu gradativo avanço mundial, no Brasil não poderia ser diferente, apesar de as primeiras práticas de *franchising* estarem datadas do início do século XX, sendo que os primeiros contratos foram observados em empresas nacionais, dado que, até então, não havia a massificação de marcas internacionais na sociedade brasileira que hoje é encontrada.

Por isso, foi somente em 1910 que Arthur de Almeida Sampaio, proprietário da empresa de calçados Stella, muito conhecida na época, deu início à seleção de profissionais para a comercialização dos seus produtos. Assim selecionava os representantes, que, por sua vez, investiam na montagem da loja, enquanto que a empresa fornecia a placa padronizada com a inscrição “Calçados Stella”⁶.

5 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.388.

6 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

Na época não eram confeccionados contratos escritos trazendo a responsabilidade de cada um, e a contratação era realizada verbalmente, diferentemente do que ocorre atualmente, sendo o contrato escrito um requisito legal.

Apesar dessa oralidade presente nos contratos, nos anos de 1975/76 a franquia de Lojas Ducal foi precursora do modelo de franquia que hoje temos, pois criou todo um aparato escrito para selecionar as empresas franqueadas: “assim é que os Manuais da Franquia das Lojas Ducal foram uns primores: eles abrangiam tanto a parte operacional como a administrativa das lojas, que se dedicavam ao comércio de roupas masculinas”.⁷

Nesse mesmo período outras franquias começam a ser abertas no Brasil, as quais, ao longo dos anos, demonstraram a praticidade e a pertinência que tal forma de contrato teve para a inserção das empresas brasileiras no mercado interno. E não só as empresas, mas também escolas ampliaram sua rede através de franquias.

O termo *franchising* deriva da língua inglesa, da expressão *franch*, mas a tradução para o português “franquia” não é aceita por boa parte da doutrina. Por sua vez, a expressão inglesa tem origem na palavra francesa *franchisage*:

no francês antigo, *franc* significava a outorga de um privilégio ou de uma autorização. As cidades franqueadas eram aquelas que podiam usar, em seu benefício, uma vantagem ou um privilégio até então reservado aos senhores feudais. Assim é que, na Idade Média, cidade *franche* ou *franchisée* (franqueada) era a que oferecia a livre circulação de pessoas e de bens, que por ela transitassem.

O verbo francês *franchiser*, franquear, significava mesmo dar um privilégio ou conceder uma autorização de abandono de uma servidão. Neste sentido, os senhores feudais concediam *lettres de franchise* a algumas pessoas (principalmente ligadas à área financeira), outorgando-lhes certa liberdade, em detrimento de sua própria autoridade.⁸

No caso, o termo *franchisage* é utilizado para referir-se puramente à franquia, *franchisor* (franqueador) designa a empresa que cede o direito de uso de seus produtos ou serviços a outrem, e *franchisée* (franqueado) refere-se àquele que recebe a marca e se dispõe a vender ou mesmo prestar serviços⁹.

Como o termo *franchising*, de origem inglesa, possui uma definição mais abrangente que *franquia*, na língua brasileira, pois o primeiro se refere a todo um negócio formatado, enquanto que o segundo tem o simples significado de prestar, oferecer, expandir, logo, a doutrina e, inclusive, a lei optam pela adoção

7 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 21.

8 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. Op. cit., p. 14-15.

9 MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 362.

da expressão estrangeira. E, mesmo quando é utilizada a expressão brasileira, é conveniente que seja chamada de franquia *empresarial*.

Esse panorama histórico demonstra que devido às vantagens que o *franchising* proporciona para ambas as partes, sua ampliação foi tamanha, justificando a necessidade de regulamentação trazida pela legislação brasileira, embora ainda incompleta.

3 Aspectos jurídicos e legislação pertinente ao *franchising*

A inserção do contrato de franquia como instrumento presente nas relações comerciais ocorreu aos poucos no mercado brasileiro. Da mesma forma, a regulamentação no mundo jurídico deu-se a passos lentos e ainda não contempla o complexo sistema que tal contratação exige, deixando margens a diversas questões que a doutrina tenta solucionar.

É apontado como um dos pioneiros para a regulamentação do *franchising* o então Secretário-Geral do Conselho de Desenvolvimento Comercial do Ministério da Indústria e do Comércio, Sr. Paulo Manoel Lenz Cesar Protásio, que, na sua gestão, editou dois Cadernos Técnicos para explicar e auxiliar na inserção da franquia no Brasil¹⁰, além de ter realizado inúmeros trabalhos de consultoria, trazendo à baila a inserção da franquia no mercado.

Inclusive, o seu trabalho junto ao 1º Congresso Brasileiro de Marketing e Comercialização, realizado em 1977, intitulado “Os novos sistemas de comercialização” foi ímpar para o aumento de tal método contratual, pois assim referiu no seu estudo:

No Brasil, o sistema ainda é tímido, embora o ritmo nacional de desenvolvimento esteja a exigir a ampliação de sua prática, o que é, sem dúvida, providência inadiável. Daí, a iniciativa da Comissão Diretora do COMARK de incluir a franquia no tópico “Novos Sistemas de Comercialização” com o objetivo de promover sua compreensão e a análise de sua aplicabilidade, para que o sistema se incorpore definitivamente à rotina da vida empresarial brasileira.¹¹

Seja como Secretário-Geral, ou como Consultor seu trabalho sempre foi ávido para destacar a importância do contrato de franquia. Além dele, na década de 1970, outras figuras também se destacaram no âmbito nacional, dentre elas Mozart Amaral, Presidente da Federação do Comércio Varejista do Estado da

10 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 23.

11 PROTÁSIO, Manoel Lenz Cesar *apud* BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 24.

Guanabara. Durante a III Conferência Nacional das Classes Produtoras deixou clara a sua posição de que a franquia é fundamental para o desenvolvimento das pequenas e médias empresas:

Deve ser feita ampla promoção das vantagens do interrelacionamento das pequenas e médias empresas, com vistas a seu aperfeiçoamento estrutural como a seu progresso econômico. Um dos instrumentos capazes de tornar eficiente esse relacionamento pode ser a franquia; outro, pode ser a vinculação cooperativa. Todavia, um não deve prescindir do outro, pois ao contrário, ambos de complementam.¹²

Atualmente existe a Associação Brasileira de *Franchising*, criada em 1987, que atua diretamente nos contratos de franquia, esclarecendo dúvidas dos contratantes e procurando inovar para auxiliar os seus associados. Além da sede, no Rio de Janeiro, a associação possui apoio de regionais no Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais.

Outra iniciativa importante foi o Acordo de Cooperação assinado entre a referida Associação e o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, o qual colocou o *franchising* na pauta de exportações. Todo esse trabalho de apoio e incentivo à franquia ocorre em razão da importância que ela conquistou ao longo dos anos no cenário econômico mundial.

No âmbito do legislativo, antes que fosse promulgada a Lei do *Franchising*, dois projetos de Lei foram propostos e rejeitados pelas suas respectivas Casas Legislativas, o de número 1.526/1989, proposto pelo deputado Ziza Valadares, e o de número 167/1990, pelo Senador Francisco Rolemberg, sendo:

o primeiro arquivamento provocado pelo parecer da Comissão de Economia, Indústria e Comércio, prolatado em 14/11/1990 – que, aprovou, unanimemente, o parecer do relator deputado Luis Roberto Ponte pela rejeição do Projeto nº 1.526/89 e o segundo, pelo desinteresse de seu autor, que não cuidou do andamento de sua tramitação.¹³

Como se observa ambos os projetos remontam do final da década de 1980 e início dos anos 1990, demonstrando a tardia preocupação brasileira na regulamentação do contrato. Assim, o Projeto de Lei nº. 318/1991, após receber diversas emendas legislativas, deu origem a Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1994. A lei possui somente onze artigos, dos quais um foi vetado pelo Presidente

12 AMARAL, Mozart *apud* BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 26.

13 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 35.

da República, e regula basicamente a franquia empresarial, definindo-a no seu artigo 2º como:

[um] sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.¹⁴

Essa definição trazida pela lei deixa claro que não cabe vínculo de emprego entre as partes, tendo em vista que o contrato não tem características empregatícias, mas sim empresariais, inclusive, o artigo 1º da referida lei¹⁵ tipifica-o como empresarial, de modo que, por conceituação legal, é parte do direito empresarial, corroborando a afirmação de que há uma parceria entre as partes, e não há o que se falar em parte fraca de um lado e mais favorecida de outro.

Parte da doutrina¹⁶ defende a proteção do franqueado através da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, aplicando a tese da vulnerabilidade contratual deste; porém, tal visão desvirtua aquilo para o qual o instituto foi criado, ou seja, o auxílio e crescimento de ambas as partes, visto que os franqueados também se sujeitam aos riscos do negócio.

Ou seja, os franqueados são empresários autônomos, que garantem, com os seus recursos e investimentos junto ao objeto da franquia, o sucesso da marca no local da prestação de serviços, assumindo, por decorrência disto, os ônus e os bônus de sua administração. Inclusive decisões¹⁷ do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado

14 Lei nº 8.955, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em: 05 fev. 2012

15 Prescreve o artigo 1º, da Lei n. 8.955, de 15 de dezembro de 1991: Os contratos de franquia empresarial são disciplinados por esta lei. (Lei nº 8.955,) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em: 5 fev. 2012.

16 Cita-se a título de exemplificação o doutrinador Thomaz Saavedra que expõe tal posição no livro Vulnerabilidade do Franqueado no *Franchising*.

17 Atente-se para a referida decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70020761300, rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, onde refere que o contrato de franquia é empresarial e não de consumo: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECONVENÇÃO. AÇÃO CAUTELAR PARA SUSTAÇÃO DE PROTESTO. CONTRATO DE FRANQUIA. 1. Art. 2º da Lei nº 8.955/94. É a franquia um pacto eminentemente empresarial, negócio de risco, cujo objeto é a cessão, pela franqueadora, do uso de marca ou patente associado ao direito de distribuição de produtos e serviços, que pode ser, ou não, exclusivo, e pode envolver, ou não, cessão de tecnologia. A contraprestação devida pela franqueada à franqueadora se dá por meio de remuneração direta ou indireta. [...] 5. Observe-se que cabe à franqueadora o cumprimento das exigências legais da Lei nº 8.955/94 -, não lhe sendo imputável, todavia, qualquer responsabilidade pelo sucesso do negócio da franqueada. A franqueada, por sua vez, recebe, mediante a contraprestação que alcança à franqueadora, o direito de usar a marca e de transacionar as mercadorias e serviços e, em casos

do Rio Grande do Sul declararam que não é imputada ao franqueador qualquer responsabilidade pelo sucesso do negócio a ser desenvolvido pela franqueada, bem como que o contrato de franquia é empresarial e não consumerista.

Assim, não há uma desproporcionalidade entre os contratantes; ao contrário, há um auxílio mútuo pela conquista de mercado. Para Luiz Felizardo Barroso¹⁸, a parceria é fundamental:

A função e as ações do franqueador, são decisivas para o sucesso de sua própria cadeia, são bem diferentes. São as que caracterizam os processos de liderança na condução dos franqueados a seu sucesso empresarial, fruto de uma assistência contínua por parte do franqueador e uma observância estrita, por parte dos franqueados, aos ditames que caracterizam o conceito do negócio, que está sendo franqueado. A franquia somente subsistirá enquanto houver parceria entre as partes, que é a essência do próprio sistema. Logo não existe aquela concepção de se proteger o lado fraco (do franqueado) contra o lado forte (do franqueador), mediante a presença obrigatória de cláusulas de bojo do contrato respectivo, como por exemplo, fixando prazo de duração dos contratos e critérios de remuneração do franqueado, o que, por si só, já constituía excesso de intervencionismo nas relações franqueador/franquado.

Além disso, a partir do conceito legal de *franchising*, o doutrinador Irineu Mariani¹⁹ pontua um conceito bem interessante para o contrato de franquia, além de bem didático e completo:

O *franchising* é um contrato empresarial que traduz um sistema de produção e/ou distribuição de bens e de prestação de serviços, pelo

como o dos autos, de receber também instrução tecnológica *know how* -, correndo por sua conta e risco o sucesso do empreendimento. E isso não significa irresponsabilidade de uma parte perante a outra. Trata-se simplesmente do risco do negócio. 6. Inexistem provas da bancarrota da autora, ou de que eventual quebra tenha decorrido de conduta praticada pela ré, em concorrência desleal. [...] 8. Inocorrentes abusividades no contrato firmado entre as partes, nem na conduta da ré durante a sua execução. O fato de tratar-se de pacto de adesão, por si só, não significa que uma das partes esteja de má-fé, de modo predeterminado, ou que haja vantagem excessiva de um contratante sobre o outro. E, não é demais destacar, o contrato de franquia é pacto empresarial e não de consumo. Descabido, pois, afirmar-se que a requerida descumpriu o contrato, ou que este seja, de algum modo, em razão de suas estipulações, nulo. [...] 10. Improcedente a ação cautelar de sustação de protesto, uma vez que não há como determinar-se a sustação definitiva do protesto de título válido e impago. 11. Sentença mantida, na íntegra. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70020761300, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 03/10/2007)".

18 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 132-133.

19 MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 366.

qual o franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, mediante uma entrada e participação no volume dos negócios, formatando-lhe tanto o visual do estabelecimento, quanto o modo de administrá-lo, bem assim de produzir e/ou comerciar bens e de prestar os serviços.

A partir desse conceito, seria possível esmiuçar cada um dos elementos que formam a franquia, pois o franqueado não assina somente um contrato, mas sim ingressa em um sistema legalmente regulamentado. Entretanto, não é o estudo do sistema o objetivo deste trabalho, mas sim do contrato de franquia; portanto, se espera que, com essa breve noção sobre franquia e com a breve explicação da Circular de Oferta de Franquia, se possa focar no estudo do contrato.

A regulamentação do *franchising* oportunizou que pequenas empresas pudessem adotar o instituto sem receio de que a informalidade causasse prejuízos. Com efeito, os ramos do comércio, ou mesmo da distribuição, utilizam muito a contratação informal, verbal, o que é válido, pois permitido pelo direito, quando não infringe a legislação e as demais fontes do direito. É evidente, porém, que um contrato escrito gera maior segurança e equilíbrio entre as partes.

Outrossim, a lei solucionou questões pertinentes e deu uma maior transparência ao negócio, através da adoção do “princípio do *full na fair disclosure* (revelação total e sincera dos dados empresariais), já existente, aliás, em nosso direito, quer na Lei de Sociedades Anônimas, quer na que instituiu a Comissão de Valores Mobiliários”.²⁰

De qualquer modo, a maior parte da doutrina reconhece que a lei aborda o instituto da franquia (o sistema) em si, não regulamentando o contrato de franquia. Logo, seu maior acerto foi ter explicado, de maneira bem densa, a Circular de Oferta de Franquia, esmiuçando cada um de seus requisitos, sendo que esta deverá ser entregue ao franqueado no mínimo 10 (dez) dias antes da assinatura do contrato ou pré-contrato de franquia ou, ainda, do pagamento de qualquer tipo de taxa pelo franqueado ao franqueador ou a empresa ou pessoa ligada a este, conforme dispõem os artigos 3º e 4º da referida lei.

Essa Circular demonstra, de sobremaneira, o princípio do *full na fair disclosure*, pois o investidor, futuro franqueado, tem acesso a uma série de informações do franqueador, o que lhe dá segurança no momento de fechar negócio. Ressalta-se que a Circular não é uma proposta, mas sim “meio de divulgação para que não haja disparidade entre o negócio adquirido pelo investidor e o que vai ser efetivamente operado por ele, como franqueado”²¹.

20 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. Op. cit., p. 101.

21 SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10.

Ainda, esclarece Thomaz Saavedra²² que a Circular não é forma do vínculo contratual de proposta e aceitação: “a Circular de Oferta de Franquia não é uma declaração de vontade do franqueador visando suscitar um contrato, nem se espera que o franqueado dê sua aceitação no instrumento de divulgação”.

Outra lei que muito se aplica à franquia empresarial é a Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970, que criou e regulamenta o Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Durante muitos anos, ela foi responsável pela dor de cabeça das empresas estrangeiras que queriam inaugurar franquias no Brasil.

Isso porque não reconhecia e nem registrava as franquias, logo, “não era permitido o envio de *royalties* para franqueadores estrangeiros, uma vez que o Banco Central do Brasil, para autorizar aquela remessa, exige o registro do contrato do INPI²³. Somente em 1992, o Ministério da Justiça, através do Instituto Nacional da Propriedade Industrial editou a Resolução nº. 35, que veio a suprimir essa lacuna e permitir o registro dos Contratos de Franquia junto ao referido instituto. A Resolução foi bem específica e protecionista, pois, no seu artigo 5º, exigiu que os franqueados comprovassem o exercício das atividades semelhantes à execução de franquias em seu país de origem.

Com essa permissão legal, aos poucos, empresas estrangeiras foram inserindo franquias em território nacional brasileiro, tendo em vista que, a partir de então, o pagamento pelos *royalties* pelo uso de patentes de invenção e de marcas de indústria ou de comércio, através do Banco Central do Brasil, poderia ser enviado à matriz. Da alteração trazida pela Resolução seguiu-se a Lei nº. 8.383, de 30 de dezembro de 1991, cujo artigo 50, parágrafo único²⁴ dispôs expressamente a não aplicação do artigo 14, da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962²⁵, para os contratos de franquia, corroborando a permissão do envio das *royalties*.

22 _____. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Op. cit., p. 11.

23 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 15.

24 Dispõe o artigo 50, parágrafo único, da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991: Art. 50. As despesas referidas na alínea b do parágrafo único do art. 52 e no item 2 da alínea e do parágrafo único do art. 71, da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, decorrentes de contratos que, posteriormente a 31 de dezembro de 1991, venham a ser assinados, averbados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e registrados no Banco Central do Brasil, passam a ser dedutíveis para fins de apuração do lucro real, observados os limites e condições estabelecidos pela legislação em vigor. Parágrafo único. A vedação contida no art. 14 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, não se aplica às despesas dedutíveis na forma deste artigo. (Lei nº 8.383) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8383.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

25 Nesse sentido dispõe o art. 14, da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962: Não serão permitidas remessas para pagamentos de “royalties”, pelo uso de patentes de invenção e de marcas de indústria ou de comércio, entre filial ou subsidiária de empresa estabelecida no Brasil e sua matriz com sede no exterior ou quando a maioria do capital da empresa no Brasil, pertença ao aos titulares do recebimento dos “royalties” no estrangeiro. Parágrafo único. Nos casos de que trata este artigo não é permitida a dedução prevista no art. 12 (doze). (Lei nº 4.131) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

Apesar de a Resolução ter caracterizado uma alteração no modo de o Instituto Nacional da Propriedade Industrial tratar o contrato de franquia, além de ter impulsionado uma formalização das franquias, para Luiz Felizardo Barroso²⁶ apresenta certos inconvenientes, o qual os cita em tópicos:

- Extrapolou, porém, seu poder meramente regulamentador, ao enveredar pelo Poder Regulamentar Autônomo, quando definiu a remuneração estabelecida entre o franqueador x franqueado, padecendo, portanto, de ilegalidade.
- Apresentou, também, um grande defeito, qual seja, o excesso de subjetividade no exame dos contratos, pois uma cláusula admitida em um contrato poderia ser negada em outro.
- Ademais, os contratos de franquia empresarial eram analisados sem visão sistêmica.

A partir desses impasses, foi editado o Ato Normativo 115, de 30 de setembro de 1993, que revogou a referida Resolução. Porém, a relevância da Resolução deve-se, além dos fatos acima apontados, a atender o anseio analítico, ainda que em norma meramente regulamentadora perante o Instituto.

O Ato Normativo aperfeiçoou o que a Resolução anteriormente havia previsto e sua edição sobreveio em razão de fortes críticas que a Resolução recebeu da Associação Brasileira de Franquia. Dentre as mudanças trazidas pela segunda norma pode-se citar que retificou alguns artigos que haviam sido mal elaborados e ampliou as possibilidades de cancelamento automático do contrato de franquia já averbado.

Novamente, o Ato Normativo foi alvo de críticas pela Associação, principalmente o artigo 9º que determinava que os contratos poderiam ser averbados desde que o pedido de patente ou registro da marca estivesse depositado, de modo que:

[...] contra este dispositivo insurgiu-se a Comissão de Franquia da ABPI, por entender que el e não se coadunava com os pressupostos elencados nos considerandos do Ato, já que, de um lado, tratava da generalidade dos contratos sob âmbito do INPI e, de outro, voltava a introduzir dificuldades na área de franquia, uma vez que era mencionado que os efeitos da averbação retrocederiam até a data da concessão do registro. [...]De nada adiantaram, porém, os argumentos apostos pela ABPI, pois o dispositivo atacado permaneceu inalterado, até a sua revogação recente.²⁷

26 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. Op. cit., p. 111.

27 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. Op. cit., p. 122.

Dessa forma, o Ato Normativo do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, já revogado, e posterior aprovação da Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, vieram para regular esse segmento e suprir a ausência legislativa há muito apontada pela doutrina.

4 Contrato de franquia: características e problemáticas

O surgimento dos contratos vem da necessidade que a sociedade tem de que as obrigações sejam cumpridas; o contrato, dessa forma, é uma fonte de obrigação, na qual as partes assumem o compromisso de honrar o que ali está escrito, sendo que a legislação apresenta formas de coibir o seu cumprimento. Conforme referido no capítulo anterior, a Lei nº. 8.955, de 15 de dezembro de 1994, posto que regulasse a franquia empresarial, permaneceu omissa no que concerne a uma regulamentação do contrato de franquia, prevendo somente poucas questões meramente administrativas ou formais. O próprio Código Civil de 2002 não o previu no título IV – dos contratos.

Por essa razão, a doutrina classifica-o como contrato atípico e, em razão dessa atipicidade, “em princípio as partes estão livres para estabelecer suas cláusulas e condições”²⁸. Igualmente, por ser atípico, pode constar em suas cláusulas aquilo de que as partes necessitam.

Logo, em decorrência dessa atipicidade, consolidou-se o entendimento entre os juristas de que o parâmetro para a interpretação do contrato deve observar os princípios gerais do direito civil, os quais acabam por fixar algumas regras a serem seguidas na elaboração dos contratos.

Outrossim, além dos princípios expostos, alguns doutrinadores defendem uma interpretação conforme os direitos do consumidor, em favor do franqueado. Ocorre que, segundo o anteriormente exposto, entende-se que tal legislação não se aplica ao contrato de franquia, ao menos não sob esse aspecto da hipossuficiência, pois franqueado não se emoldura no conceito legal de consumidor, bem como não é possível observar vulnerabilidade em face da existência de uma lei que define os compromissos do franqueador para conceder uma franquia e as do franqueado.

Portanto, em razão da atipicidade, o que é pactuado no contrato possui elevada força vinculante e, até em razão do princípio do *pacta sunt servanda*, impõe como se dará a relação empresarial havida entre franqueador e franqueado, observando-se os limites legais e os princípios acima referidos.

A classificação doutrinária dos contratos, proposta pela doutrina analisa-os sob essa forma para melhor entender em quais contratos há mais liberdade para as partes, como se dá sua exteriorização, dentre outras características. Maria Helena

28 SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Op. cit., p. 19.

Diniz classifica o contrato de *franchising* como “bilateral, consensual, oneroso, de execução continuada e atípico”.²⁹

Para explicar a bilateralidade, é necessário primeiramente analisar os contratos unilaterais. O contrato é unilateral, em linhas gerais, quando somente uma das partes possui obrigações para com a outra, quanto aos efeitos do contrato, ou seja, uma parte é somente devedora da obrigação, enquanto a outra somente credora. De outro modo, no contrato bilateral há mais de uma declaração de vontade, seja ou não de natureza contratual, ambas as partes são reciprocamente credoras e devedoras.³⁰

No caso do contrato de franquia, a bilateralidade traz consigo a comutatividade³¹, que exige que as obrigações entre as partes sejam equivalentes e não onerem por demasiado uma parte em relação a outra, o que não deixa de ser, a curto modo, uma visão de função social sobre o contrato.

É importante referir, ainda, que, em razão da parceria que envolve as partes, o contrato é personalíssimo, pois realizado em função da pessoa. Essa é a visão de ambas as partes. Nesse sentido, descreve Irineu Mariani³²:

O contrato não é realizado *intuitu pecuniae*, mas *intuitu personae*, isto é, em razão da pessoa (requisitos, modalidades etc.); logo, a transferência depende da autorização. Porém, no mundo dos negócios, mais importa o cumprimento, e não quem cumpre, motivo por que, há de se reconhecer, trata-se de característica mitigada.

Como o contrato é bilateral, ele exige que ambas as partes tenham responsabilidade perante a outra; portanto, a onerosidade está presente nessa classificação. No caso do contrato de franquia, bem esclarece Maria Helena Diniz³³:

O franqueado deverá pagar não só a taxa de filiação pela concessão da franquia, mas também importâncias suplementares, consistentes em porcentagens sobre produtos vendidos, o que diminuirá os lucros do franqueado, e representará a remuneração do franqueador pela concessão de suas marcas na comercialização dos produtos.

29 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 46.

30 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 68.

31 MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 381.

32 Idem, p. 381.

33 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. Op. cit., p. 47.

Além disso, é consensual porque depende tão somente do ajuste entre as partes, dispensando qualquer ato solene ou formal para que surta efeito e possa ser considerado válido.³⁴

O contrato de franquia é classificado como de execução continuada, pois não termina com uma única prestação e, como o próprio nome já diz, se prorroga no tempo em conformidade com a vontade das partes, ou seja, possui execuções sucessivas, de ambas as partes. Blaro que o prazo do contrato pode ser por tempo determinado, porém isso não altera a natureza continuada da prestação.

Para melhor entender a classificação do contrato de franquia, Waldirio Bulgarelli³⁵ sucinta a ideia de diversos autores em quatro tópicos. Como ficou interessante a sua explicação, cabível que seja analisada:

As notas conceituais que se recolhem das definições são, basicamente:

1. contrato bilateral, consensual, comutativo, oneroso, de duração;
2. entre empresas (dado o caráter de autonomia das partes, uma em relação à outra);
3. tendo como objeto a cessão do uso da marca (conjuntamente ou não com produto, podendo ente ser fabricado pelo franqueador) ou o título de estabelecimento ou nome comercial, com assistência técnica, mediante o pagamento de um preço (geralmente, uma porcentagem sobre volume dos negócios, preço que se pode designar pelo termo *royalty*);
4. com exclusividade ou delimitação territorial.

O autor, no mesmo passo de outros já citados, também foca na questão de que a relação existente é empresarial e de parceria entre franqueador e franqueado. Outrossim, é interessante que ele referiu a exclusividade e delimitação territorial, pois justamente este é um dos requisitos da franquia, em prol do próprio franqueado, mas claro que dependerá do que foi pactuado entre as partes. Por exemplo, Arnaldo Rizzardo³⁶ conceitua três modalidades de territorialidade: simples é aquela em que o franqueador se reserva o direito de vender diretamente a determinado segmento pré-estabelecido, cabendo ao franqueado coletar novos pedidos; reforçada, nessa modalidade o franqueado possui uma região, bairro, Rua, ou cidade, em que exerce monopólio sobre a realização do negócio; absoluta, é aquela voltada para comerciantes estrangeiros, em que os franqueados devem limitar a sua comercialização a clientes dentro do seu setor, e estes não podem negociar a mercadoria fora setor no qual esteja sendo comercializada.

Independentemente do tipo de franquia e da espécie de exclusividade adotada pelas partes, é certo que deverão ser seguidas as regras contidas na Lei

34 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Op. cit., p. 79.

35 BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 523.

36 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Op. cit., p. 1.389.

do *Franchising*, visto que a relação contratual a ser pactuada está presente desde a apresentação da Circular de Oferta de Franquia que, no inciso XV, do artigo 3º, exige-se que contenha modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive, dos respectivos anexos e prazo de validade.

No mais, trouxe a Lei a obrigação de que os contratos fossem escritos, pois até então a maioria dos contratos era verbal, inclusive os das franquias estrangeiras, é o que comenta Luiz Felizardo Barroso³⁷:

Outra grande inovação do citado projeto foi a obrigatoriedade do contrato escrito para prevenir improvisações e mal-entendidos, a que estão sujeitas as práticas comerciais, sempre que se dinamizam ou crescem em progressão geométrica, nunca dantes imaginada, desafiando até crises econômicas, como tem acontecido com a franquia empresarial no Brasil.

Além da obrigatoriedade de o contrato ser escrito, este deverá ser registrado junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial para que produza efeitos contra terceiros, conforme redação da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.³⁸

Da mesma forma que as demais espécies de contrato, o de franquia pode ser analisado sob o contexto da sua estruturação, que possui certas características que lhe são próprias e devem ser analisadas, pois são fundamentais para que se entenda a complexidade da contratação. Veja-se que com relação às partes do contrato, ou seja, franqueador e franqueado, pode o mesmo ser formado tanto por sociedades empresariais, quanto não empresariais, pois em que pese a franquia ser denominada na lei como empresarial, as partes que o compõem necessitam somente manter uma parceria para o negócio. Por isso, pouco importa se as partes são uma sociedade empresária, ou empresário individual, pois no fim irão realizar a atividade empresarial em si.

Logo, o artigo 2º da Lei do *Franchising*, ao prever que a franquia dar-se-á sobre produtos ou serviços, faz referência às atividades empresariais que serão desenvolvidas pelo franqueado, enquanto que o artigo 3º, inciso I, da mesma lei, abrange toda a espécie de atividade empresarial. Ainda, não se pode olvidar que o artigo 4º, inciso XIII, do referido diploma, determina que seja comprovada a situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) das marcas

37 BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 101.

38 Nesse sentido prevê o artigo 211, da Lei nº 9.279, de 1996: O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros. Parágrafo único. A decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro. (Lei nº 9.279), Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador, de modo que este deverá ter um negócio regular e devidamente registrado.

Antes se falou da importância do princípio do *pacta sunt servanda* para o contrato de franquia em razão de sua atipicidade. Contudo, tal princípio não é absoluto, pois o contrato, como formalizador de vontades, possui funções que ultrapassam o individualismo das partes. São elas, a função social, ética e econômica.

A aplicação da função social no contrato, o que ocorre conforme previsto no artigo 421³⁹ do Código Civil, possibilita que tal função seja analisada em detrimento da econômica, pois conforme previsão legal, está relacionada com a liberdade de contratar. Ou seja, a função social do contrato diminui a força do *pacta sunt servanda*, tendo em vista que o acordo de vontades, no qual se assume responsabilidades em função de um objeto pactuado, deve observar os limites da função social.

Além disso, a previsão da função social no novo Código Civil demonstra que a legislação civilista deixou para trás a ideia do individualismo contratual, presente tanto no Código Civil de 1916, quanto no Código Comercial de 1850.⁴⁰

Busca-se, então, uma justiça que proporcione a distribuição da renda ao invés daquela que simplesmente queira recompensar aquele que contratou. O que se observa é que, inobstante o liberalismo econômico, o Estado passou a gerir os contratos, no que até então prevalecia o princípio da autonomia das vontades. Para Arnaldo Rizzardo⁴¹:

Rompe-se, ainda, o individualismo que estava muito em voga nos Séculos XIX e até metade do Século XX, enfatizado por Anatole France, cuja síntese do pensamento definia o justo: “O dever do justo é garantir a cada um o que lhe cabe, ao rico a sua riqueza e ao pobre a sua pobreza”. A função social do contrato decorre da doutrina que se opôs ao liberalismo decorrente da Revolução Industrial e que veio a ser adotada pela Constituição Federal do Brasil de 1988, a partir do direito de propriedade (art. 170, inc. III), passando a se impor como diretriz das relações jurídicas.

De qualquer sorte, a função social do contrato busca manter um equilíbrio entre as partes e não favorecer o mais fraco, até porque isso é pressuposto da legislação consumerista. Portanto destina-se a manter a equivalência nas obrigações

39 Dispõe o artigo 421, do Código Civil: Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (Código Civil), disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 mar. 2012.

40 MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores. Op. cit., p. 21.

41 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Op. cit., p. 21.

assumidas. Dessa forma, a função social, ao garantir o equilíbrio contratual, não permite que uma parte enriqueça às custas de outra, ocasionando o exaustão de uma em favor da outra. Ora, o contrato não foi criado para isso, e se alguma cláusula é desleal, observando-se a função social, deverá ser anulada.

No caso do contrato de *franchising*, a função social não se presta para proteger o franqueado em relação ao franqueador, visto que, conforme referido anteriormente, há uma visão de parceria/igualdade entre eles. Portanto:

[...] há uma função social verdadeiramente nobre, à medida que dispensa prévia experiência, bastando ao franqueado seguir a orientação do franqueador, além da facilidade de lidar com marcas e produtos consagrados, o que dispensa luta pela conquista do mercado. O contrato funciona como escola profissionalizante, haja vista o fenômeno ocorrido após a 2ª Guerra Mundial, quando milhares de ex-combatentes norte-americanos valeram-se do sistema.⁴²

Realmente, conforme se observa o contrato de franquia é tão ímpar que é possível analisar pelo menos dois modos de função social, pois, além daquela que se aplica aos negócios jurídicos sob o prisma de reguladora do equilíbrio e equidade entre as partes, há a função social decorrente do próprio motivo formador do contrato, ou seja, o negócio a ser realizado apresenta diversas conotações sociais, buscando a distribuição da renda.

Além da função social, as partes devem observar a função ética do contrato, que diz respeito ao comportamento das partes, o qual deve pautar-se pelo respeito, lealdade e probidade perante a outra. Inclusive, tal princípio encontra-se implicitamente previsto no artigo 113, do Código Civil, que determina que os negócios jurídicos devam ser interpretados de acordo com a boa-fé e os usos do lugar em que foram celebrados. Os usos do lugar, ou seja, os costumes devem ser observados porque certamente são influenciadores da forma e objeto da contratação.

O Título V do Código Civil, que trata dos contratos em geral, obriga, em seu artigo 422, que os contratantes, tanto na conclusão do contrato, quanto na execução, sigam os princípios da boa-fé e da probidade. Desse modo, a ética deve acompanhar o contrato desde o seu âmago, e se, posteriormente, se chegar à conclusão que desde o início possuía condições que não pautavam pela ética cabe inclusive ser resolvido ou rescindido.

42 MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 375-376.

Para Irineu Mariani⁴³, a boa-fé pode ser objetiva ou subjetiva. No primeiro caso trata-se da conduta nos negócios jurídicos, ou seja da conclusão e execução do contrato. De outro modo a subjetiva, como o próprio nome já diz, refere-se ao pensar do contratante, a ideia de que está agindo de conformidade com a lei e corretamente.

E por fim, a doutrina traz a função econômica do contrato, pois este é um instrumento de movimentação de bens e riquezas⁴⁴ e, como se sabe, o contrato de franquia é interessante para o franqueador, pois permite que divulgue a sua marca, sem a imposição de gastos para isso, pois os investimentos na franquia caberão ao franqueado.

Além disso, economicamente é vantajoso ao franqueado, tendo em vista que abrirá um negócio que possui uma marca já conhecida e muitas vezes consagrada, o que, aliado ao seu esforço pessoal, faz com que a franquia seja um sucesso, já que em parte garantida está a conquista do cliente.

De qualquer forma, o contrato de franquia pode ter seu término previamente pactuado, ou seja, prazo determinado, ou as partes podem optar por um período indeterminado. Maria Helena Diniz⁴⁵ expõe de maneira didática e sucinta as causas extintivas:

1º) pela expiração do prazo convencionado pelas partes; 2º) pelo distrato; 3º) pela rescisão unilateral, em razão de inadimplemento de obrigação contratual por qualquer dos contratantes. A extinção será requerida pelo prejudicado, provando-se a infração do contrato. Poderá, ainda, resilir-se o contrato por ato que prejudique indiretamente o prestígio do produto: logo, o franqueador poderá pôr fim ao contrato se o franqueado é ébrio contumaz ou pratica atos escandalosos etc.; 4º) pela existência de cláusulas que deem lugar à sua extinção por ato unilateral, mesmo sem justa causa. Assim, se por qualquer motivo o franqueado não mais tiver interesse em continuar o *franchising*, comunicará ao franqueador sua intenção de desfazer o negócio, sem ter necessidade de justificar por que assim o faz. 5º) pela anulabilidade.

É importante observar que, havendo o falecimento de qualquer uma das partes, o contrato não se encerra, pois, embora ele seja personalíssimo, tal característica não prevalece, tendo em vista que os sucessores poderão dar continuidade ao negócio.

43 MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25.

44 Idem., p. 25.

45 DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 54.

Como se observa, apesar de o contrato de franquia não vir plenamente regulado na legislação específica, o que deixa algumas lacunas, a doutrina e os Tribunais tentam regulá-lo da melhor forma, através de uma interpretação voltada especialmente aos princípios gerais do direito.

Outro aspecto que merece destaque no presente estudo é a responsabilidade civil que tais contratos abarcam. A reciprocidade entre as partes não está presente somente no momento da contratação e nas relações desenvolvidas por ambas. O que também as vincula é a responsabilidade civil decorrente da franquia.

Sabe-se que o instituto da responsabilidade civil encontra-se assentado no direito brasileiro, tanto que o Código Civil estabelece, em seus artigos 927 e 931, que aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, sendo que as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Com aplicação da teoria do proveito econômico e de atividade de risco, a doutrina vem entendendo que a responsabilidade pelo dano que a franquia ocasiona também é do franqueador, em razão de que recebe os lucros pela atividade cedida em favor do franqueado⁴⁶. Claro, que essa responsabilidade fica adstrita aos casos em que o franqueado interfira, como no *layout* da loja, produtos fornecidos por ele, dentre outros.

Dessa forma, há uma corresponsabilidade do franqueador pelos danos causados pela franquia, inclusive é o que explica Irineu Mariani⁴⁷, auxiliado pelo professor Adalberto Simão Filho:

É o que sustenta inclusive o Prof. Adalberto Simão Filho, quando afirma que a responsabilidade dos franqueadores protege a sociedade porque força-os a selecionar melhor os franqueados, o que qualifica o próprio instituto do franchising, além do que nos EUA a jurisprudência de alguns Estados já tem condenado franqueadores por atos dos franqueados, colocando estes, no tópico, como meros agentes subordinados ou quase empregados daqueles.

Claro que essa visão norte-americana deve ser olhada com cautela, pois, apesar desses julgados, há que se tomar precauções para que não se destrua a essência do contrato de franquia, que é justamente a parceria entre franqueado e franqueador, negociando em caráter de igualdade, para que ambos cresçam economicamente.

46 MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 392.

47 Idem, p. 393.

5 Considerações finais

Com os impulsos que recebeu a partir do século XIX, o contrato de franquia espalhou-se pelos países, sendo observado no Brasil a partir do século XX. A preocupação do legislativo ocorreu tardiamente, uma vez que somente na década de 1990 foi editada lei regulando o sistema.

Percebeu-se que, embora a Lei do *Franchising* não aborde de modo satisfatório o contrato de franquia, visto que somente são citados alguns requisitos formais e de registro junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o que de melhor ela regulou está na Circular de Oferta de Franquia.

De fato, a Lei 8.955, de 1994, pormenoriza a Circular e estabelece todos os critérios para que o negócio ocorra de maneira transparente. Desse modo, quando o possível franqueado decide abrir a franquia, estará a par de todas as vantagens e ônus que o negócio oferece.

Além disso, terá ciência do suporte que a empresa eventualmente oferecerá, sem contar, evidentemente, que a padronização do local franqueado já é subentendida do contrato. Ou seja, cabe ao franqueador fornecer ao franqueado os meios necessários para que abra a franquia.

Por outro lado, tanto o investimento, quanto o risco da franquia são assumidos pelo franqueado, visto que ele é responsável pelo seu negócio, independentemente da responsabilidade civil do franqueador pelos danos que possam ocorrer em virtude dos produtos ou serviços que coloca em circulação.

Como foi proposto, o contrato de franquia é atípico, consensual, oneroso, comutativo, bilateral e de execução continuada. Ressaltou-se que a atipicidade, apesar de gerar força vinculante do que ali está pactuado, deve atender aos limites legais e aos princípios contratuais, além dos costumes e dos princípios gerais do direito.

No mais, o contrato sofre influência da função social, ética e econômica, pois há muito o direito abandonou a ideia de que o contrato é regido pela autonomia e liberdade de contratação. Essas funções do contrato são observadas pelo Estado como forma de garantir o domínio econômico, buscando evitar futuras catástrofes econômicas.

Dessa forma a função social, partindo-se do pressuposto de que no contrato de *franchising* há uma visão de parceria/igualdade entre franqueado e franqueador, tenta equilibrar a contratação, regulando as obrigações para que uma parte não se onere por demasiado em comparação à outra.

Isso tudo sem contar na boa-fé que deve se seguir à contratação, sob pena de que o Estado, e até mesmo o Poder Judiciário interfiram na contratação, pois, se uma das partes, busca prejudicar de sobremaneira a outra, o ideal é que o contrato seja rescindido.

As próprias decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul estão em consonância com o que determina a Lei do *Franchising*, e eventuais dúvidas relativas ao contrato de franquia empresarial são analisadas sob a ótica do direito empresarial e não do direito do consumidor, conforme defendido por parte da doutrina.

Portanto, os dados da Associação Brasileira de *Franchising*, referidos no início deste estudo, que apontam o crescimento, em 2011, do número de franquias no Brasil, não fazem mais do que corroborar a importância que tal contratação representa para o mercado brasileiro, bem como alertam acerca da necessidade de que se tenha uma legislação que faça jus a tal sistema.

Referências

BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e direito*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL. Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962. Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.

_____. Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970. Cria o Instituto Nacional da Propriedade Industrial e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 dez. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5648.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.

_____. Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8383.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.

_____. Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 dez. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm>. Acesso em: 20 mar. 2012.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 mai. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 23 mar. 2012.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 mar. 2012.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

GLOBO Comunicação e Participações S.A. Setor de franquias cresce 16,9% em 2011, diz ABF, São Paulo, 29 fev. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/pme/noticia/2012/02/setor-de-franquias-cresce-169-em-2011-diz-abf.html>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Resolução nº 35, de 29 de junho de 1992. INPI - Contratos de Franquia – Averbação pelo INPI. Disponível em: <http://sofranquias.com.br/n_index.php?pg=leis/n_resolucao035&secao=outros>. Acesso em: 23 mar. 2012.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Ato Normativo nº 135, de 15 de abril de 1997. Normaliza a averbação e o registro de contratos de transferência de tecnologia e franquia. Disponível em:

<http://pesquisa.inpi.gov.br/legislacao/atos_normativos/ato_135_97.htm?tr2>. Acesso em: 20 mar. 2012.

MARIANI, Irineu. *Contratos empresariais*: atualizados pelo Código Civil 2002 e leis posteriores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70038013421. Apelante: Vicente Angelo Stangerlin. Apelado: Sociedade Franchising e Consultoria Ltda. Relator: Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre, 28 de julho de 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70038013421&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70020761300. Apelante: Witz e Aquino Ltda. Apelado: Rimed Comércio e Representações Ltda. Relatora: Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 02 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?q=70020761300&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SAAVEDRA, Thomaz. *Vulnerabilidade do franqueado no franchising*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Recebido em 17/08/2012

Aceito para publicação em 11/11/2012

SEGURANÇA JURÍDICA: O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

LEGAL CERTAINTY: TAX ADMINISTRATIVE PROCEEDING AND TRUST PROTECTION

Lídia Maria L. R. Ribas¹
Maria De Fátima Ribeiro²

Sumário

1 Segurança Jurídica e o Estado Democrático de Direito. 2. As dimensões da segurança jurídica. 3. Processo administrativo tributário e a proteção da confiança. 4. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Legal certainty and the democratic rule of law. 2. The dimensions of legal certainty. 3. tax administrative proceeding and trust protection. 4. Final remarks. References.

Resumo

O Processo Administrativo Tributário - PAT, como mecanismo alternativo na solução de conflitos, atua de modo a atingir a justiça fiscal, garantindo outros valores como a ordem social e a segurança jurídica. Tais atributos se efetivam quando houver suficiência, celeridade, eficiência e estrutura garantidora dos direitos fundamentais. O texto expõe o ambiente em que os postulados da proteção da confiança e da segurança jurídica, sustentadas pelo menor tempo na solução de conflitos tributários, são exigíveis para atingir resultados de diminuição de litígios que se arrastam no Poder Judiciário, como resposta à efetividade da segurança jurídica esperada pelo cidadão contribuinte, com capacidade de prever suas definições e consequências no tempo. São discutidas correntes doutrinárias e identificadas as principais características da segurança jurídica e do Estado Democrático de Direito,

1 Mestre e doutora em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica PUC de São Paulo. Pós-doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Museo Social da Argentina. Pesquisadora e orientadora na graduação e pós-graduação da UFMS - Universidade Federal do Mato Grosso do Sul e da ANHANGUERA – UNIDERP – Campo Grande – Mato Grosso do Sul - Brasil. Coordenadora do projeto de pesquisa Mecanismos Alternativos na Solução de Conflitos - UFMS.

2 Mestre em Direito de Empresa pela PUC-RJ. Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP; Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR - Marília-São Paulo – Brasil. E-mail: mfat@sercomtel.com.br

objetivando-se o melhor entendimento da atual situação do PAT no Brasil, colaborando com as discussões das mudanças institucionais e medidas de superação das principais deficiências verificadas.

Palavras-chave: Processo. Tributário. Conflitos. Solução.

Abstract

The Administrative Tax Procedure – APT, as an alternative mechanism to solve conflicts, acts in order to achieve tax justice, ensuring other values such as social order and legal certainty. These attributes become effective when there is sufficiency, speed, efficiency and structure that guarantee fundamental rights. This text exposes the environment in which the postulates of protection of trust and legal certainty, supported by short time in tax conflict resolution, are required to achieve results of a decrease in disputes that drag in court, as a response to the effectiveness of legal certainty expected by taxpayers citizens with ability to predict their definitions and consequences in time. Doctrinal positions are discussed and the main characteristics of legal and democratic State governed by the rule of law are identified, aiming to better understand the current situation of ATP in Brazil, collaborating with discussions of institutional changes and measures to overcome the major verified deficiencies.

Key words: Process. Tax. Conflicts. Solution.

1 Segurança jurídica e o estado democrático de direito

O Direito é um mecanismo imprescindível à segurança. Como instrumento de organização social, por excelência, implementa condições objetivas para que a segurança nas relações intersubjetivas seja a maior possível. É ele que assegura aos governantes e governados seus respectivos direitos e deveres.

Foi a própria necessidade da segurança jurídica ordenada que justificou a criação do Estado em uma perspectiva positivista, segundo a qual Estado e Direito se identificam. O Direito, como instrumento de organização da vida em sociedade, surge para a afirmação da segurança. Tal segurança, por sua vez, constitui traço imanente ao Direito, tanto nas relações entre indivíduos como nas relações destes com o Estado³. O Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de mecanismos aptos a assegurar a cada cidadão a confiança nas relações jurídicas.

Todavia, tal visão formalista não alcança a dinâmica de um Estado de valores, uma vez que a segurança jurídica requer a existência de um Estado que seja eticamente aceitável. No dizer de Santi Romano⁴:

3 PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação*: a concretização da certeza quanto à instituição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 22.

4 ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 73.

[...] se, às vezes, se diz que o Direito é a alma e o princípio vital dos corpos sociais e, portanto, do Estado, isto não significa que Direito e corpo social sejam duas coisas diversas, porém unidas, e muito menos que o primeiro seja um produto ou uma função do segundo, porque aquela ideia pretende rebater o conceito segundo o qual um não pode separar-se do outro nem material, nem conceitualmente, como não se pode separar, a não ser por uma abstração falha, a vida do corpo vivente.

Na visão de Roque Carrazza⁵, o processo de formação do Estado Nacional refletiu a influência do movimento iluminista pela generalização dos direitos fundamentais, que deixaram de ser prerrogativas de algumas castas sociais para formar um acervo de direito subjetivo público indispensável à natureza humana e à vida em sociedade, em um movimento posteriormente denominado Constitucionalismo.

A evolução do Estado e das próprias instituições republicanas consolidou um sistema absolutamente incompatível com a surpresa, no qual, na visão de Geraldo Ataliba, “a previsibilidade da ação estatal é consequência do prestígio da segurança jurídica”.⁶

O professor Heleno Torres ressalta que o princípio da segurança jurídica consagra-se “como expressiva garantia material, ademais de tutela da efetividade do sistema jurídico na sua totalidade, segundo um programa normativo baseado na certeza jurídica e no relativismo axiológico”.⁷

O princípio da segurança jurídica ajuda a promover os valores supremos da sociedade, inspirando a edição e a boa aplicação das leis, dos decretos, das portarias, das sentenças, dos atos administrativos, entre outros. Para Carrazza, referido princípio exige, ainda, que os contribuintes tenham condições de antecipar objetivamente seus direitos e deveres tributários, que, por isto mesmo, “só podem surgir de lei, igual para todos, irretroativa e votada pela pessoa política competente.”⁸

5 CARRAZZA, Roque Antonio. *Aspectos Constitucionais da tributação e direito dos contribuintes*, in Simpósio de Direito Tributário: Tributação e direitos Fundamentos. Anais do Simpósio de Direito Tributário: tributação e direitos fundamentais, Campo Grande: UCDB, 2002.

6 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 169.

7 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica no Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 18.

8 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 421.

A segurança jurídica aparece na obra de César G. Novoa⁹ como elemento do ordenamento normativo que tem por objetivo conferir racionalidade e sentido ao sistema. Esta visão se coaduna com as ideias de Heleno Taveira Torres¹⁰ sobre o papel deste princípio no Estado Democrático de Direito:

Com o Estado Democrático de Direito, caracterizado pela autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, a segurança jurídica assume lugar de destaque a partir da construção dos sistemas jurídicos, com contornos e funções renovados. E como o “Estado de Direito” não é mais do que reflexo do “ordenamento jurídico”, totalmente parametrizado pela Constituição, a segurança jurídica torna-se o efeito mais eloquente do “sistema jurídico”, e não apenas um, entre outros, dos princípios do Estado de Direito.

O Estado Democrático de Direito, trouxe para o ordenamento jurídico um novo paradigma baseado na justiça e com o desafio de atender às necessidades de uma sociedade cada vez mais complexa e plural, estruturada dentro de um sistema globalizado com relações sociais bastante dinâmicas.

Heleno Torres¹¹ ensina que:

No constitucionalismo do Estado Democrático de Direito a Segurança Jurídica vê-se incorporada ao ordenamento como garantia constitucional não apenas da estrutura formal sistêmica e da certeza do direito (*Segurança Jurídica formal*), mas como meio de efetividade dos direitos e liberdades fundamentais (segurança jurídica *material*), como proteção a esses direitos. Daí, comumente dizer-se que o Estado Democrático é o “Estado de Segurança”, na medida que a Segurança Jurídica converte-se em fim do ordenamento, ou seja, um fim sistêmico, construído a partir do interior da Constituição.

Com base na ideia de que a Constituição vincula a todos, inclusive aos poderes do Estado, não apenas ficou fortalecida a noção de Estado de Direito, como surgiu um novo paradigma, qual seja, o Estado de Constituição.

No sistema jurídico brasileiro a função garantidora da segurança jurídica, como defende Geraldo Ataliba, se faz presente logo no preâmbulo da Constituição

9 CÉSAR G. Novoa apud RIBAS, Lidia Maria. *Processo administrativo tributário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 3.

10 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica no sistema constitucional tributário*. Op. cit., p. 36.

11 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica no sistema constitucional tributário*. Op. cit., p. 178.

de 1988, no qual ao Estado é atribuída a função de “assegurar’ direitos, ‘tornar seguros’ tanto os direitos sociais e individuais quanto os valores, dentre os quais o próprio valor ‘segurança’”.¹²

Merece destaque, novamente a posição de Torres:

A Constituição é um sistema de valores e as regras que a compõem somente podem ser aplicadas nos estreitos limites dos valores que as densificam por meio dos Princípios. A Segurança Jurídica, assim, assume a condição de Princípio e garantia desses direitos e liberdades que devem ser efetivados, na preservação da funcionalidade do sistema jurídico.¹³

Nesse sentido, conclui Humberto Ávila que:

... das condutas necessárias para garantia ou manutenção dos ideais de estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade normativa: quanto a forma, a moralidade constitui uma limitação expressa (art. 37), e a proteção da confiança e a boa-fé com limitações implícitas, decorrentes dos sobreprincípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, sendo todas elas limitações materiais, na medida em que impõe ao Poder Público a adoção de comportamentos necessários à preservação ou busca dos ideais de estabilidade e previsibilidade normativa, bem como de eticidade e confiabilidade.¹⁴

Em outro flanco, Paulo de Barros Carvalho¹⁵ sustenta que a segurança jurídica não só garante a realização de outros valores como também é ela concretizada a partir da efetivação de outros princípios também integrantes do sistema, o que lhe confere a qualidade de “sobreprincípio”. Segundo o autor, não há notícia de que algum ordenamento dispõe sobre a segurança jurídica como regra explícita. Ela efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, entre outros.¹⁶

Nesse contexto, é relevante notar que “enquanto sobreprincípio da ordem jurídica brasileira, a segurança jurídica irradia-se por todas as vertentes, fazendo-

12 Idem, p. 189.

13 ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

14 AVILA, Humberto. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

15 CARVALHO, Paulo de Barros. Princípio da segurança jurídica tributária, in Simpósio de direito tributário: tributação e direitos fundamentais. In: *Anais do Simpósio de Direito Tributário: tributação e direitos fundamentais*, Campo Grande-MS: UCDB, 2002.

16 CARVALHO, Paulo de Barros. Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária. *Revista de Direito Tributário* n. 61, 1994.

se refletir, na esfera tributária, dentre outros, pelos princípios da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade”.¹⁷

José Souto Maior Borges afirma que o Direito todo é teleologicamente um instrumento a serviço da Justiça, cuja preocupação não é com um fim, mas, de modo plural, com a segurança jurídica, ordenamento normativo a serviço da economia, controle social, processo social de adaptação, entre outros.¹⁸

Neste caminho, somente se pode conceber um Direito justo em um ambiente no qual a segurança, como princípio, orienta a construção das normas jurídicas. Klaus Tipke, em seu ensaio sobre Ética Tributária no Estado, atribui aos princípios fundamental papel na busca por Justiça Tributária. Para o autor

Os princípios velam por uma medida unitária, impedem que se meça por diferentes medidas, coíbem sobretudo a arbitrariedade carente de princípios. Os princípios devem ser aplicados de modo consequente até final. A hierarquia entre um ou mais princípios fundamentais e os subprincípios deles derivados forma a arquitetura da justiça. Os rompimentos injustificados de princípios criam privilégios ou discriminações.¹⁹

A medida unitária a que alude o autor, proteção contra um regime de privilégios e exceção, como bem relaciona Heleno Taveira Torres, encontra na segurança jurídica um importante reforço quer objetivamente, por meio dos caracteres de abstração, generalidade e pertinência da Lei, aliados com a ordem e coerência hierárquica do sistema normativo, quer subjetivamente, como a “proteção das expectativas legítimas de confiança dos sujeitos de direito”.²⁰

Esta digressão tem por objetivo mostrar que, no paradigma constitucional contemporâneo, a percepção de legalidade tributária somente pode ser construída respeitando-se o contribuinte, promovendo-se a harmonia entre o Direito e o corpo social. O respeito à segurança jurídica confere previsibilidade ao sistema e outorga aos agentes sociais um norte referente em suas ações.

A curadoria, por uma atuação legítima no relacionamento com o cidadão é dever da Administração Pública e não é por outro motivo que o Processo Administrativo Tributário - PAT, como mecanismo alternativo

17 SCHOUERI. Segurança jurídica e normas tributárias indutoras. In: *Direito tributário e segurança jurídica*. Maria de Fátima Ribeiro (coord.). São Paulo: MP Editora, 2008, p. 117.

18 SOUTO MAIOR BORGES, José. *O contraditório no processo judicial* (uma visão dialética). São Paulo: Malheiros, 1996.

19 TIPKE, Klaus. *Moral tributária do estado e dos contribuintes*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2012, p. 15-16.

20 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica no Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 37.

na solução de controvérsias, deve assegurar a proteção da confiança dos contribuintes que a ele recorrem.

Fundamental ressaltar que a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/1999) em seu art. 2º, arrola a segurança jurídica entre outros princípios fundamentais que devem ser observados no desenvolvimento dos processos e procedimentos administrativos federais, o que é repetido em muitas leis de outros entes da Federação brasileira.

Com vistas a construir uma compreensão do papel fundamental da segurança jurídica no processo administrativo, passa-se a uma análise de alguns aspectos deste valor.

2 As dimensões da segurança jurídica

A vontade do Estado se expressa pelas normas jurídicas, cuja função instrumental é atingir fins e objetivos por meio de determinados comportamentos humanos, regulando condutas. Ao regular determinados comportamentos, essas normas estão também impondo seu respeito ao resto da coletividade, cuja garantia é efetivada pela imposição de sanções.

Na visão kelseniana, a estrutura da norma jurídica estabelece um enlace formal entre a hipótese normativa e um mandamento, cuja relação de imputação prevê uma sanção para que se alcance seu efeito coercitivo.

Segurança jurídica é certeza e garantia dos direitos e significa, por sua vez, segurança dos direitos fundamentais, destacada no artigo 5º da Constituição Federal.

São pressupostos da segurança jurídica, sem referência expressa, mas decorrentes do sistema de garantias previstas na Constituição como um todo, aqui considerada como um sobreprincípio no altiplano dos patamares do ordenamento, a existência de norma jurídica, a obediência ao princípio da irretroatividade, o conhecimento prévio por parte dos destinatários (publicidade da norma) e sua definitividade. São esses requisitos que propiciam a certeza do Direito. Fortalecendo esta afirmativa, podemos citar os pilares básicos de todo sistema tributário racional, elencados por Adam Smith: economia, certeza, comodidade e justiça.

A certeza do direito é associada à função instrumental do Direito, tido como ferramenta que viabiliza harmonia no contexto social. O primeiro passo para compreender os diferentes matizes desse princípio, nas pegadas de José Souto Maior Borges, é considerá-lo como “um valor e, pois, bipolar e relacional, implica logicamente seu contravalor, a insegurança, ao qual se contrapõe”²¹. Assim, a certeza do sistema tributário depende, “naturalmente, de sua coerência interna

21 Apud ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 35.

e externa, ou seja, de suas peças entre si e do conjunto com os fins, em geral políticos e em particular econômicos, que com ele se pretendem alcançar. Mas depende, também fundamentalmente, da clareza e da coerência das normas jurídicas que o disciplinam”.²²

Nessa mesma trilha, convém destacar os ensinamentos de Bandeira de Mello, que afirma que o princípio da segurança jurídica não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, “da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”²³. E complementa:

[...] a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da *segurança jurídica*, o qual bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.²⁴

Na dialética entre segurança e insegurança, a realização da primeira implica reduzir sistematicamente as hipóteses de indeterminação. Defende Humberto Ávila que “o objeto da segurança jurídica é qualificado como abrangendo as consequências jurídicas de atos ou de fatos: há segurança jurídica quando o cidadão tem capacidade de conhecer e de calcular os resultados que serão atribuídos pelo Direito aos seus atos”.²⁵

Odete Medauar²⁶ relaciona a importância da segurança jurídica como valor axiológico que ordena a sucessão de normas no tempo, promovendo a estabilidade das relações jurídicas já constituídas.

Na perspectiva do cidadão, a segurança jurídica cria um “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.²⁷

22 LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário*: teoria geral do tributo. Barueri: São Paulo, Manole. Espanha: Marcial Pons, 2007, p. 35.

23 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 118.

24 Idem, p. 119.

25 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 138.

26 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

27 VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo social*. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1982, p. 30.

Na visão de Geraldo Ataliba²⁸, em um paradigma constitucional republicano, a previsibilidade da ação estatal confere aos cidadãos “a paz e o clima de confiança que lhe dão condições psicológicas para trabalhar, desenvolver-se, afirmar-se e expandir sua personalidade”. Adiante defendia que:

O Estado não surpreende seus cidadãos; não adota decisões inopinadas que o aflijam. A previsibilidade da ação estatal é magno desígnio que ressuma de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional.²⁹

A segurança jurídica atua de forma a “coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social de o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”³⁰. Os efeitos emanantes deste valor são garantias de estabilidade ao próprio sistema.

É importante compreender a proteção da confiança como diretriz que “envolve tanto o passado quanto o presente e o futuro: o fato da confiança, situado no passado; a confiança que persiste no presente; a confiança que se projeta no futuro”.³¹

Humberto Ávila³² estabelece que a segurança jurídica, hoje, envolve a capacidade do cidadão em compreender as normas que deve obedecer, ao passo que a segurança, ontem, relaciona-se com a intangibilidade das situações passadas e a segurança, amanhã, diz com o aspecto dinâmico do sistema, ou seja, relaciona-se com os efeitos do controle de legalidade das normas. A relevância da segurança jurídica no Direito Tributário é suscetível de várias graduações, consoante a natureza dos interesses a que respeita. Reside também na sua necessária conexão com o tipo de sistema econômico em que vigora. Com efeito,

num sistema econômico que tenha como princípios ordenadores a livre iniciativa, a concorrência e a propriedade privada, torna-se indispensável eliminar, no maior grau possível, todos os fatores que possam traduzir-se em incertezas econômicas suscetíveis de prejudicar a expansão livre da empresa, designadamente a insegurança

28 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 167.

29 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. Op. cit., p. 170.

30 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 174.

31 ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.163, apud DERZI.

32 ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. Op. cit., 2011.

jurídica. E isto era o que inevitavelmente sucederia se ao domínio claro da lei se sucedesse o *voluntarismo* da Administração.³³

Trazendo a discussão para o Direito Tributário, a segurança jurídica como valor que visa conferir maior grau de estabilidade ao sistema, diante dos mecanismos de sanção pelo desvio no exercício de competências (invalidez), se faz presente nas hipóteses de revisão do lançamento.

Estevão Horvarth³⁴ sustenta que estas derivam da estrita vinculação da função administrativa à legalidade no Estado de Direito. Para o autor, o lançamento, como produto da atividade executiva, deve conformar-se com a lei que o autoriza/determina, sendo esta conformação ou não conformação a ponte para análise da sua validade jurídica: “ao cogitarmos da validade do lançamento, devemos verificar a adequação dele com a lei tributária que determinou sua prática. E assim saberemos se foi praticado um ato juridicamente válido ou não”.

Ou seja, a segurança jurídica pode ser considerada um dos elementos justificadores da existência de um ordenamento jurídico e ainda do próprio Estado de Direito.

Em um primeiro momento, diante da tensão aparente entre o princípio da legalidade, que tende a uma revisibilidade ilimitada dos atos ilegais, e o princípio da segurança jurídica, do qual decorre a estabilidade dos atos declarativos de situações jurídicas individuais, satisfeitos os requisitos – limites objetivos –, o ato de revisão privilegia o princípio da legalidade (alteração do ato de lançamento que apresente vício em seus pressupostos ou elementos). Di-lo Humberto Ávila³⁵:

[...] se as normas servem de orientação aos cidadãos e de limite e fundamento ao exercício do poder pelas autoridades, sempre que se mantém um ato contrário às normas válidas e vigentes no momento de sua prática está-se convalidando, hoje, o ilícito de ontem e, com isso, pode-se estimular, hoje, o ilícito de amanhã.

O Processo Administrativo Tributário é uma das hipóteses de controle de legalidade dos atos administrativos no contexto da tributação e, na perspectiva do cidadão, deve garantir, como bem versa Paulo de Barros Carvalho³⁶, “a confiança

33 XAVIER, Alberto P. *Os Princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 50.

34 HORVATH, Estevão. *Lançamento Tributário e autolançamento*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 84.

35 ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 164.

36 CARVALHO, Paulo de Barros. Princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário*, nº. 61, p. 85, 1994.

de que, acontecidos certos eventos que a norma tipifica, os direitos e deveres prescritos estavam adredemente conhecidos”.

O PAT é um meio para a garantia da legalidade e legitimidade do processo de constituição do crédito tributário e deve ser entendido como meio de promoção da segurança jurídica na sociedade. Nas pegadas de Niklas Luhman, Gustavo Sampaio Valverde propõe a seguinte ideia:

[...] o direito é o subsistema social que se diferencia com a função de generalizar expectativas normativas na sociedade. Ou seja, cabe ao direito garantir a manutenção de expectativas normativas, ainda que estas venham a ser frustradas pela adoção de comportamentos divergentes³⁷.

A proteção da confiança e expectativa legítimas do cidadão se relaciona com a possibilidade de planejar condutas, reduzindo os riscos inerentes às atividades econômicas. Este planejamento leva em consideração uma segurança do conteúdo das normas jurídicas (direito material) e também a forma como as instituições do sistema efetivam o controle de legalidade (direito processual).

Acentua Canotilho³⁸ que o homem necessita de segurança para conduzir e planejar responsabilmente sua vida. Por isso, devem ser considerados os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Para ele, estes dois princípios andam estreitamente associados. Em geral, considera-se que:

A segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a *proteção da confiança* se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente e calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. (Grifos do original).

Tem-se, então, que a estabilidade, a certeza, previsibilidade e a confiança podem ser identificadas na conjugação de várias normas jurídicas, considerando entre elas a legalidade administrativa, a irretroatividade, a proteção da confiança, entre outras.

37 VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Segurança Jurídica e processo: recursos, coisa julgada, ação rescisória e ações (in) constitucionalidade*. In: DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Curso de Especialização em Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 198.

38 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 250.

3 Processo administrativo tributário e a proteção da confiança

A dialética processual permite que a divergência se manifeste no Processo Administrativo Tributário de modo a atingir a justiça fiscal, objeto maior do processo no ambiente tributário, que garante outros valores, como paz social e segurança jurídica. A relação isonômica entre os interesses do Fisco e os do contribuinte exige a equilibrada ponderação, em cujo meio está a virtude da justiça. Daí afirmar-se que a segurança e a proteção da confiança exigem: “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos”³⁹. Pode-se deduzir, a partir dessa afirmativa, que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Juarez de Freitas comenta que: “parece inequívoco que o princípio da confiança estatui o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada por uma autêntica fidúcia mútua, no plano institucional”.⁴⁰

Na atribuição de verificar o cumprimento das obrigações tributárias, o Fisco promove o lançamento dos tributos e a aplicação das penalidades administrativo-tributárias, num contexto de elevada complexidade de normas, dado o sistema jurídico tributário brasileiro existente.

Tal quadro leva a uma contínua e crescente situação de controversas interpretações e aplicação das normas tributárias, que resultam em litígios que se arrastam no Judiciário. O exemplo dado pelo professor Heleno demonstra bem o que ocorre pelo Brasil inteiro:

Basta pensar que, pelas estatísticas, quase metade de todas as ações judiciais em curso no País são de natureza tributária (como por exemplo, 37% de tudo o que tramita na Justiça Federal e 51% e 56% de todo o contencioso dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente), o que expõe a elevada conflitividade e, por conseguinte, a insegurança e o estado de exceção permanente das relações tributárias.⁴¹

A estrutura do Poder Judiciário não consegue acompanhar essa elevada carga e dar solução a essas lides em tempo adequado, como resposta à efetividade da segurança jurídica esperada pelo cidadão contribuinte.

39 Idem, p. 250.

40 FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60.

41 TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica no Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 31.

Continua atual e pertinente a afirmação de Ruy Barbosa, no clássico texto que fez como discurso à turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. A busca por mecanismos alternativos na solução dos conflitos fora do Judiciário tem se dado no mundo inteiro e no Brasil a Constituição de 1988 assegurou aos litigantes no processo administrativo o contraditório e a ampla defesa, que se configuram como pilasstras da segurança jurídica.

O Processo Administrativo Tributário é teleologicamente orientado para se obter uma decisão sobre a legalidade de determinada obrigação tributária. A indagação que constitui sua finalidade tem como alvo duas realidades: o ato tributário e a sua legalidade.

Com o lançamento, o Fisco busca garantir antecipadamente a conformidade da obrigação abstrata à obrigação subjacente e no Processo Administrativo Tributário trata-se de impedir que a verdade formal, representada pela abstração, prevaleça sobre a verdade material expressa na situação subjacente, de modo a garantir que a prestação tributária efetivamente realizada pelos particulares seja aquela que foi definida na lei.

O direito material e o processual se encontram de tal forma interligados, mantendo entre si estreitas relações, que só com a visão unitária de um mesmo fenômeno se poderá entender a eficácia das normas, para lhes dar a interpretação e aplicação adequadas. A constituição, modificação e extinção de cada situação que integra a relação jurídica tributária colocam-se em momentos diferentes e podem resolver-se em situações com estrutura e natureza diferentes, cujos regimes não são perfeitamente coincidentes.

Deste modo, o Processo Administrativo Tributário é inaugurado e tem um relevante papel quando o contribuinte oferece resistência formal ao lançamento do tributo ou imposição de penalidade, imprimindo-lhe a dimensão processual e litigiosa, regida pela ampla defesa e pelo contraditório, com gênese constitucional.

Se ao contribuinte é dada a alternatividade entre o Processo Administrativo Tributário e o Processo Judicial ou até mesmo percorrer o primeiro para ainda depois buscar o segundo, dada a unidade jurisdicional do sistema brasileiro, certamente a escolha do primeiro se dará quando houver garantia de que o PAT se caracteriza como instrumento de trâmite célere, claro, lógico, que atenda aos princípios da ordem jurídica, cuja matriz é idêntica à do Judiciário, em que o contribuinte tenha um espaço de exercício de cidadania.

A exigência de transformações sociais se impõe na busca pela concretização da justiça social, cujos paradigmas tradicionais devem ser superados, mediante políticas eficazes que incorporem a participação dos cidadãos nos centros de poder, de modo a efetivar o Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da

soberania popular, corresponsabilizando os cidadãos nas relações da Administração Tributária com os contribuintes.

Não é outro o sentido dado à organização dos órgãos judicantes, alicerçada em instituições eficientes e legítimas, no âmbito do Processo Administrativo Tributário, em que participam representantes do Fisco e dos Contribuintes.

Sendo um meio célere e eficaz como instrumento auxiliar no aperfeiçoamento do Estado de Direito, para evitar ou dirimir conflitos, em benefício do próprio controle do poder, o Processo Administrativo Tributário atua reduzindo o número de causas instauradas perante o Poder Judiciário.

Tratando da importância da antecipação da ordem jurídica, Michel Temer pontifica:

A preservação da ordem social pela inexistência de conflitos entre seres personalizados é a determinação máxima da ordem jurídica. Por isto que, quanto antes se der solução a eventuais controvérsias, maior estabilidade ganhará a ordem social.⁴²

O aparato do Estado segue os princípios da Administração Pública e a eficiência pressupõe a utilização de mecanismos que atendam às garantias constitucionais, com gestão por resultados.

Mas não só os princípios do art. 37 da Constituição Federal norteiam a Administração. Com função própria de um princípio de direito, a boa-fé aparece na ordem jurídica revestida de forma variada nas normas sobre relações públicas e privadas. Se opõe à conduta que objetiva obter vantagem que não aconteceria de forma leal, iludindo ou enganando alguém. Os parâmetros da boa-fé estão pautados em comportamentos éticos, por meios dos quais devem os envolvidos comportar-se com lealdade nas relações, da formação à extinção. Tanto pode constituir-se em critério de interpretação de atos ou negócios jurídicos, como referir-se à forma de ação ou omissão na produção desses atos.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Humberto Gomes de Barros, em voto publicado na RSTJ 24/210, afirmou que:

a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos.

42 TEMER, Michel. *Elementos de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 194-195.

No âmbito do direito tributário, o Processo Administrativo Tributário há de acolher a boa-fé na confiança estabelecida na aceitação desse instrumento para a efetivação da legalidade dos atos praticados pelo Estado no cumprimento nas normas tributárias.

Para Geraldo Ataliba, a Administração atende ao princípio republicano com lealdade. No seu dizer: “A lealdade é tomada como traço fundamental legitimador da lei e dos atos administrativos” e, continua o autor, “se, como ensina Pontes de Miranda, é ‘o povo que se tributa a si mesmo’, não há como aceitar-se qualquer ato implicante de deslealdade, que é despropositado o conceber-se que alguém seja desleal consigo mesmo”.⁴³

Assim é que a importância do Processo Administrativo Tributário, como mecanismo alternativo na solução de conflitos tributários, foi destacada noutra oportunidade⁴⁴, como meio de realização da justiça tributária como fim genérico da Administração Pública, permitindo solução da lide de modo célere e produzindo melhores resultados econômicos para o contribuinte e para o Estado.

Só com atuação célere, sem prejuízo às garantias constitucionais, o contribuinte busca o Processo Administrativo Tributário como solução de conflito com o Fisco para revisão de lançamentos tributários ou imposições de penalidade que considera ilegais.

O princípio da segurança jurídica atua de forma a “coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta”⁴⁵.

Em particular no Direito Tributário, o princípio da segurança jurídica assume uma feição protetiva do cidadão, em razão de seus direitos fundamentais, relacionados à tributação (legalidade, anterioridade, irretroatividade, proteção de confiança, igualdade), serem destinados a limitar a atuação estatal, e não a servir para seu exercício. Em razão disso, o Estado não pode valer-se do princípio da proteção de confiança, no âmbito do Direito Tributário, para tornar intangíveis determinados efeitos passados, tendo em vista que esse princípio, nesse âmbito, serve ao contribuinte e não ao Estado.

A Proteção da Confiança concretiza a eficácia reflexiva e subjetiva da segurança jurídica, garantindo os direitos fundamentais pela eficácia defensiva e protetiva, que só podem ser utilizados pelos cidadãos, não pelo Estado. Maffini⁴⁶, por sua vez, ressalta que “a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em

43 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171-172.

44 RIBAS, Lidia Maria. *Processo Administrativo Tributário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 156.

45 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166.

46 MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 55.

termos mediatos, do princípio do Estado de Direito”. Pode-se afirmar, com isso, que a Proteção da Confiança é um valor inerente ao princípio da segurança jurídica.

Os princípios da legalidade da Administração Pública e a Proteção da Confiança ou da boa-fé dos administrados “ligam-se, respectivamente, à presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e à necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias contra a fria e mecânica aplicação da lei”, com a conseqüente anulação de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados⁴⁷.

Junte-se a isso a previsibilidade que os atores da economia esperam para organizar seus investimentos, cada vez mais de forma dinâmica e globalizada. No ensinamento de Geraldo Ataliba⁴⁸,

Para que a liberdade de iniciativa (princípio da livre empresa) e o direito de trabalhar, produzir e empreender e atuar numa economia de mercado não sejam meras figuras de retórica, sem nenhuma ressonância prática, é preciso que haja clima de segurança e previsibilidade acerca das decisões do governo; o empresário precisa fazer planos, estimar – com razoável margem de probabilidade de acerto – os desdobramentos próximos da conjuntura que vai cercar seu empreendimento. Precisa avaliar antecipadamente seus custos, bem como estimar os obstáculos e as dificuldades. Já conta com os imponderáveis do mercado. Não pode sustentar um governo que agrave – com suas surpresas e improvisações – as incertezas, normas preocupações e ônus da atividade empresarial. Isso é inconciliável com as instituições republicanas.

O que se espera do Estado Ideal é que o cidadão consiga se aproximar do conhecimento a respeito da previsibilidade de suas ações, com relação às respectivas conseqüências jurídicas - “Quanto maior for a capacidade de o cidadão prever o momento em que será definida a conseqüência jurídica aplicável aos atos e fatos, tanto maior será a sua capacidade de traçar linhas de ação relativamente ao que pretende fazer”⁴⁹.

Ainda mais quando essas conseqüências dizem respeito aos tributos, que tanto oneram as atividades e resultados econômicos dos investimentos e

47 COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre: v. 27, n. 57, p. 13, 2003.

48 ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 175.

49 ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, apud GOMETZ, p. 166.

dos negócios na atualidade. Haverá maior segurança quanto menor for o tempo transcorrido entre a previsão das consequências e sua efetiva definição. Não há calculabilidade em processos administrativos e judiciais longos.

Este é o resultado esperado de um Processo Administrativo Tributário qualificado nos termos descritos anteriormente, pois assim, cada vez mais, o contribuinte pode escolher percorrê-lo como meio alternativo em favor da solução de controvérsias em matéria tributária, desonerando o Poder Judiciário, resultado de um aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e de uma evolução no relacionamento de boa-fé entre o Fisco e os Contribuintes, num sentido ético e de justiça fiscal.

4 Considerações finais

A abordagem e o tratamento dispensado ao tema pautaram-se na preocupação de solidificar conceitos de proteção à confiança e na contextualização da importância do princípio da segurança jurídica, estabelecendo-se sua influência e operatividade no âmbito do Processo Administrativo Tributário, dadas as peculiaridades que lhe são próprias e a abrangência que o envolve.

Estabeleceu-se a segurança jurídica como base de um Estado Social e de Direito, conjugada nas dimensões individual e coletiva, decorrente do sistema de garantias constitucionais, para se alcançar a previsibilidade de hoje, a partir da dinâmica das situações passadas e da legitimação futura.

A segurança jurídica é um dos principais instrumentos para a realização da justiça no Estado de Direito. Destaca-se como um dos valores fundamentais e supremos garantidos constitucionalmente, limitando o poder estatal, protegendo e assegurando o exercício das liberdades individuais e garantindo a estabilidade jurídica.

Têm grande relevo no Processo Administrativo Tributário a segurança jurídica e a boa-fé, uma vez que garantem a previsibilidade e a segurança do cidadão, potencializando sua utilização na busca de um resultado finalístico correto e eficaz pela aplicação das normas tributárias na segurança do cidadão contribuinte.

Porém, tal instrumento alternativo na solução de conflitos entre o Estado e o contribuinte só se efetivará com a celeridade do Processo Administrativo Tributário, sem perda das garantias constitucionalizadas e com a capacidade de prever suas definições e consequências no tempo.

Referências

- ASSAYAGA, Mônica Macedo. *A segurança jurídica tributária e os princípios da legalidade, anterioridade e irretroatividade*. Dissertação de Mestrado. UNIVALI. 2011.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *República e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: EDIPRO, 2011.
- BRASIL. Lei n. 5.172 de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Aspectos constitucionais da tributação e direito dos contribuintes. SIMPÓSIO DE DIREITO TRIBUTÁRIO: tributação e direitos fundamentais. In: *Anais do Simpósio...* Campo Grande: UCDB, 2002.
- _____. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária. *Revista de Direito Tributário* n. 61, 1994.
- _____. Princípio da segurança jurídica tributária. SIMPÓSIO DE DIREITO TRIBUTÁRIO: tributação e direitos fundamentais. In: *Anais do Simpósio...* Campo Grande – MS: UCDB, 2002.
- _____. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAVALCANTE, Sayonara de Medeiros. A segurança jurídica em matéria tributária e sua interface com o princípio da proteção à confiança. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIII, n. 46, p. 113-119 – jul/set. 2009.
- CONRADO, Paulo César. *Processo tributário*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre: v. 27, n. 57, 2003.
- DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- FREITAS, Juarez de. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GUEDES, Ricardo Catanduba do Nascimento. *A segurança jurídica em matéria tributária como direito fundamental: peculiaridades de decadência em caso de simulação*. Dissertação do Curso de Mestrado em Direito da UNIFIEO, 2007. www.unifieo.br.
- HORVATH, Estevão. *Lançamento tributário e autolancamento*. 2. ed. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

- LACOMBE, Américo L. Masset. *Princípios constitucionais tributários*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito Tributário: teoria geral do tributo*. Baueri: São Paulo. Manole. Espanha: Marcial Pons, 2007.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. Segurança Jurídica e a questão da hierarquia da lei complementar. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.) *Direito tributário e ordem econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Limitações ao poder impositivo e segurança jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: RT, 1993.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica, certeza do direito e tributação: a concretização da certeza quanto à intuição de tributos através das garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- RIBAS, Lídia Maria. *Processo administrativo tributário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. (coord.) *Direito tributário e segurança jurídica*. São Paulo: MP Editora, 2008.
- ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Segurança jurídica e normas tributárias indutoras. In: RIBEIRO, Maria de Fátima (coord.) *Direito tributário e segurança jurídica*. São Paulo: MP Editora, 2008.
- SOUTO MAIOR BORGES, José. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- _____. *Tratado de direito tributário brasileiro*, vol. IV: Lançamento Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- TIPKE, Klaus. *Moral tributária do Estado e dos Contribuintes*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2012.
- TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica no Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Ed. Universitária, 1982.
- VALVERDE, Gustavo Sampaio. Segurança jurídica e processo: recursos, coisa julgada, ação rescisória e ações de (in) constitucionalidade. In: DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Curso de especialização em direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- XAVIER, Alberto P. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

Recebido em 24/10/2012

Aceito para publicação em 21/12/2012

A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA NO GOVERNO ELETRÔNICO SOB A PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA DIGITAL

THE PARTICIPATION OF BRAZILIAN SOCIETY IN E-GOVERNMENT UNDER THE PERSPECTIVE OF DIGITAL DEMOCRACY

César Leandro de Almeida Rabelo¹
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas²
Carlos Athayde Valadares Viegas³

Sumário

1. Introdução. 2. A metamorfose da relação entre Sociedade Civil e Estado a partir da Constituição de 1988. 3. A noção de Democracia. 4. Da Democracia Digital. 5. Os modelos de democracia no ciberespaço. 6. Graus de participação democrática. 7. As perspectivas e funções do Governo Eletrônico. 8. A atuação do Governo Eletrônico no Brasil. 9. Das vantagens e limites da democracia digital. 10. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The metamorphosis of the relationship between State and Civil Society from the 1988 Constitution. 3. The concept of Democracy. 4. Digital Democracy 5. The models of democracy in cyberspace. 6. Degrees of democratic participation. 7. The perspectives and functions of E-Government. 8. The performance of Electronic Government in Brazil. 9. The advantages and limitations of digital democracy. 10. Final remarks. References.

Resumo

O presente artigo tem o escopo de discutir o papel da democracia no Estado Democrático de Direito, além de verificar o emprego da internet como meio ambiente de práticas destinadas a reforçar a participação dos cidadãos

1 Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica FUMEC.

2 Mestranda em Direito PUC-MG. Tutora da Puc Minas em EAD de Direito do Consumidor. Advogada.

3 Mestrando em Direito Público pela FUMEC. Servidor Público da Justiça do Trabalho da 3ª Região.

no campo político brasileiro. Pretende-se demonstrar que os mecanismos de participação democrática proporcionados pelas novas tecnologias de informação e comunicação representam a possibilidade de alargamento do espaço público. Será abordada a noção de democracia digital e de Governo Eletrônico como possibilidades de incremento das práticas e oportunidades democráticas. Far-se-á um estudo sobre o histórico do Governo Eletrônico, suas ferramentas, diretrizes e seu desenvolvimento no Brasil. Além disso, discutir-se-ão os limites, as vantagens e desvantagens da democracia digital no nosso sistema político e o potencial das novas tecnologias para o aprofundamento da democracia, verificando-se se o suporte tecnológico está sendo adequadamente explorado, a fim de subsidiar uma inserção eficaz nos processos de definição e avaliação de políticas públicas.

Palavras-chave: Democracia digital. Esfera pública. Governo eletrônico.

Abstract

This article has the scope to discuss the role of democracy in a democratic state and also to investigate the use of the Internet as an environment for practices aimed at strengthening citizen participation in politics in Brazil. We intend to demonstrate that the mechanisms of democratic participation enabled by new information and communication technologies represent the possibility of extending the public space. We shall consider the notion of digital democracy and e-government as a possibility of development of democratic practices and opportunities. There is a study on the history of Electronic Government, its tools, guidelines and development in Brazil. In addition, we discuss the limits, advantages and disadvantages of digital democracy in our political system and the potential of new technologies to strengthen democracy, making sure the technological support is being adequately exploited, in order to support an effective insertion in the formulation and evaluation of public policies.

Key words: Digital Democracy. Public Sphere. Electronic Government.

1 Introdução

A Constituição Brasileira de 1988 denominada de Cidadã teve como grande missão, sob o ponto de vista político, jurídico e histórico, qualificar a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. Daí por que toda e qualquer análise sobre o Estado Democrático de Direito implica necessariamente em compreender o elemento democrático nele contido.

Há que se considerar que a democracia não é conceito unívoco, podendo ser analisada sob diversos vetores, sendo que o presente trabalho versará sobre a ideia de democracia enquanto regime de governo e direito fundamental do cidadão.

Apresenta-se aqui a internet como meio de participação popular no debate público, podendo ser o instrumento de pressão de grupos da sociedade civil sobre os produtores de decisão política, bem como recurso para a intervenção e controle exercido pelo povo na esfera da decisão e da atuação política.

Busca-se, neste artigo, explicar a queda do modelo de representação baseado tão somente na força política das cadeiras majoritárias, critica-se a participação do povo somente na eleição de seus representantes e defende-se a presença direta e efetiva da cidadania, enquanto sujeito da vontade governativa institucionalizada, por via da efetiva participação na construção das políticas públicas através do governo eletrônico.

Em primeiro plano será abordada a noção de democracia digital, analisando as tecnologias de informação e de comunicação, os modelos de democracia digital, os graus de participação desta mesma democracia, para, então, verificar a ferramenta do Governo Eletrônico e seu desenvolvimento no Brasil.

Quer se mostrar a possibilidade de introduzir uma nova legitimidade, cuja base é recomposta no exercício da democracia digital, demonstrando que o cidadão pode e deve exercer a soberania, sem ser vítima da perversão representativa, sem as imperfeições conducentes às infidelidades do mandato, nem mesmo dos abusos da representação.

O cidadão pode ter a internet como instrumento de expressão da soberania, participando faticamente das instâncias do poder, tendo à sua mão mecanismos capazes de frear condutas ilegítimas dos representantes do país, bem como traçar, sancionar e controlar as políticas públicas.

O Estado Democrático participativo libertará os povos da periferia, que, se informados e capacitados, poderão fazer uso do governo digital para legitimar sua vontade política, já que a democracia participativa ministra mecanismos de exercício direta da vontade geral, suscetíveis de restaurar e repolitizar a legitimidade do sistema.

2 A metamorfose da relação entre Sociedade Civil e Estado a partir da Constituição de 1988

Após a promulgação da Constituição de 1988, acompanhada da restauração da democracia participativa – e, conseqüentemente, da legitimidade dos poderes constituídos pelo sufrágio universal, livre e soberano – mudam, substantivamente, as características dos atores sociais – Estado e sociedade – que participam dos conselhos de políticas públicas.

A mudança se deu porque, nos anos oitenta, a sociedade civil tinha as seguintes características: *de massa*, composta por milhares de pessoas que, lutando por diversas bandeiras, reforma urbana, sanitária, da assistência social, anistia, direitos humanos (especialmente da mulher e das minorias) e pelas liberdades sindical e partidária, sentiam-se profundamente solidárias no ideal comum de democratização do Estado e de suas políticas; *homogênea*, nas suas postulações fundamentais; *dotada de força transformadora* em relação aos objetivos a que

se propôs. Tudo isso contribuiu, decisivamente, para imprimir a marca de “cidadã”, “participativa” e “democrática” à constituição de 1988. Em tal contexto, esta sociedade civil, vigorosa e mobilizada, buscava legitimamente disputar a hegemonia com um poder estatal enfraquecido, herdado da ditadura militar.

Diante dessa realidade, a vigência da institucionalidade jurídico-política democrática, derivada da promulgação da Constituição de 1988, mudou drasticamente a relação Estado sociedade. De fato, a democracia constitucional tem como seu fundamento a ideia de soberania popular, na qual a opinião do povo deve prevalecer na condução dos negócios de concernência comum, ou seja, a vontade pública sendo priorizada nas decisões que afetam a coisa pública.

Contudo, a consolidação da experiência democrática moderna, principalmente através dos modelos de democracia representativa, tem se configurado numa decisão política apartada da sociedade ou da esfera civil. Isso porque o âmbito da decisão política é constituído por agentes e por membros de corporações dedicadas ao controle e distribuição do capital circulante – os partidos – dotando-se de altíssimo grau de autonomia em face da esfera civil.

A Constituição Cidadã de 1988 combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa. Isso se justifica porque, com o crescimento da humanidade e o surgimento da sociedade de massas, fenômeno da última metade do século passado, revelou-se claramente a ilegitimidade da democracia representativa. Fala-se, portanto, em crise da democracia representativa.

A deformação da democracia representativa deriva, principalmente, da intercorrência do poder econômico, do poder político e dos meios de comunicação de massas que, de certa forma, afasta o representante do representado, fulminando o poder da vontade autônoma do cidadão, seja a vontade individual seja a geral. O fracasso da democracia representativa, de certa forma, demonstra o insucesso de toda a teoria da soberania popular ou da legitimidade do poder que nela se assenta, ou seja, a democracia representativa está prostrada em seu leito de morte, incuravelmente corroída pela ilegitimidade.

A democracia participativa implica o exercício direto e pessoal da cidadania nos atos de governo. Contudo não se trata de uma democracia direta remontando à *ágora*, mas se pode conjugar a noção de uma *ágora* digital-eletrônica, fazendo uma comparação com a participação popular exercitando a democracia digital e os mecanismos do Governo Eletrônico.

Neste processo democrático deverão ser destacados os mecanismos constitucionais que possibilitam a participação direta do cidadão no processo democrático, tais como a iniciativa popular, o plebiscito, o referendo, bem como nos conselhos de políticas públicas – ou seja, o processo democrático terá sempre

no povo a instância suprema que ditará a aprovação ou derrogação das decisões adotadas.

A defesa de uma democracia participativa não implica dizer que todas as formas de representação sejam necessariamente abolidas. Ao contrário, importam a convivência harmônica, com os institutos da democracia representativa sobreviventes, de mecanismos da democracia direta, como a iniciativa popular, o referendo e o plebiscito – que a democracia representativa já conhece, mas que merecem desenvolvimento, juntamente com o direito da efetiva participação popular na esfera política, através de mecanismos digitais à mão da sociedade civil.

Certo é que a relação entre o administrador público e o administrando mudou com a implementação da Democracia Participativa. Atualmente, além dos instrumentos previstos na Constituição da República que demandam a participação direta do cidadão no exercício da democracia, a Internet pode ser a grande praça virtual, onde os assuntos seriam apresentados e discutidos, consolidando-se a Democracia digital.

Temos que lançar mão da tecnologia, da informática e da Internet como mecanismos para melhorar nossa vida, através da participação efetiva na vida do país, sugerindo, controlando e executando políticas públicas. Assim, devemos exercer a democracia participativa, por meio de debates sobre questões públicas no ambiente virtual, fazendo uso dos mecanismos do Governo Eletrônico.

3 A noção de democracia

A palavra democracia tem sua origem na Grécia Antiga, sendo que *demos* significa povo e *kracia* governo. Nas democracias, é o povo quem detém o poder soberano sobre o poder legislativo e o executivo, ou seja, é o governo no qual o poder e a responsabilidade cívica são exercidos por todos os cidadãos, diretamente ou através dos seus representantes livremente eleitos. Pode ser considerada como um conjunto de princípios e práticas que protegem a liberdade humana; seria a institucionalização da liberdade.

O exercício da democracia pressupõe eleições livres e justas, abertas a todos os cidadãos e estes não têm apenas direitos, pois também possuem o dever de participar do sistema político a fim de proteger os seus direitos e as suas liberdades.

Além disso, a democracia tem as funções de proteger: os direitos humanos fundamentais do cidadão; a liberdade de expressão e de religião; a oportunidade de organizar e participar plenamente da vida política, econômica e cultural da sociedade; sujeita os governos ao Estado de Direito; assegura que todos os cidadãos recebam proteção legal igualitária e que os seus direitos sejam protegidos pelo sistema judiciário.

Bobbio chama definição mínima de democracia ou *rules of game* o conjunto de regras para a formação de decisões coletivas em um regime democrático, que regulam preliminarmente o desenrolar da práxis democracia ou jogo democrático:

[...] por *democracia* se entende um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) que consentem a mais ampla e segura participação da maior parte dos cidadãos, em forma direta ou indireta, nas decisões que interessam a toda a coletividade. As regras são, de cima para baixo, as seguintes: a) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, religião, condições econômicas, sexo etc., deve gozar dos direitos políticos, isto é, do direito de exprimir com voto à própria opinião e/ou eleger quem a exprima por ele; b) o voto de todos os cidadãos deve ter peso idêntico isto é, deve valer por um; c) todos os cidadãos que gozam dos direitos políticos devem ser livres de votar segundo a própria opinião, formando o mais livremente possível, isto é, em uma livre concorrência entre grupos políticos organizados, que competem entre si para reunir reivindicações e transformá-las em deliberações coletivas; d) devem ser livres ainda no sentido em que devem ser colocados em condição de terem reais alternativas, isto é, de escolher entre soluções diversas; e) para as deliberações coletivas como para as eleições dos representantes deve valer o princípio da maioria numérica, ainda que se possam estabelecer diversas formas de maioria (relativa, absoluta, qualificada), em determinadas circunstâncias previamente estabelecidas; f) nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em modo particular o direito de tornar-se, em condições de igualdade, maioria. (BOBBIO, 2001, p. 55-56).

Segundo Paulo Bonavides, a democracia seria o “regime de garantia geral” para a realização dos direitos fundamentais do homem, sendo ela mesma um direito fundamental da pessoa humana de quarta geração – juntamente com os direitos à informação e ao pluralismo –, de maneira que os direitos de primeira, segunda e terceira gerações seriam, na verdade, suas infraestruturas que formariam “a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia” (BONAVIDES, 2000, p. 525).

Conforme se apresenta a forma com que o povo participa do poder político, são três os tipos de democracia: direta, indireta e semidireta.

A democracia direta supõe o exercício do poder político pelo povo, reunido em assembleia plenária da coletividade. O povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando. Como exemplo clássico, citam-se as decisões tomadas na *ágora*⁴. Na época os cidadãos eram poucos,

⁴ Praça das antigas cidades gregas, na qual se fazia o mercado e onde se reuniam, muitas vezes, as assembleias do povo. A *ágora*, na cidade grega, fazia o papel do Parlamento nos tempos modernos.

e, em certo sentido, a democracia direta da polis compreendia uma forma de representação, pois essa minoria de “eleitos”⁵ legislava, governava e decidia em nome de todos os habitantes, das mulheres, das crianças, dos imigrantes e dos escravos. Atualmente esta modalidade de democracia é impraticável em face da impossibilidade material de sua realização, devido ao grande número de cidadãos que compõem um Estado, constituindo-se, assim, em reminiscência histórica.

A democracia indireta ou representativa é aquela em que o povo governa por meio de representantes eleitos periodicamente pelo próprio povo, que tomam em seu nome e no seu interesse as decisões políticas, envolvendo, assim, o instituto da representação.

Já a democracia semidireta ou participativa caracteriza-se pela coexistência de mecanismos da democracia representativa com outros da democracia direta (referendo, plebiscito, revogação, iniciativa popular etc.).

Desse modo, a democracia não é apenas uma forma de governo, uma modalidade de Estado, um regime político, uma forma de vida. É um direito da Humanidade (dos povos e dos cidadãos). Democracia e participação se exigem, democracia participativa constitui uma tautologia virtuosa. Não há democracia sem participação, sem povo. O regime será tanto mais democrático quanto mais tiver desobstruído canais, obstáculos, óbices, para a livre e direta manifestação da vontade do cidadão.

4 Da democracia digital

Democracia digital⁶, também chamada de “democracia eletrônica”, “*e-democracy*”⁷, “democracia virtual”, “ciberdemocracia”, “teledemocracia” dentre outras nomenclaturas vem se constituindo ao redor de algumas expressões-chave tais como: “internet”, “esfera pública”, “democracia”, “novas tecnologias”, “mundo digital” e “recursos web”. Refere-se às novas práticas para a política democrática, que emergem da uma nova infraestrutura tecnológica eletrônica proporcionada por computadores em rede e por um número grande de dispositivos de comunicação e de organização, armazenamento e oferta de dados e informações *online*.

5 A democracia grega, assim como a romana, era uma democracia de proprietários de terras e de escravos, pois só eles poderiam participar na *ágora*.

6 Democracia digital não é um termo exato porque sugere, à primeira vista, uma falsa ideia de uma nova forma de democracia. Porém, é útil atualmente para se referir ao conjunto de discursos, teorizações e experimentações que empregam as TICs para mediar relações políticas, tendo em vista as possibilidades de participação democrática nos sistemas políticos contemporâneos (e não para denominar, a princípio, uma prática democrática radicalmente inovadora).

7 A expressão mais usada em língua inglesa é “*e-democracy*”, cunhada em 1994. Todavia, antes deste ano, a expressão predileta era “*teledemocracy*”, que incluía não apenas a internet, mas a utopia da tv a cabo como terra prometida da democracia. A concorrente mais séria de “*e-democracy*” hoje, entretanto, é “*digital democracy*”. Em língua portuguesa, porém, a expressão mais adotada é “democracia digital”.

Trata-se de um amplo conjunto de experiências, iniciativas e práticas políticas relacionadas à noção ou às instituições da democracia, que se apoiam em dispositivos, ferramentas e recursos das tecnologias digitais de comunicação e informação.

O tema aborda desde os dispositivos e iniciativas para a extensão das oportunidades democráticas – o governo eletrônico, o voto eletrônico, o voto online, a transparência do Estado, – até novas oportunidades para a sociedade civil na era digital – cibermilitância, formas eletrônicas de comunicação alternativa, novos movimentos sociais (HILL E HUGHES, 1998). Caminha-se das alternativas contemporâneas para o jogo político (partidos, eleições e campanhas no universo digital) até a discussão sobre regulamentação de acesso e controle de conteúdo na internet, passando-se pelas questões das desigualdades digitais (exclusão digital).

São importantes as consequências que as ferramentas e dispositivos eletrônicos das redes contemporâneas, principalmente a internet, comportam para a implementação de um novo modelo de democracia capaz de incluir, de maneira mais plena, a participação da esfera civil na decisão política. Será que as novas tecnologias da comunicação podem, de fato, alterar para melhor as possibilidades da cidadania nas sociedades contemporâneas?

Não se pode esquecer que, por trás da democracia digital, como situação de fundo, encontram-se os regimes democráticos de governo, as iniciativas relacionadas à arte política, à governação do Estado e à produção de leis e a justiça, isto é, a democracia digital finda por ser uma digitalização das democracias ou a conformação digital de determinadas dimensões dos Estados Democráticos.

O ambiente da democracia virtual torna-se perfeito para o exercício da democracia participativa, isso porque a democracia é um regime em que todo poder vem do povo e é exercido diretamente por ele ou em seu nome, donde deriva o corolário: sem a participação do cidadão na produção das decisões que afetam a comunidade política, um regime perde legitimidade democrática e pode mesmo deixar de ser tal coisa.

O desenvolvimento de tecnologias digitais de comunicação, no final do século XX, e seu processo de massificação, ainda em andamento, têm reforçado um importante debate sobre participação civil nas democracias liberais contemporâneas. Diante desta realidade, surge um problema central: essas novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) estariam, de fato, possibilitando maior participação democrática nas cidades contemporâneas? Se há participação democrática, de que forma isto ocorre?

Cabe analisar se os governos das capitais brasileiras estão empregando essas tecnologias, especificamente a internet, para aumentar a participação do cidadão nos negócios públicos e as formas como essa participação estaria ocorrendo.

5 Os modelos de democracia no ciberespaço

Após analisar as diferentes visões sobre a potencialidade política das TICs, torna-se necessário abordar as retóricas que disputam o modelo de democracia no ciberespaço. Dahlberg nota a existência de três segmentos predominantes: (1) um modelo individualista-liberal; (2) um modelo comunitarista; e (3) um modelo deliberacionista. Para o autor:

Estes três segmentos de democracia eletrônica são distintos por seus respectivos entendimentos de legitimidade democrática. Para o individualismo liberal, um modelo democrático ganha legitimidade quando fornece expressão aos interesses individuais. Para o comunitarismo, um modelo democrático é legitimado por realçar o espírito e valores comuns. Para a democracia deliberativa, um modelo democrático é legitimado por sua facilitação do discurso racional na esfera pública. Todas as três posições podem ser identificadas dentro da prática e retórica na democracia-internet. (DAHLBERG, 2001, p. 158)⁸

Infelizmente, a Constituição Federal previu que as esferas política e civil interajam apenas no momento da renovação dos mandatos, restringindo-se o papel dos mandantes civis à decisão, de tempos em tempos, o que dificulta a legitimidade das decisões políticas nesta democracia participativa. Porém, a mesma Carta Magna também previu vários mecanismos de participação direta do cidadão na sociedade, que podem ser efetivadas mediante o exercício da democracia digital e do instrumento Governo Eletrônico.

O exame sobre as razões da excessiva autonomia da esfera da decisão política e da crescente atrofia das funções da esfera civil, no que respeita aos assuntos do Estado, ao lado da formulação de alternativas, teóricas e práticas, para o crescimento dos níveis de participação civil nos negócios públicos, tem se transformado no tema central e na grande novidade da teoria da democracia nas últimas décadas. Conhecem-se, a partir daí, a renovação de modelos de “democracia participativa” (PATEMAN, 1970), as perspectivas de uma “democracia forte” (BARBER, 1984) e, ultimamente, de “democracia deliberativa”, modelos que se multiplicaram na virada do século.

8 Original em inglês: “*These three electronic democracy camps are distinguished by their respective understandings of democratic legitimacy. For liberal individualism, a democratic model gains legitimacy when it provides for the expression of individual interests. For communitarianism, a democratic model is legitimated by enhancement of communal spirit and values. For deliberative democracy, a democratic model is legitimated by its facilitation of rational discourse in the public sphere. All three positions can be identified within Internet-democracy rhetoric and practice*”.

Neste contexto, era natural que a discussão sobre o ambiente, os meios e os modos da comunicação pública como ferramenta para uma maior presença da esfera civil na condução dos negócios públicos encontrasse a discussão sobre modelos de democracia voltados para o incremento da participação civil. Ademais, todas as restrições apresentadas na literatura especializada sobre as parcas convicções democráticas e a baixa qualidade civil ou republicana da comunicação industrial de massa, somadas à aura não elitista, não governamental, não-corporativa da internet, foram razão suficiente para assegurar a esta última um lugar particular na discussão sobre democracia e participação popular.

É consabido que a experiência de democracia participativa no Brasil tem repercussão mundial sendo, em nosso entender, a mais importante da atualidade. Sabe-se que existem em torno de vinte e cinco mil conselhos de políticas públicas envolvendo a participação da sociedade: conselhos gestores, deliberativos e conselhos de direitos, em geral, de natureza consultivo-propositiva e de fiscalização; pelo menos duzentas experiências de Orçamento Participativo (OP)⁹ e mais de mil ouvidorias em funcionamento no país. Estes são os três principais institutos de participação cidadã na administração pública brasileira.

6 Graus de participação democrática

A vinculação entre democracia e participação civil na política possui diferentes ênfases, cada uma delas portando consigo um específico repertório de consequências teóricas e práticas. Há, a rigor, uma escala que vai crescendo em intensidade, desde graus mais moderados de reivindicações até formas mais efetivas de defesa da participação popular. Isso porque, nas variações do debate sobre democracia digital, o que interessa é a busca de maior participação da esfera civil nos processos de produção de decisão política. Esta participação pode assumir diversos graus, e sua intensificação seria o imaginário da democracia direta de inspiração grega.

Gomes propõe a existência de cinco graus de participação popular no emprego das TICs, que podem contemplar as diferentes compreensões da democracia (GOMES, 2004b):

a. Primeiro grau de democracia digital – é caracterizado pela ênfase na disponibilidade de informação e na prestação de serviços públicos. Gomes (2005, p. 218) os chama de “serviços de Estado entregues em domicílio ou a cidadania

⁹ O orçamento participativo, ou similar, é um mecanismo existente em alguns governos locais no Brasil, fundamentalmente criados pelo Partido dos Trabalhadores (PT). Consiste em uma abertura administrativa que estimula a reunião de cidadãos, enquanto públicos, sistematicamente, para deliberar e decidir sobre a aplicação de recursos da prefeitura, destinados a obras ou projetos de interesse geral.

delivery”. As TICs e o ciberespaço (incluiu-se a internet) seriam instrumentos democráticos na medida em que fazem circular informações governamentais genéricas e melhoram a prestação de serviços públicos. Pressupõe-se que o governo disponibiliza informações ou torna a prestação de serviços mais eficiente, mediante o emprego dessas tecnologias de comunicação. Há uma ênfase na eficiência instrumental da relação política.

No primeiro grau, no caso específico da relação política entre Estado e cidadão, prevalecem dois papéis claros: (1) o papel de um governo que busca suprir as necessidades de informação básica, serviços e bens públicos ao cidadão (como saúde, transporte, segurança, saneamento básico, facilidade no pagamento de impostos, desburocratização etc.); e (2) o papel de um cidadão que aguarda receber, sem transtornos e com rapidez (em casa, se for possível), esses serviços públicos oferecidos. A figura do cidadão se confunde, assim, com a figura de consumidor, sustentando uma tensão entre dois interesses distintos. (GANDY, 2002, p. 453)

Neste primeiro grau, na relação entre o governo e as TICs, prevalece à busca por produtividade e otimização da máquina estatal, sobretudo, os governos tratam as TICs e o seu *know-how* de uso da mesma forma como as empresas tratam os bens de capital e a racionalização para incrementar a produção (FREY, 2002, p. 143).

b. Segundo grau de democracia digital – há a utilização das TICs para coletar a opinião pública, usando esta informação para a tomada de decisão política e na configuração de “um Estado que consulta os cidadãos pela rede para averiguar a sua opinião a respeito de temas da agenda pública” (GOMES, 2004b, p. 6). É representada por modelos em que se verifica a intervenção da opinião e da vontade civil na decisão política relevante no interior do Estado.

Aqui, o emprego das TICs terá papel próximo ao de um “canal de comunicação”, embora a emissão continue predominantemente de mão única: o governo não cria um diálogo efetivo com a esfera civil, mas emite sinais para o público a fim de receber algum tipo de retorno. (SILVA, 2005)

Nos dois modelos, contudo, a participação civil é compatível com a alternativa de democracia representativa; o que há aqui de particular é apenas a reivindicação de que a autenticação civil da esfera política não se atenha exclusivamente a mecanismos eleitorais, devendo levar em conta, ademais, o

respeito pela disposição e opinião públicas. Neste sentido, Gomes (2005, p. 219) conclui:

Nestes dois graus mais elementares, o fluxo de comunicação parte da esfera política, obtém o *feedback* da esfera civil e retorna como informação para os agentes da esfera política. São as formas típicas sintetizadas na fórmula *G2C* (ou vetor *government to citizen*), que vem se popularizando nos últimos anos. O vetor vai, naturalmente, do governo para o cidadão.

c. Terceiro grau de democracia digital – é representado pela obrigação de prestação de contas do governo (*accountability*) e pelo princípio da transparência, gerando maior permeabilidade da esfera governamental para alguma intervenção da esfera civil. Esse princípio produzirá uma maior preocupação na responsabilidade política e, com isso, um maior controle popular sobre as ações governamentais.

A publicidade de informações, neste terceiro grau, é voltada para fortalecer a cidadania, concentrando energias na configuração de uma esfera governamental disposta a “evitar” a prática do segredo¹⁰. A permeabilidade política deste grau em relação à esfera civil também difere da porosidade do grau anterior. No caso do segundo grau, a porosidade política está restrita à recepção da opinião do público e a predisposição em considerá-la no processo de tomada de decisão política. No caso deste terceiro grau, esta permeabilidade ocorrerá mediante o controle público das ações governamentais propiciado pela transparência de suas ações. (SILVA, 2005)

d. Quarto grau de democracia digital – está fundamentado na “democracia deliberativa” de origem harbemasiana, que defende que só é legítima a lei a partir da efetiva participação do povo diretamente. Consiste na criação de processos e mecanismos de discussão e argumentação, visando ao convencimento mútuo, a fim de se chegar a uma decisão política tomada pelo próprio público. Aqui se encontram práticas mais sofisticadas de participação democrática. Como explica Dahlberg (2001, p. 167), “a democracia deliberativa requer mais interação democrática; é baseada no diálogo aberto e livre onde os participantes propõem

10 Como explica Gomes, “um dos grandes fantasmas a assombrar a democracia é a ideia de governo invisível, a ideia de que o Estado estaria sob o domínio de sujeitos não autorizados. Eis porque o público não gosta de composições secretas, montadas justamente para enclausurar a esfera política e ‘protegê-la’ do seu olhar” (GOMES, 2004a, p. 120). Importante notar que a prestação de contas também é um tipo de exposição de informação, como no primeiro grau. Porém, diferentemente deste grau mais elementar, a informação é potencialmente mais efetiva do ponto de vista da ação democrática da esfera civil porque demanda explicação e justificativa da esfera política sobre seus atos em relação aos negócios públicos. Existe aqui uma categoria de informação que gera maior controle civil sobre os atos governamentais.

e desafiam reivindicações e argumentos sobre problemas comuns. Neste processo, indivíduos privados se tornam cidadãos orientados publicamente”.

e. Quinto grau de democracia digital – Se o quarto grau de democracia digital é o mais intenso do ponto de vista da participação civil nos negócios públicos, o quinto grau é necessariamente o mais idealista na escala de participação civil, e a sua implementação acarretaria uma mudança significativa no modelo democrático. Neste último grau, as TICs teriam uma função fundamental: retomar o antigo ideal da democracia direta.

Embora o quarto grau também defenda o aumento da participação direta da esfera civil na produção da decisão política, se preocupar com os processos de deliberação, mantendo a esfera política em seu papel de representatividade.

No caso do quinto grau, em que pese também haver processos de deliberação (no sentido de discussão racional), a tomada de decisão não passa por uma esfera política representativa: a esfera civil ocupa o lugar da esfera política na produção da decisão. A ênfase aqui está no fato de que só argumentar não seria suficiente: é preciso deixar que o povo decida. Isto significaria “um estado governado por plebiscito” (GOMES, 2004b, p. 6).

O quinto grau, evidentemente, é representado pelos modelos de democracia direta, onde a esfera política profissional se extingiria porque o público mesmo controlaria a decisão política válida e legítima no interior do Estado. Trata-se do modelo de *democracy plug'n play*, do voto eletrônico, preferencialmente on-line, da conversão do cidadão não apenas em controlador da esfera política, mas em produtor de decisão política sobre os negócios públicos. O resultado do estabelecimento de uma democracia digital de quinto grau seria, por exemplo, um Estado governado por plebiscitos on-line em que à esfera política restaria exclusivamente às funções de administração pública. (GOMES, 2005, p. 219)

Numa democracia digital de quinto grau, prevalece a ideia de que, com as possibilidades interativas em massa das novas tecnologias da comunicação, a decisão deveria estar assim transferida diretamente para a esfera civil. Por estar fortemente baseado no modelo da democracia direta, este grau enfrenta sérios problemas pragmáticos e teóricos para sua implementação. Se levado a cabo isoladamente, sem observar suas possíveis repercussões, a exacerbação de alguns elementos pode gerar um tipo de autoritarismo sustentado pela demagogia ou populismo político.

7 As perspectivas e funções do governo eletrônico

O denominado governo eletrônico surgiu na década de 1990 a partir do esforço de incorporação das tecnologias da informação pelos Estados. Havia, na época, um cenário de globalização, bem como de profunda transformação histórica, cultural e estrutural, que muito contribuiu para a disseminação do Governo Eletrônico. A expressão governo eletrônico passou a ser utilizada em 1996 no governo Federal brasileiro. Segundo Pedro Parente (2004, p. 46), não havia, até então, “política específica, e as atividades ocorriam de maneira esparsa e não integrada, decorrentes do emprego convencional dos recursos de tecnologia da informação e comunicação”.

Contudo, só em 2000 o governo brasileiro lançou as bases para a criação de uma sociedade digital, ao instituir o Grupo de Trabalho Interministerial para examinar e propor políticas, diretrizes e normas relacionadas com as novas formas eletrônicas de interação, mediante o Decreto Presidencial de 3 de abril de 2000.

Logo depois, a Portaria da Casa Civil nº. 23 de maio de 2000 formalizou as ações do Grupo de Trabalho em Tecnologia da Informação (GTTI), coordenado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, e concentrou esforços em três das sete linhas de ação¹¹ do Programa Sociedade da Informação: Universalização de serviços; Governo ao alcance de todos e Infraestrutura avançada.

O Programa Sociedade da Informação tem como objetivo geral integrar, coordenar e fomentar ações para a utilização de tecnologias de informação e comunicação, de forma a contribuir para que a economia do país tenha condições de competir no mercado global e, ao mesmo tempo, contribuir para a inclusão social de todos os brasileiros na nova sociedade (TAKAHASHI, 2000, p. 5).

O informativo do Banco Nacional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BNDES, 2009, *on-line*), em 2009, definiu como funções características do governo eletrônico:

- a) A prestação eletrônica de informações e serviços;
- b) A regulamentação das redes de informação, envolvendo, principalmente, governança, certificação e tributação;
- c) A prestação de contas públicas, transparência e monitoramento da execução orçamentária;
- d) O ensino a distância, alfabetização digital e manutenção de bibliotecas virtuais;
- e) A difusão cultural com ênfase nas identidades locais, fomento e preservação de culturas locais;
- f) O e-procurement, isto é, aquisição de bens e serviços por meio da internet, como licitações

11 As linhas de ação da Sociedade da Informação no Brasil são: 1. Mercado, trabalho e oportunidade; 2. Universalização de serviços para a cidadania; 3. Educação na sociedade da informação; 4. Conteúdos e identidade cultural; 5. Governo ao alcance de todos; 6. P&D, tecnologias-chave e aplicações e 7. Infraestrutura avançada e novos serviços.

públicas eletrônicas, pregões eletrônicos, bolsas de compras públicas virtuais e outros tipos de mercados digitais para os bens adquiridos pelo governo; g) O estímulo aos e-negócios, por meio da criação de ambientes de transações seguras, especialmente para pequenas e médias empresas.

Para melhor compreender o tema, surge o importante instituto da ciberdemocracia, que propõe uma reflexão sobre a participação popular nas tomadas de decisões políticas, permitindo que o cidadão contemporâneo acompanhe, de forma veloz e transparente, as informações e as mudanças dos processos sociopolíticos de seu Município, Estado ou País, por meios dos websites e portais governamentais.

Azevedo (apud Kakabadse 2009, *online*) expõe que a ciberdemocracia “pode ser entendida como a capacidade dos novos ambientes de comunicação em ampliar o grau e a qualidade da participação pública no governo”.

Nesta mesma linha, Pierre Lévy (2003, p. 123-124) afirma:

[...] esta espantosa disponibilidade das informações, de toda a espécie, respeitantes à vida política, assim como o frequentar de fóruns de discussão civilizados e bem organizados, tornam o debate político cada vez mais ‘transparente’ e preparam uma nova era do diálogo político que conduz a democracia a um estágio superior: a ciberdemocracia.

Dessa forma, a ciberdemocracia encontra-se no âmbito do maior acesso à informação governamental e da interação entre o Estado e sociedade civil, através da utilização dos meios eletrônicos. Um dos mecanismos relacionados à efetivação desta nova fase da democracia é o governo eletrônico (e-gov). Este é, hodiernamente, compreendido como um dos principais mecanismos de modernização do Estado.

Ainda neste aspecto, a ciberdemocracia se manifesta no uso das novas Tecnologias da Informação e da Comunicação (TICs), com o escopo de reconfigurar práticas políticas e instituições democráticas. Encontra-se no cerne de sua concepção o desejo de ampliar, aprimorar ou transformar o sistema democrático contemporâneo, concedendo-lhe um caráter mais participativo e mais comunicativo ou discursivo (AZEVEDO, 2009, *online*).

Trata-se de uma propensão global, em que os governos tentam concentrar esforços no desenvolvimento de políticas e definições padrões, utilizando-se dos processos de assimilação de Tecnologia da Informação e Comunicação, visando mudar a maneira com que o governo interage com outros governos, com seus fornecedores e com o cidadão. Para Ruediguer (2002, p. 1):

O governo eletrônico é, atualmente, um experimento em construção, e sua dimensão política mais avançada – a governança eletrônica – não pode ser considerada um mero produto ofertado ao cliente em formato acabado, mas, considerando-se sua natureza eminentemente política, e, portanto, pública, pode ser percebido como um bem público, passível de acesso e desenvolvido por processos também sociais, o que o leva a constantes transformações.

Na mesma esteira, Menezes e Fonseca (2005, p. 333) ensinam que a noção de governo eletrônico se “constitui no uso, pelos governos, das novas tecnologias da informação e comunicação na prestação de serviços e informações para cidadãos, fornecedores e servidores”. Para Lévy (1999, p.86):

A verdadeira democracia eletrônica consiste em encorajar, tanto quanto possível – graças às possibilidades de comunicação interativa e coletiva oferecidas pelo ciberespaço –, a expressão e a elaboração de problemas da cidade pelos próprios cidadãos, a auto-organização das comunidades locais, a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões, a transparência das políticas públicas e sua avaliação pelos cidadãos.

Vale ressaltar que este conceito não se limita unicamente a automatizar os processos ou disponibilizar serviços públicos através de serviços *online*, mas se trata de uma nova via utilizada pelo governo para o cumprimento do papel do Estado (FEITOSA; FREIRE; LOPES, 2008, p. 3228).

A propósito, o Governo Eletrônico tem privilegiado três frentes fundamentais: a interação com o cidadão, a melhoria da sua própria gestão interna e a integração com parceiros e fornecedores. Aqui, torna-se importante informar que o governo eletrônico engloba, principalmente, três tipos de transações, que podem ser identificadas como: *Government to Government (G2G)*, *Government to Business (G2B)* e *Government to Citizen (G2C)*. Neste sentido, Fernandes as define (2005, p. 1):

G2G, quando se trata de uma relação intra ou intergovernos; *G2B* caracterizado por transações entre governos e fornecedores e *G2C* envolvendo relações entre governos e cidadãos. Estas transações ocorrem não apenas por meio da Internet, mas também por meio de telefonia móvel, televisão digital, *call centers* e outros tipos de aplicações ligadas aos computadores pessoais.

Pinto, nesse contexto, nos informa:

Em relação ao cidadão, estão sendo criados portais na Internet que funcionam como verdadeiros balcões virtuais de informação e de atendimento para a prestação de serviços. Para a gestão interna, está sendo promovida a integração entre os sistemas em rede interna [...]. A integração entre parceiros e fornecedores está sendo desenvolvida [...]. A estrutura relacional a ser constituída entre os principais atores neste processo envolverá governo, cidadãos/clientes e empresas, dentro das diversas possibilidades de transações eletrônicas. (PINTO, 2008, *online*).

Em linhas gerais, pode-se destacar como sendo funções do governo eletrônico (e-gov), segundo Fernandes (2000, p. 01):

a) prestação eletrônica de informações e serviços; b) regulamentação das redes de informação, envolvendo principalmente governança, certificação e tributação, c) prestação de contas públicas, transparência e monitoramento da execução orçamentária, d) ensino à distância, alfabetização digital e manutenção de bibliotecas virtuais, e) difusão cultural com ênfase nas identidades locais, fomento e preservação de culturas locais, f) *e-procurement*, isto é, aquisição de bens e serviços por meio da Internet, como licitações públicas eletrônicas, pregões eletrônicos, bolsas de compras públicas virtuais e outros tipos de mercados digitais para os bens adquiridos pelo governo, g) estímulo aos e-negócios, através da criação de ambientes de transações seguras, especialmente para pequenas e médias empresas.

Assim, pode-se afirmar que o e-gov é toda e qualquer interação por meio eletrônico que objetiva “fornecer e obter informações, prestar serviços, bem como transacionar bens e serviços à distância, entre governo e cidadãos, e entre governo e empresas.” (MENEZES, 2005, p. 336). Percebe-se, portanto, que o Governo Eletrônico tem uma estrutura traçada. Resta-nos examinar sua atuação no Brasil.

8 A atuação do governo eletrônico no Brasil

O Governo Eletrônico Brasileiro tem sua diretriz fundamentada em sete princípios inseridos no Relatório Consolidado das Oficinas de Planejamento Estratégico. Estes devem servir como referência geral para estruturar as estratégias de intervenção, adotadas como orientações para todas as ações de governo eletrônico, de gestão do conhecimento e da gestão da Tecnologia de Informação do governo federal. São eles (BRASIL, 2004, p. 8):

1. Promoção da cidadania como prioridade;
2. Indissociabilidade entre inclusão digital e o governo eletrônico;
3. Utilização do software livre como recurso estratégico;
4. Gestão do Conhecimento como instrumento estratégico de articulação e gestão das políticas públicas;
5. Racionalização dos recursos;
6. Adoção de políticas, normas e padrões comuns;
7. Integração com outros níveis de governo e com os demais poderes.

Nota-se, a princípio, que a prioridade do Governo Eletrônico deve ser a promoção da cidadania. O cidadão não deve ser compreendido como um mero “cliente” dos serviços públicos, mas, sim, como um membro participante da política e da democracia. Isso significa dizer que o governo eletrônico “visa reforçar as capacidades de ação das populações, mais do que sujeitá-las a um poder” (LEVY, 1999, p. 367). Tal postura traz benefícios não só para representantes eleitos para o governo e administração do Estado, mas para representados, cidadãos que passam a ter oportunidades de participação que vão além do momento da eleição. Nesta esteira, Bento afirma:

Acredita-se que os governos que asseguram a participação dos cidadãos na formulação, implantação e implementação de políticas públicas, graças à sustentabilidade política e legitimidade que logram obter para seus programas de ação, tornam-se muito mais eficientes do que poderia ser qualquer equipe de tecnocratas altamente especializados e insulados frente à população, na medida em que contam com o apoio desta enfraquecendo as resistências da oposição, evitando o desgaste político de intervenções autoritárias. (BENTO, 2003, p. 219 apud NOVELLI, 2006, p. 81)

A viabilização desse novo processo demanda uma nova visão cultural, a qual permita a circulação fluida de informação, transparência, diálogo aberto com o público e mobilização a serviço do cidadão. Destarte, o governo eletrônico, “mais do que um provedor de serviços *online*, poderá ser, sobretudo, uma ferramenta de capacitação política da sociedade” (RUEDIGER, 2002, p. 30).

A partir dessas ações haverá um fortalecimento das relações entre governo e cidadãos e como consequência um estímulo à participação popular. Segundo Malagone Pimenta (2010), é “possível aumentar a confiança no governo, assegurar entendimento, apoio e, até mesmo, legitimidade às ações e decisões governamentais”.

O governo eletrônico tem como referência os direitos coletivos, mas, evidentemente, essa visão não abandona a preocupação do governo em atender às necessidades e demandas dos cidadãos individualmente, pois a vincula aos

princípios da universalidade, da igualdade e da equidade, na oferta de serviços e informações (BRASIL, 2004, p. 9).

Uma diretriz importante do governo eletrônico é de promover a universalização do acesso aos serviços públicos em termos de cobertura e equanimidade da qualidade oferecida, através dos mandamentos:

1. Provimento de serviços deve priorizar os serviços básicos de interesse dos cidadãos que cubram amplas parcelas da população;
2. Os sítios e serviços on-line do Governo Federal devem priorizar a prestação de serviços para as classes C, D, E, sem detrimento da qualidade dos demais serviços já disponíveis na Internet;
3. Os sítios e serviços on-line do Governo Federal devem utilizar tecnologias inclusivas e não excludentes e oferecer garantia de acesso universal, abrangendo portadores de necessidades especiais, cidadãos de baixa escolaridade e usuários de diversas plataformas;
4. Governo eletrônico deve assegurar a impessoalidade no acesso aos serviços públicos como forma de garantia de acesso e rompimento com tradições clientelistas;
5. Os sistemas legados deverão ampliar suas funcionalidades de serviços baseados nas demandas dos cidadãos usuários. (BRASIL, 2004, p. 9).

Certo é que a universalização de serviços para o cidadão é uma condição fundamental para o sucesso dessa nova sociedade. Ocorre que, para a real operacionalização desta realidade, concorda-se plenamente com as opiniões de Rodrigues, Simão e Andrade (2003, p. 93) que entendem que, para uma universalização de fato:

[...] é preciso criar condições para a inclusão de populações de baixa poder aquisitivo nas redes digitais, proporcionando-lhes habilitações básicas para o uso dos computadores e da internet. A partir daí, o cidadão pode melhorar seu nível de conhecimento para tirar proveito do conteúdo que circula na rede.

Sabe-se que, hoje, o acesso à rede é intenso; entretanto, vislumbra-se que uma alternativa para boa parte da população brasileira que ainda não possui computadores seria a criação de unidades estanques como quiosques eletrônicos ou unidades comunitárias de acesso à Internet que possibilitem a participação democrática dos cidadãos. A implementação dessa opção estaria estreitamente ligada a ações de universalização de serviços ao cidadão promovido pelo Estado.

Daí dizer que o conceito de universalização deve abarcar também o de democratização, visto que não se trata tão unicamente de disponibilizar os meios de acesso e de capacitar os indivíduos para tornarem-se usuários da rede, mas,

sobretudo, de permitir que o indivíduo atue como cidadão-participante dos conteúdos que circulam na internet. Nesse sentido, para Takahashi:

É imprescindível promover a alfabetização digital, que proporcione a aquisição de habilidades básicas para o uso de computadores e da Internet, mas também que capacite as pessoas para a utilização dessas mídias em favor dos interesses e necessidades individuais e comunitários, com responsabilidade e senso de cidadania. Fomentar a universalização de serviços significa, portanto, conceber soluções e promover ações que envolvam desde a ampliação e melhoria da infraestrutura de acesso até a formação do cidadão, para que este, informado e consciente, possa utilizar os serviços disponíveis na rede. (BRASIL, 2000, p. 31)

Assim, a universalização dos serviços de informação e de comunicação torna-se condição para a inclusão do indivíduo como cidadão, a fim de efetivar e legitimar as decisões do governo eletrônico e de se construir uma sociedade da informação para todos.

Além disso, priorizando sempre a promoção da cidadania, o governo eletrônico deve tornar disponível a informação pública de maneira acessível e compreensível, utilizando a internet como um canal de comunicação entre o governo e a sociedade, permitindo a participação popular e a interatividade com o cidadão.

A inclusão digital antes de ser objeto de políticas públicas é um direito do cidadão e deve ser tratada como um elemento constituinte da política de governo eletrônico, isso para configurar-se como política universal. Pode ser definida como um processo de alfabetização tecnológica e acesso a recursos tecnológicos, “no qual estão inclusas as iniciativas para divulgação da Sociedade da Informação entre as classes menos favorecidas, impulsionadas tanto pelo governo como por iniciativas de caráter não governamental” (NAZARENO et al. 2002, p. 14).

Para ampliar o acesso às tecnologias da informação, o governo brasileiro desenvolve o Programa Brasileiro de Inclusão Digital e também estabelece parcerias com governos estaduais, municipais, organizações não governamentais e outras entidades da sociedade civil. Neste sentido, Santos afirma:

Não podemos fazer uma política de inclusão digital apenas do ponto de vista do Estado. Precisamos criar um ambiente institucional que promova a inclusão na sociedade em rede. Somente com um novo pacto social conseguiremos aproveitar o potencial transformador das novas tecnologias da informação e comunicação para construirmos

uma sociedade mais inclusiva e democrática. (SANTOS, 2010, *online*)

Porém, a articulação à política de governo eletrônico não pode levar unicamente a uma visão instrumental da inclusão digital.

Não se trata, portanto, de contar com iniciativas de inclusão digital somente como recurso para ampliar a base de usuários (e, portanto, justificar os investimentos em governo eletrônico), nem reduzida a elemento de aumento da empregabilidade de indivíduos ou de formação de consumidores para novos tipos ou canais de distribuição de bens e serviços. Além disso, enquanto a inclusão digital concentra-se apenas em indivíduos, ela cria benefícios individuais, mas não transforma as práticas políticas. Não é possível falar destas sem que se fale também da utilização da tecnologia da informação pelas organizações da sociedade civil em suas interações com os governos, o que evidencia o papel relevante da transformação dessas mesmas organizações pelo uso de recursos tecnológicos. (BRASIL, 2004, p. 12)

Desse modo, a criação de uma infraestrutura pública para extensão do acesso à Internet aos setores impedidos de ter acesso individual deve ser o centro da estratégia do governo federal, como forma de superação de desigualdades, de promover a universalização do acesso e o uso crescente dos meios eletrônicos de informação para gerar uma administração eficiente e transparente em todos os níveis. Para Takarashi, a chamada “alfabetização digital” é elemento-chave nesse quadro (BRASIL, 2000, p. v).

Outro fato relevante para o governo eletrônico no Brasil é a *utilização do software livre como recurso estratégico*. Para Daniel Ribeiro (2004, p. 13), *Software Livre* é o *software* disponibilizado gratuitamente ou comercializado, “com as premissas de liberdade de instalação; plena utilização; acesso ao código fonte; possibilidade de modificações/aperfeiçoamentos para necessidades específicas; distribuição da forma original ou modificada, com ou sem custos”.

A filosofia do Software Livre surge como oportunidade para disseminação do conhecimento e como nova modalidade de desenvolvimento tecnológico, cumpre, ainda, as determinações do Governo Eletrônico, assim como os padrões estabelecidos pela *e-PING*¹².

12 A arquitetura e-PING (Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico) define um conjunto mínimo de premissas, políticas e especificações técnicas que regulamentam a utilização da Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC) no governo federal, estabelecendo as condições de interação com os demais Poderes e esferas de governo e com a sociedade em geral.

Quanto à gestão do Conhecimento como instrumento estratégico de articulação e gestão das políticas públicas, na esfera da administração pública, as políticas de governo eletrônico devem incorporar estratégias para efetivar a implementação de iniciativas em gestão de conhecimento, no sentido de democratizar o conhecimento nas organizações públicas. Assim, as melhores práticas em gestão do conhecimento devem ser sistematicamente identificadas, acompanhadas e compartilhadas entre os “atores do governo eletrônico”: governo, cidadão e sociedade civil.

Já a *racionalização dos recursos*, mais do que um princípio, é atribuição do Comitê Executivo do Governo Eletrônico, encarregado de coordenar a implantação de mecanismos de racionalização de gastos e de apropriação de custos na aplicação de recursos em tecnologia da informação e comunicações, no âmbito da Administração Pública Federal.

O governo eletrônico não pode gerar aumento dos dispêndios do governo federal na prestação de serviços e em tecnologia da informação (BRASIL, 2004, p. 19). Nesta esteira, grande parte das iniciativas de governo eletrônico pode ser realizada através do compartilhamento de recursos entre órgãos públicos.

O projeto de governo eletrônico visa não só melhorar a relação entre governo e população, mas também reduzir custos. Para tanto, torna-se necessário que as novas TICs, os novos modelos de gestão e as iniciativas de governo eletrônico sejam alternativas de racionalização de custos, utilizando inovações em métodos computacionais que reduzam a demanda por infraestrutura.

Quanto à *adoção de políticas, normas e padrões comuns*, o Governo Eletrônico deve contar com um arcabouço integrado de políticas, sistemas, padrões, normas e métodos que visam ao sucesso da implementação do e-gov. Com esse objetivo, o Governo Federal lançou, em marco de 2005, a arquitetura Padrão de Interoperabilidade de Governo Eletrônico (*e-PING*), um conjunto mínimo de premissas, políticas e especificações técnicas que regulamenta a utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação no Governo Federal. Essa interação permite aumentar o intercâmbio de informação entre União, Estados e Municípios (NAZARENO, 2006, p. 141).

A interoperabilidade tem como campo de atuação, além da administração pública, os poderes do Estado, a sociedade civil e todos os indivíduos ou organizações que se aproveitem da troca de dados e informação. Pode ser definida como uma cadeia de protocolos, padrões e especificações técnicas que permitem a interligação, envolvendo os fluxos de informação e os sistemas de computação dentro das organizações e entre elas, e abrangendo a administração pública, as empresas e os cidadãos.

Além disso, o Governo Eletrônico pretende estabelecer, através da arquitetura *e-PING*, padrões de interoperabilidade abertos e públicos, com a finalidade de elaborar integralmente o conjunto de políticas correlacionadas à

Política de Gestão do Conhecimento, à Política de Inclusão digital e à Política de software livre.

Por fim, tem-se a *integração governo eletrônico com outros níveis de governo e com os demais poderes*. De fato, o governo eletrônico deve ser um conjunto de iniciativas que garanta a integração de ações nos vários níveis de governo e dos três Poderes, já que a natureza federativa do Estado Brasileiro e a divisão dos Poderes não podem significar obstáculo para a integração das ações de governo eletrônico.

Cabe ao Governo Federal criar recursos de integração entre o governo eletrônico e os entes estatais, além de estabelecer estratégias de parceria com Estados e Municípios, na facilitação do acesso a serviços prestados, por via eletrônica, pelo Governo Federal, simplificar os procedimentos entre Administração Pública Federal e Governos estaduais e municipais e articular e estimular ações de Governo Eletrônico destinadas à prestação de serviços aos cidadãos (BRASIL, 2004, p. 23).

Após breve pesquisa no modelo e-gov e nas ferramentas disponibilizadas na internet pelos Estados e Municípios da Federação do Brasil, percebe-se que é possível detectar a existência de três graus de democracia digital no uso da internet dos governos: respectivamente, o primeiro, segundo e terceiro grau. Contudo, pratica-se, com predomínio, a democracia digital de primeiro grau, aquela com característica “informativa”, com presença de informações genéricas e institucionais, notícias sobre a administração pública, presença de legislação, possibilidade de emissão de documentos oficiais, dentre outros.

Quanto ao segundo e terceiro graus, é possível afirmar que várias cidades não possuem sequer a existência estruturada nos seus portais.

Os portais que com característica de democracia de segundo grau possuíam ouvidorias voltadas a receber opinião pública, porém não publicadas e apresentavam informações no portal sobre infraestrutura tecnológica para propiciar acesso e uso das TICs ao usuário. Ou seja, uma análise empírica demonstra que o segundo grau existe basicamente em função da disponibilização no portal de ferramenta voltada para receber críticas, reclamações ou sugestões sem que estas sejam publicadas no portal. Não há sistemas avançados de coleta de dados que possam tornar essa coleta mais bem estruturada; não há sondagens temáticas nem do tipo discursivo.

Já no caso do terceiro grau, o elemento que sustenta sua existência é fundamentalmente a disponibilidade de balanços financeiros e documentos de arrecadação fiscal, sendo que foram encontradas, nos portais, ferramentas virtuais que possibilitam o acompanhamento financeiro dos Governos, através de balancetes e prestação de contas de entradas e saídas. Percebe-se, porém, que esta disponibilização não é acompanhada de mecanismos que facilitem a compreensão do cidadão por serem altamente técnicos.

Pode-se constatar, infelizmente, que a democracia de terceiro grau nos portais das capitais brasileiras ocorre, de modo geral, sustentada pelo mecanismo constitucional obrigatório de prestação de contas e não por um projeto de governo preocupado claramente com a transparência.

Aqui, oportuno se faz analisar a ausência do quarto e quinto graus nos portais das capitais brasileiras. Não há elementos tipificadores desses dois graus.

Especificamente em relação ao quarto grau, é possível encontrar, de modo bem isolado, informações sobre processos de deliberação através do chamado Orçamento Participativo. Porém, não há referências sobre a utilização das TICs ou da internet como meio de comunicação para viabilizar a participação nesse mecanismo deliberacionista. Isso leva a crer que, embora haja práticas de deliberação pública na cultura política de alguns governos, as potencialidades das TICs (neste caso, a internet) não estão sendo empregadas atualmente no Brasil para este fim.

Em relação ao quinto grau, não há referência, ainda que textual, sobre elemento ou tema que possa ser vinculado às suas características. Essa ausência tão absoluta demonstra que a visão de democracia direta através do emprego das TICs não ganhou força nos governos das capitais brasileiras. Pelo menos, ainda não está repercutindo nos portais verificados, nem mesmo a título de discurso.

Outro aspecto que deve ser observado diz respeito à precariedade de informações sobre inclusão digital. Além disso, não foram encontrados “espaços públicos” do tipo fóruns *online* ou mural de críticas, em que o cidadão possa se expressar, ler e comentar as críticas dos seus pares, de forma a possibilitar um grau potencialmente maior de intervenção dialógica da opinião pública, na busca de maior transparência dos atos administrativos

Diante do exposto, conclui-se que governo eletrônico é um conceito novo que não pode ser entendido como uma simples ideia de um governo informatizado, mas como um Estado aberto e ágil para atender às necessidades da sociedade. Daí a importância de que sejam utilizadas as Tecnologias da Informação e Comunicação para ampliar a cidadania, a transparência e a participação dos cidadãos. Neste sentido, é que as diretrizes e os princípios estratégicos de implementação da política de governo eletrônico surgem como normas e recomendações técnicas para a melhor administração dos sites governamentais, de maneira que se enquadrem dentro da filosofia do *e-government*, sempre focados nas necessidades dos cidadãos.

9 Das vantagens e limites da democracia digital

A democracia digital como experiência tem o objetivo de assegurar a participação do público nos processos de produção de decisão política. Como já estudado, há alguns graus de participação popular proporcionados pela infraestrutura da internet, que parecem satisfazer diferentes compreensões da

democracia. Acha-se que a democracia deliberativa habermasiana seria a que proporcionaria uma decisão política legitimada pelo povo que dela participou. A discussão é importante, pois no Brasil o povo ainda não se mostra totalmente engajado e preparado para uma efetiva participação democrática de forma direta, como é o ideal da democracia deliberativa digital.

Resta examinar os graus inspirados nas ideias de esfera pública e democracia deliberativa, na tentativa de evidenciar suas virtudes e seus limites.

Antes de tudo as virtudes, a começar pelo fato real de que, para quem tem acesso a um computador e capital cultural para empregá-lo no interior do jogo democrático, a internet é um recurso valioso para a participação política. Nesse sentido, a internet oferece numerosos meios para a expressão política e um determinado número de alternativas que podem influenciar os agentes da esfera política. Por isso mesmo, o Governo Eletrônico tem nos seus dispositivos um repertório de instrumentos para que os cidadãos se tornem politicamente ativos, o que promoveria uma reestruturação, em larga escala, dos negócios públicos e conectaria governos e cidadãos.

Dessa forma, a internet pode desempenhar um papel importante na realização da democracia deliberativa, assegurando aos interessados a possibilidade de participar do jogo democrático e deixando à disposição do cidadão duas ferramentas fundamentais: a informação política atualizada e a oportunidade de interação.

Além disso, a interatividade promoveria o uso de plebiscitos eletrônicos, permitindo sondagens, referendos instantâneos e o voto realizado da casa do eleitor. Com a internet, adquirir e disseminar informação política on-line tornou-se rápido, fácil, barato e conveniente (BABER, 2003). A informação disponível na internet é frequentemente desprovida das coações dos meios industriais de comunicação, o que significa que, em geral, não é distorcida ou alterada para servir a interesses particulares, nem a forças do campo político nem à indústria da informação.

Noutro giro, há perspectivas utópicas afirmando que uma comunicação política mediada pela internet deveria facilitar uma democracia de base (*grassroots*) e ainda reuniria os povos do mundo numa comunidade política sem fronteiras. Entretanto, a fase entusiasmada da literatura que acreditava na ideia que a internet resolveria todos os problemas da comunicação política passou e começa-se a destacar as insuficiências dessa infraestrutura (WILHELM, 2000).

Não se pode esquecer que os públicos da Internet foram em geral expandidos de forma a incluir, por exemplo, mulheres e diferentes classes sociais. Todavia, mesmo nas democracias liberais mais arraigadas temos um problema da participação civil na decisão política relacionado ao sistema social, em que o público não se importa ou se importa pouco com a produção da decisão política (PAPACHARISSI, 2002, p. 18).

Não resta dúvida quanto ao fato de a internet proporcionar instrumentos e alternativas de participação política civil. Todavia, apenas o acesso à internet não é capaz de assegurar o incremento da atividade política, menos ainda da atividade política argumentativa. Pesquisas empíricas sobre comunicação política por meio da internet demonstram que as discussões políticas *online*, embora permitam ampla participação, são dominadas por uns poucos, do mesmo modo que as discussões políticas em geral. Ou seja, apesar das enormes vantagens aí contidas, a comunicação on-line não garante instantaneamente uma esfera de discussão pública justa, representativa, relevante, efetiva e igualitária. Na internet ou “fora” dela, é livre opinar, mas se deve exercer a opinião. Nesta esteira, Gomes (2005, p. 221):

Além disso, com o predomínio de democracias digitais de primeiro grau, os sites partidários são em geral meios de expressão de mão única, e os sites governamentais se constituem como meios de *delivery* dos serviços públicos. Faltam nestes ambientes espaços para outras formas de acolhimento da opinião do público, que atinjam os destinatários finais, aqueles produtores de decisão política. Daí se, por um lado, a internet permite que eleitores forneçam aos políticos *feedbacks* diretos a questões que eles apresentam, independentemente dos meios industriais de comunicação, por outro lado, não garantem que este retorno possa eventualmente influenciar a decisão política. Na verdade, pesquisas sugerem que a esfera política virtual de alguma maneira reflete a política tradicional, servindo simplesmente como um espaço adicional para a expressão da política mais do que como um reformador radical do pensamento e das estruturas políticas. [...] nem toda informação política na internet é democrática, liberal ou promove democracia. A mesma possibilidade de anonimato que protege a liberdade política contra o controle de governos tirânicos e o controle das corporações é reforço considerável para conteúdos e práticas tirânicas, racistas, discriminatórias e antidemocráticas na internet.

O autor quer dizer que quem tem acesso à informação on-line, pode gerenciá-la e, pode produzi-la, estando equipado com ferramentas adicionais para ser um cidadão mais ativo e um participante da esfera pública. Em compensação, as tecnologias tornam a participação na esfera política mais confortável e acessível, mas não a garantem.

Certo é que os meios, os instrumentos e as ferramentas que constituem a internet são apenas mais um recurso dentre os dispositivos sociais da prática política, que para Gomes (2005, p. 221) “ainda novo, ainda pouco experimentado, ainda em teste”.

Contudo, não se concorda com tal posição, vez que a internet já se encontra disseminada entre nós repleta de inéditas oportunidades de participação na esfera política. O que ainda falta disseminar entre o povo brasileiro é uma cultura de participação política.

10 Considerações finais

A democracia digital refere-se, em geral, às possibilidades de extensão das oportunidades democráticas instauradas pela infraestrutura tecnológica das redes de computadores e se apresenta como uma oportunidade de superação das deficiências do estágio atual da democracia. Parte-se da percepção de que as instituições, os atores e as práticas políticas nas democracias representativas estão em crise, sobretudo em função da fraca participação política dos cidadãos e da separação nítida e seca entre a *esfera civil* e a *esfera política*.

A alternativa histórica à democracia representativa seria a democracia direta, vencida por inadequada às sociedades de massa e à complexidade do Estado contemporâneo – que exige profissionalismo (isto é, dedicação exclusiva, formação e competência) de quem governa e de quem legisla.

A introdução de uma nova infraestrutura tecnológica, entretanto, faz ressurgir fortemente as esperanças de modelos alternativos de democracia, que implementem uma terceira via entre a democracia representativa e a democracia direta. Este modelo gira ao redor da ideia de democracia participativa e, nos últimos dez anos, na forma da democracia deliberativa, para a qual a internet é, decididamente, uma inspiração. A democracia digital se apresenta como uma alternativa para a implantação de uma nova experiência democrática fundada numa nova noção de democracia.

A questão ainda não respondida é se tal deliberação produz precisamente algum efeito na produção da decisão política do Estado. Questiona-se, portanto, a legitimidade das decisões políticas em face desta participação digital. A rigor, em parte considerável dos casos trata-se de uma esfera pública não deliberativa ou simplesmente daquilo que podemos chamar de *conversação civil*, quando a reivindicação da democracia forte seria uma esfera pública deliberativa civil.

Construir e manter canais de interatividade que explorem o potencial das novas tecnologias para o aperfeiçoamento de processos de gestão é um dos maiores desafios dos governos democráticos da atualidade. Daí o surgimento do projeto “Governo Eletrônico”. Subjacente à busca por meios de utilização inteligente da internet, o Governo deveria efetivamente viabilizar que as decisões políticas sejam tomadas por meio de uma participação da sociedade de forma deliberativa, a fim de se obter uma decisão legítima. Para tanto, seriam necessários instrumentos como consultas públicas online, fóruns virtuais e outros meios de envolvimento

dos cidadãos com a política pela rede. São ações que tendem a diminuir eventuais resistências às novas circunstâncias virtuais, visando obter ganhos de eficiência na gestão pública.

Como se viu, a democracia digital apresenta cinco graus que possibilitam a participação da sociedade na vida política do Governo. Entende-se que o grau ideal é representado pela democracia deliberativa habermasiana, haja vista ser o modelo que defende a participação do cidadão através da deliberação na comunicação mediada por computadores, compreendendo-a como debate ou entendendo-a como produção de decisão argumentada e discutida.

Certo é que, em todos os modelos de democracia digital, a experiência da internet é vista, ao mesmo tempo, como instrumento de participação política protagonizada pela esfera civil e como meio para a participação popular na vida pública.

A informação é uma necessidade social e substancial para a democracia, ao promover o intercâmbio de ideias, permitir a formação de opinião pública livre, defender a parte essencial dos direitos políticos de participação e exercer um controle frente à relação às autoridades públicas. Uma importante questão que se apresenta são os efeitos dos meios de comunicação para a democracia. Estes meios parecem estar suplantando as atividades políticas, liderando as relações entre os cidadãos e o Estado e envolvendo-se em todas as questões cruciais que circundam os interesses públicos. Assim, é importante observar até que ponto os meios de comunicação podem substituir o papel desempenhado pelos partidos políticos.

Após apresentar uma breve abordagem do tema “Governo Eletrônico” percebeu-se que o projeto tem fundamentos, diretrizes e funções louváveis, que tendem a possibilitar a inserção do cidadão nas ferramentas digitais capazes de legitimar as decisões políticas do país. Entretanto, ao verificar a efetividade do programa nos Estados e Municípios brasileiros, chega-se a conclusão de que, em nível de participação da democracia digital em graus, o Brasil pratica predominantemente o primeiro grau da democracia, aquele basicamente informativo, tendo apenas algumas passagens que se referem ao segundo e terceiro grau da democracia digital.

O cidadão deve estar apto para exercer a cidadania através da democracia como um todo, inclusive a digital. Parece que as pessoas, ainda, estão pouco disponíveis para a participação nas suas instâncias de produção da decisão política. Nesse sentido, talvez nem toda a debilidade de participação política contemporânea se explique em termos de dificuldade de acesso, raridade de meios e escassez de oportunidades. A abundância de meios e chances não formará, *per se*, uma cultura da participação política. Isso não quer dizer, por outro lado, que não se devam explorar ao extremo todas as possibilidades democráticas que a internet comporta.

Com efeito, a internet criou oportunidade para os diversos grupos das sociedades participarem e se inserirem em discussões globais emergentes, e o Governo Eletrônico criou diretrizes de participação na democracia digital, mas o povo brasileiro precisa se mobilizar e participar efetivamente, exercitando sua cidadania e chamando para si a responsabilidade de criar um mundo melhor, condizente com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Referências

AZEVEDO, Dilvan Passos de. *Retórica e prática da democracia eletrônica: Comentários acerca do “gap” entre o discurso e a prática da ciberdemocracia*. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/compolitica/anais2006/Azevedo_2006.pdf>. Acesso em: 27 maio 2011.

BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* Debate sobre uma alternativa. 4. ed. Tradução Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 525.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. *Sociedade da Informação no Brasil*. Livro Verde. Org. Tadao Takahashi. Brasília: MCT, 2000.

_____. *Guia Livre: Referência de Migração para Software Livre do Governo Federal*. V. Ipiranga. 2004. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/guia-livre>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

DAHLBERG, L. Democracy via cyberspace: mapping the rhetorics and practices of three prominent camps. *New media & society*, v. 3, n. 2, p. 157-177, 2001.

FERNANDES, Andréa. E-governo: o que já fazem estados e municípios. *Informe-se BNDES*, n. 20, out. 2000.

FREY, K. Governança eletrônica: experiências de cidades europeias e algumas lições para países em desenvolvimento. In: EISENBERG, J.; CEPIK, M. (org.) *Internet e política: teoria e prática da democracia eletrônica*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

GANDY, O. H. The real digital divide: citizens versus consumers. In: LIEVROUW, L. A.; LIVINGSTONE, S. (org.) *Handbook of new media: social shaping and consequences of ICTs*. London: Sage, 2002.

GOMES, Wilson. A democracia digital e o problema da participação civil na decisão política. *Revista Fronteiras: estudos midiáticos*. Vol. VII, p 214-222, setembro/dezembro 2005

_____. *Ciberdemocracia: possibilidades e limites*. 2004. Conferência Inaugural do II Congresso Ibérico de Comunicação, Covilhã, Portugal (Inédito), 2004b.

_____. Internet, censura e liberdade. In: R. PAIVA (org.). *Ética, cidadania e imprensa*. Rio de Janeiro, Mauad, 2002, p. 133-164.

_____. *Transformações da política na era da comunicação de massa*. São Paulo: Paulus, 2004a.

HEXSEL, Roberto André. Propostas de ações de governo para incentivar o uso de software Livre. Curitiba, UFPR 2002. Relatório Técnico RT-DINF 004/2002. Disponível em <http://www.inf.ufpr.br/roberto>. Acesso em 26 fev. 2011.

HILL, K.; HUGHES, J. *Cyberpolitics: citizen activism in the age of the internet*. Oxford, Rowman & Littlefield, 1998.

LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

LOPES, Francisco Cristiano; FREIRE, Geovana Maria Cartaxo Arruda. Ciberdemocracia: os novos rumos de uma democracia planetária. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/ciberdemocraciaosnovosrumos.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

_____. *Governo eletrônico: graus de democracia digital no nordeste brasileiro*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/29646/public/29646-29662-1-PB.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2011.

LOPES, Francisco Cristiano; FREIRE, Geovana Maria Cartaxo Arruda; FEITOSA, Gustavo Raposo. Governo eletrônico: graus de democracia digital no uso da internet pelas capitais brasileiras. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XVII, 2008, Brasília. *Anais*. Brasília, 2008, p. 3225-3237.

MENEZES, Ana Maria Ferreira; FONSECA, Manoel Justiniano Melo da. Governo eletrônico: um novo caminho para a administração pública? *Análise & Dados*, Salvador, v. 15, n. 2-3, set./dez. 2005.

NAZARENO, Cláudio (et al.). *Tecnologias da informação e sociedade: o panorama brasileiro*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.

NOVELLI, Ana Lúcia Coelho Romero. O papel institucional da Comunicação Pública para o sucesso da governança. *Organicom: Revista Brasileira de Comunicação Organizacional e Relações Públicas*. ano 3, n.4, p. 75-89, 1º semestre de 2006.

PAPACHARISSI, Z. The virtual sphere: the internet as a public sphere. *New Media & Society*, v. 4, n. 1, p. 9-27, 2002.

PARENTE, Pedro; FERRER, Flôrência Santos, Paula. *E-government: o governo eletrônico no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIMENTA, Lidiane Malagone. Relações públicas governamentais: novas tendências para o relacionamento entre governo e cidadãos. Disponível em: <<http://www.portal-rp.com.br/bibliotecavirtual/relacoespublicas/relacoescomospublicos/0308.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2011.

PATEMAN, C. *Participation and democratic theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

PINHO, J. A. G. Investigando portais de governo eletrônico de estados no Brasil: muita tecnologia, pouca democracia. *RAP - Revista Brasileira de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 42, p. 471-493, 2008.

RIBEIRO, Daniel Darlen Corrêa. *Software livre na administração pública*. Estudo de caso sobre adoção do SAMBA na Auditoria Geral do Estado de Minas Gerais. Lavras, UFLA, 2004. Monografia de conclusão do curso de Especialização em Administração de Redes Linux.

RODRIGUES, G. M. ; SIMAO, J. B. ; ANDRADE, P. S. Sociedade da Informação no Brasil e em Portugal: um panorama dos Livros Verdes. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 32, 2003.

RUEDIGER, Marco Aurélio. Governo eletrônico e democracia - Uma Análise Preliminar dos Impactos e Potencialidades na Gestão Pública. *Revista O&S - Organizações E Sociedade*, v. 9, n. 25, 2002.

SANTOS, Rogério Santanna dos Santos. A inclusão digital requer novo pacto social entre governos e sociedade. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/inclusao/index.php/inclusao/article/view/1/1>>. Acesso em: 5 jun. 2011.

SILVA, Sivaldo Pereira. Graus de participação democrática no uso da Internet pelos governos das capitais brasileiras. *Revista Opinião Pública*, Campinas, vol.11, n.2, Out. 2005.

Recebido em 14/06/2011

Aceito para publicação em 29/02/2012

ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS CORREÇÕES DE ROTA DA CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

LAW ACTIVISM AND THE ROLE OF CONSTITUTIONAL COURTS
ON PATH CORRECTIONS OF REPRESENTATIVE
DEMOCRACY CRISIS

Emerson Ademir Borges de Oliveira¹

Sumario

1. Introdução. 2. As cláusulas de barreira e a representatividade da minoria. 3. A verticalização das coligações partidárias. 4. Fidelidade partidária. 5. O financiamento dos partidos políticos. 6. Inelegibilidade por vida pregressa. 7. Captação de sufrágio. 8. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The barrier clauses and minority representativeness. 3. The verticalisation of cross-party groupings. 4. Party loyalty. 5. The financing of political parties. 6. Non eligible because of previous life. 7. Suffrage acquisition. 8. Final remarks. References

Resumo

É tema recorrente a discussão acerca de uma certa crise da democracia representativa. Parte da doutrina pátria, de maneira crítica, tem insistido que o modelo atual de democracia, diante de nosso sistema representativo, tem afastado as pretensões populares do exercício do poder. Partindo de três pressupostos, a questão da proporcionalidade parlamentar, o distanciamento entre o representante e a ideologia partidária e a presença constante dos grupos de pressão no cenário político, nossa proposta é buscar na jurisprudência, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal o papel exercido pela Corte nas correções de rota dos desvios da democracia representativa. Para tanto, apresentam-se seis temas discutidos pelo STF e que, ao cabo, dão tratamento aos três pressupostos lançados: as cláusulas de barreira, a verticalização das eleições proporcionais, a fidelidade partidária, o financiamento dos partidos políticos, a inelegibilidade por vida pregressa e a captação de sufrágio. Paralelamente à exposição jurisprudencial, inclusive comparada, e doutrinária, apresentamos, em cada item, nosso posicionamento no sentido de saídas e técnicas mais viáveis para a discussão do realinhamento demo-

¹ Advogado da PETROBRÁS. Aluno especial do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo.

crático. Em meio a tais discussões, crescente se torna, ainda, a necessidade de uma reforma política, com matizes bem delineados e afinados com os citados princípios constitucionais atinentes ao exercício da democracia. Palavras-chave: Ativismo judicial. Cortes constitucionais. Sistema proporcional. Crise da representatividade. Cláusula de barreira.

Abstract

The topic concerning the crisis of representative democracy is a recurrent theme. Part of the Brazilian doctrine has been critically insisting that the current model of democracy, in our representative system, has pushed away the popular claims from the exercise of power. Based on three premises, the issue of a proportionality parliamentary system, the distance between the representative and the political party ideology and the constant presence of lobbyist in the political scene, our purpose is to search in the jurisprudence, especially in the Brazilian Supreme Court, the role played by this Court in correcting the issues that surround the representative democracy. In order to do so, the present study presents six topics discussed by Supreme Court that, finally, give treatment to the three assumptions mentioned: the barrier clauses, the verticalisation of proportional elections, the party loyalty, the financing of political parties, the ineligibility based on previous actions and the uptake of suffrage. At the same time to the exposition of doctrine and jurisprudence, including the foreign, we present in each item our position in order to find more viable solutions and techniques for the democratic realignment discussion. By analyzing these discussions, the necessity of a political reform with well-delineated concepts and connected with the constitutional principles relating the exercise of democracy become even clearer. Key words: Law activism. Constitutional courts. Pro rata system. Representation crisis. Barrier clause.

1 Introdução

Considerados alguns elementos como tradutores de algumas das formas que conduzem, dentro de nossa concepção, à ideia de uma crise da democracia representativa, cumpre buscar uma resposta para esses sintomas, na medida em que as Cortes Constitucionais são destinadas à manutenção de um sistema democrático representativo, que, longe de ideal, mais parece se afinar com o próprio conceito de Estado de Direito.

Valemo-nos, aqui, dentre outros sintomas, de essencialmente três fatores que nos parecem delinear, de maneira mais clara, a crise da representatividade: a) a questão da proporcionalidade parlamentar; b) o distanciamento entre o representante e a ideologia partidária; c) a presença constante dos grupos de pressão no cenário político.

Esclarece-se que não nos cabe, por ora, explorar conceitualmente esses sintomas, mas apresentar de que maneira a jurisprudência tem se voltado para tratar de temas que lhe dizem respeito.

A proposta de um ativismo judicial, para muitos reveladora de um desvio das funções do Estado², longe de uma concepção invasiva do Judiciário, revela-se tentadora não no sentido de efetivação de normas programáticas de cunho social, mas de proteção da temática eleitoral da Constituição Federal com base nos direitos fundamentais que trabalham com a representatividade e com o exercício de função política (artigos 1º, I, II, III, V e parágrafo único; 2º; 5º, LXX, “b”, LXXIII; 16; 17; 37).

Isto é, objetiva-se responder ao questionamento acerca da forma como o Judiciário pode contribuir para uma tentativa de reconstrução contemporânea de um sistema representativo em crise, com base nas próprias disposições constitucionais, sobretudo diante de uma proibição de retrocesso visualizada na democracia (*effèt cliquet*, para a doutrina francesa, ou “proibição de contrarrevolução social” ou, ainda, “proibição da evolução reaccionária”³), até porque, em última análise, o oferecimento de condições condignas para o desenvolvimento de uma democracia representativa deságua na evolução do Estado Social.

Vale dizer, a atividade judiciária, nesse ponto, conduz a uma ideia de efetivação da própria democracia, amparada em princípios tais como a impessoalidade e a moralidade, que, ao serem deixados de lado, traduzem-se na crise do próprio sistema representativo.

Auxiliam-nos, ainda, o princípio da continuidade do Estado e o princípio federativo. Inegável, outrossim, o apoio em Karl Larenz, para quem a ética jurídica, que se expressa na boa-fé, conduz a um princípio de confiança entre governantes e governados⁴. Tal concepção, esclareça-se, não refoge ao âmbito de incidência do que Hegel aclama por “Estado ético”⁵.

Embora açodadas as informações, é possível, fora de qualquer tecnicismo, esclarecer que o grande propósito é buscar nas Constituições contemporâneas fundamentos ideológicos positivados que conferem a possibilidade de as Cortes Constitucionais defenderem a representatividade enquanto uma forma de fazer valer a própria democracia.

Com esse intuito, buscamos, na jurisprudência pátria e estrangeira, clássicos exemplos de manuseio dos princípios democráticos voltados para a finalidade de corrigir a rota da representatividade.

2 Ver RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. p. 468.

4 Ver: LARENZ, Karl. *Derecho justo*.

5 “L’Etat est la réalité effective de l’Idée éthique”. HEGEL, Georg. *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l’État en abrégé*. p.258. No vernáculo: “O Estado é a realidade efetiva da ideia ética”.

2 As cláusulas de barreira e a representatividade da minoria

Sob a ideia da construção de um “quadro de governabilidade”, o Direito Alemão instituiu uma cláusula de barreira segundo a qual, no sistema proporcional, afasta-se da distribuição de assentos parlamentares a agremiação partidária que não tenha atingido 5% dos votos ou pelo menos três mandatos diretos. Não se atingindo patamares mínimos, despreza-se a votação partidária.

No entanto, esse sistema de distribuição apresentado pelo Direito Alemão, em momento algum, exclui a “igualdade de oportunidades” ou a “igualdade de chances” (*Chancengleichheit*)⁶.

Diferentemente, diante da pretensão de se estabelecer um limite mais elevado para a realização do financiamento público das campanhas, declarou a Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) que essa cláusula em específico violaria a igualdade de chances, na medida em que impossibilitaria ao partido o acesso aos canais televisivos e ao financiamento público.

Em verdade, a construção da Corte Constitucional alemã partiu da premissa de que a liberdade partidária e o postulado geral de isonomia conduzem a um “autêntico *direito fundamental* dos partidos”, esclarecido como direito de igualdade de chances⁷.

Não que se negue que o acesso deva ser proporcional à representatividade do Partido (cláusula de diferenciação - *Differenzierungsklausel*), mas o fato é que sem um mínimo razoável de instrumentos à disposição (adequada e eficaz propaganda – *angemessene und wirksame Wahlpropaganda*), compromete-se a própria existência partidária.

Em face, por exemplo, do §18 da Lei dos Partidos, a Corte declarou inconstitucional disposição que asseverava fazer jus ao reembolso de despesas eleitorais apenas os partidos que obtivessem, no mínimo, 2,5% dos votos válidos. Entendeu-se que, para tanto, devem ser contempladas todas as agremiações participantes do pleito. Diante disso, fixou-se novo parâmetro de 0,5%, agora razoável significativo de representatividade.⁸

A realidade brasileira, no entanto, mostrou-se perversa no tocante à criação de uma cláusula de barreira. Se, de um lado, é evidente que o desregramento pode conduzir a abusos ou à criação de verdadeiros partidos de aluguel, por outra via, mostra-se ofensiva à democracia representativa a anulação de partidos minoritários sob a pretensa alegação de que é necessário um mínimo de representatividade para que se ofertem armas para a disputa eleitoral.

6 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p.749.

7 Idem, p.783.

8 BVerfGE, 24, 300.

Há de se lembrar, ainda, em Carl Schmitt, que o posicionamento dos partidos dominantes, gozando do exercício do poder, pode verter a própria lógica partidária, transformando-a no próprio Estado. Essa “mais-valia política” conduziria ao esmagamento progressivo das minorias⁹. Nas palavras do mestre de Plettenberg, “quem domina 51% pode tornar ilegal, legalmente, os 49% restantes”.¹⁰

A grande problemática em relação ao que se alcunhou “cláusula de barreira à brasileira”¹¹, diz respeito ao rompimento justamente da igualdade de chances aos partidos políticos.

Os dispositivos modificados da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos) visavam condicionar o funcionamento parlamentar ao desempenho eleitoral, conferindo-se proporções diferenciadas no Fundo Partidário e no direito de antena, de acordo com o alcance de patamares de desempenho estabelecidos em lei.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 1.351 e 1.354, que os dispositivos violavam o pluralismo político, a autonomia partidária, a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e a representação das minorias nas Mesas e Comissões permanentes da Câmara e do Senado.

De acordo com os dispositivos impugnados, partidos que não ultrapassassem a cláusula de barreira receberiam, conjuntamente, apenas 1% do Fundo Partidário, ao passo que os 99% restante seriam direcionados aos demais partidos. Quanto ao direito de antena, os partidos que não atingissem o patamar mínimo teriam direito a apenas um programa em cadeia nacional, por semestre, com duração de dois minutos, ao passo que os demais teriam direito a um programa em cadeia nacional e um em cadeia estadual, por semestre, com duração de vinte minutos, além de um tempo total de quarenta minutos, por semestre, para pequenas inserções de trinta segundos ou um minuto em redes nacional e estadual.

Além disso, consignou-se que para funcionamento parlamentar, em todas Casas Legislativas, exigir-se-ia que o Partido tivesse eleito para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 5% dos votos válidos, distribuídos em, pelo menos, 1/3 dos Estados, com o mínimo de 2% do total de cada um deles.¹²

Fica evidente, pela breve análise, a discrepância gerada pela Lei dos Partidos Políticos com a inserção da cláusula de barreira à brasileira, colocando em risco o próprio funcionamento parlamentar. Mais do que isso: tal disparidade tornaria praticamente nula a propaganda partidária e o acesso ao Fundo, o que,

9 SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. p. 49.

10 Idem, p. 46.

11 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. p.751.

12 Artigo 13 da Lei dos Partidos Políticos.

se não eliminasse, reduziria drasticamente a igualdade de oportunidade. Mendes, Branco e Mártires afirmam que, nessa linha, condenar-se-iam as “agregações minoritárias a uma morte lenta e segura, ao lhes retirar as condições mínimas para concorrer no prélio eleitoral subsequente em regime de igualdade com as demais agregações”.¹³

Um estudo colacionado pelo Ministro Marco Aurélio, relator das ADIs, demonstrou que, com a cláusula, a grande maioria dos partidos nacionais ficariam sem funcionamento parlamentar e com escassos recursos.

O mesmo Ministro asseverou que “sob o ângulo da razoabilidade, distancia-se do instituto do diploma legal que, apesar da liberdade de criação de partidos políticos prevista na Constituição Federal, admite a existência respectiva e, em passo seguinte, inviabiliza o crescimento em termos de representação”.

E continua: “Ainda no tocante à razoabilidade, mostra-se imprópria a existência de partidos políticos com deputados eleitos e sem o desempenho parlamentar cabível, cumprindo ter presente que, a persistirem partidos e parlamentares a ele integrados, haverá, em termos de funcionamento parlamentar, o esvaziamento da atuação das minorias”.¹⁴

Na ADI 1.354, o Ministro Gilmar Mendes ressaltou que se trata de uma “restrição absoluta ao próprio funcionamento parlamentar do partido”, ultrapassando os limites de uma simples “mitigação”. Para o constitucionalista, o legislador não deixou nenhum espaço para a atuação partidária, vedando, *in totum*, o funcionamento parlamentar e violando o princípio da proporcionalidade. Classificou a tentativa como “um sacrifício radical das minorias”.

O fato é que, como ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes, os partidos políticos são essenciais na formação da vontade política, mediando-a entre o povo e o Estado, buscando “organizar as decisões do Estado consoante as exigências e as opiniões da sociedade”¹⁵, o que, em último grau, denota nítido extrato da representatividade.

E não há como tratar da representatividade democrática se ela não for atrelada às minorias, por pequenas que elas sejam. É que o sentido democrático somente se mostra enquanto tal se respeitar, ainda que discordando, as pretensões dispersas de poucas e baixas vozes.¹⁶

13 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, Op. cit., p.750.

14 ADI 1.351 – Voto do Relator Ministro Marco Aurélio.

15 ADI 1.354 – Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Min. Gilmar Mendes.

16 “Não precisa grande esforço intelectual por advertir que o fundamento político-filosófico do sistema representativo radica na necessidade de atribuição de espaço de expressão política e atuação indireta às correntes ideológicas dos mais diversos matizes, cujas posturas são agrupadas e sintetizadas nos programas dos partidos políticos” – Consulta TSE 1.398 – Voto do Min. César Peluso.

O Ministro Ricardo Lewandowski ressalta que a atabalhoada alteração pode levar ao privilégio dos partidos maiores, em detrimento dos “partidos menores e ideológicos”¹⁷. É que, como bem temos assistido na realidade partidária brasileira pós-Constituição de 1988, a ideologia partidária mostra-se inversamente proporcional ao tamanho do Partido. De tal forma que quanto menor o Partido maior a representatividade, eis que, embora não puro, estabelece critérios mais nítidos das razões que conduzem ao voto popular. Isto é, o esfacelamento ideológico propugnado pelos interesses escusos de partidos maiores não atingiu ainda os partidos menores, tornando possível visualizar com mais lucidez o perfil da parcela minoritária que busca seus representantes nestes partidos.

Assim é que a restrição aos partidos menores conduz, em última análise, a um rompimento da própria representatividade, na medida em que é justamente nestes partidos que se torna mais clara a própria questão da representação: *quem e quais interesses o partido representa?*¹⁸

Por outro lado, não é possível olvidar o fato de que muitas legendas acabam nascendo de concepções grotescas ou com finalidades outras que não promover, em nível democrático, o discurso ideológico. Nesse sentido, longe de representar diferentes pontos de vista quanto aos aspectos básicos da organização social ou quanto à orientação política do Estado, nas palavras do professor Dalmo de Abreu Dallari, elas acabam culminando em uma fragilização da democracia perante o descrédito do eleitorado.¹⁹

No entanto, como ressalta o Ministro Marco Aurélio:

para aqueles preocupados com a proliferação dos partidos políticos, há de levar-se em conta que o enxugamento do rol é automático, presente a vontade do povo, de quem emana o poder. Se o partido político não eger representante, é óbvio que não se poderá cogitar de funcionamento parlamentar. Considerada a ordem natural das coisas, cuja força é insuplantável, a conveniente representatividade dos partidos políticos no parlamento fica jungida tão-somente ao êxito verificado nas urnas, entendendo como tanto haver sido atingido o quociente eleitoral, elegendo candidatos, pouco importando o número destes. Só assim ter-se-á como atendido o fundamento da República, ou seja, o pluralismo político, valendo notar que o verdadeiro equilíbrio decorre do somatório de forças que revelem a

17 ADI 1.351 – Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Min. Ricardo Lewandowski.

18 “A crise do sistema representativo encontra-se umbilicalmente ligada à crise dos partidos, pois a Democracia de partidos apresenta diversos problemas que devem ser solucionados e adequados aos novos métodos políticos, desde a existência de Democracia interna até a própria imposição majoritária de suas ideias em respeito aos direitos da minoria” (grifamos). MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. p. 619.

19 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. p. 619-620.

visão dos diversos segmentos que perfazem a sociedade. Em síntese, não elegendo candidato, o partido fica automaticamente fora do contexto parlamentar.²⁰

De sorte que, entre o risco da pulverização a-ideológica e a fundamentação da representatividade pela oferta dos mais variados temas minoritários, manda o bom senso e a proporcionalidade que se eleja este último como propósito para uma tentativa de realinhamento democrático.

O tema da cláusula de barreira oferece-se, assim, como um vetor extremamente limitativo de posições ideológicas minoritárias, o que, sem dúvida, compromete a representatividade democrática. Felizmente, em adesão à jurisprudência alemã, o Supremo Tribunal Federal ressaltou que, na medida da razoabilidade e da proporcionalidade, a cláusula, tal como colocada, ofende o sistema constitucional eleitoral e representativo brasileiro.

Não que isso impeça qualquer cláusula limitativa, sobretudo as de caráter proporcional, extremamente úteis, como demonstrou a experiência tedesca. O fato é que jamais podem tais cláusulas se tornarem intimidativas da própria vontade popular, afastando os anseios ideológicos dos partidos que refletem essas proposições.

3 A verticalização das coligações partidárias

Em face do caráter nacional dos partidos políticos, conforme os dizeres do artigo 17, I, da CF/88, iniciou o Tribunal Superior Eleitoral acalorada discussão acerca da verticalização das coligações partidárias, diante de uma “teoria dos conjuntos” (o nível federal englobaria o estadual).

A Consulta 715/2001 junto ao TSE, respondida negativamente, culminou na edição das Resoluções 20.993/2002 e 21.002/2002 e na Instrução Normativa 55, todas do TSE. De acordo com tais disposições, as coligações formadas em nível nacional vinculam os Estados-membros. O contrário criaria “situações de bicefalia, ou, se preferirem, de esquizofrenia partidária, no nível estadual”, levando a “indesejáveis dissidências regionais em relação aos partidos, os quais, na forma da Constituição Federal, têm caráter nacional”²¹. Ainda, segundo a Ministra Ellen Gracie, tal verticalização advoga em prol da “consistência ideológica das agremiações e das alianças”, aperfeiçoando o sistema político-partidário.

A matéria, levada ao Supremo por meio das ADIs 2.628 e 2.626, sequer foi conhecida, por conta do entendimento de que a Resolução atacada, em verdade, regulamentava o artigo 6º da Lei 9504/97.

20 ADI 1.351 – Voto do Relator Ministro Marco Aurélio.

21 Consulta 715/021 – TSE – Voto da Ministra Ellen Gracie.

Infelizmente, com vistas a desfazer a necessidade da vinculação, foi aprovada a PEC 548/2002, transformada na EC 52/2006, segundo a qual não há “obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal”²², nos termos do artigo 17, §1º, CF.

Por não se tratar de norma originária da Constituição, não há nenhum hercúleo esforço para se entender que o novo preceito confronta com a Carta Magna brasileira. Há, em nosso entender, violação, no sentido de extensão dos direitos fundamentais, da garantia de que partidos políticos tenham caráter nacional e consistência ideológica.

No julgamento da ADI 3.685, reconheceu o Pretório Excelso que o novo dispositivo trazia violação ao artigo 16 da CF, o que, para nós, no entanto, não é suficiente.

Na ADI 3.686, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, em parecer da lavra do professor Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, foram destacados aspectos importantes que inclinam pela inconstitucionalidade da quebra da verticalização obrigatória, partindo do pressuposto de que tal alteração feriria princípios democráticos de nossa Carta:

Via de consequência, o papel do Ministério Público Eleitoral, fiscal da lei e da democracia, é também vedação material implícita à possibilidade de emendas constitucionais, data máxima vênica, pois alterar disposições por emenda que subtraia do titular da democracia qualquer forma de fiscalização ou atuação é, via oblíqua, quebrar o manto da democracia para instalar, pelo Poder Econômico ou Político, sem qualquer tecnicismo jurídico, a demagogia (forma corrompida da democracia, segundo Aristóteles), com o rótulo de “democracia”.

Além disso, num sentido ideológico, concluiu-se:

Assim, para a sociedade é importante que as alianças políticas não sejam somente jogo de cena. O eleitor quer saber o que realmente está em jogo e não entende alguns cenários, em que um partido rival se alia ao outro, com ideologias completamente distintas, apenas pensando em aumentar o tempo de propaganda eleitoral na televisão. Desta forma, em que pese muitos eleitores sequer acompanharem ou entenderem a decisão do TSE, a vinculação das coligações é de fundamental importância para acabar com a

22 Refoge ao nosso tema discutir o verdadeiro “atalhamento da Constituição” causado pelo artigo 2º da EC 52, que determinou a aplicação retroativa do novo preceito, com a verdadeira finalidade de já aplicá-lo para as eleições de 2006, furtando-se, assim, ao disposto no artigo 16 da CF. Trata-se de desvio do poder constituinte, alcunhado pelos franceses, de *détournement de pouvoir* e, pelos alemães, de *Verfassungsbeseitigung*.

fragilidade partidária brasileira e para deixar transparente ao eleitor a ideologia de cada partido.

De se ver, assim, que a verticalização corrobora com a proposta ideológica dos partidos, numa tentativa de resgatar ideais e posicionamentos estatutários tão esquecidos nos joguetes de poder. Ao depois, haveria uma gravíssima afronta ao próprio direito fundamental de que os partidos devem ter caráter nacional. Nesse sentido, o artigo 17 traz redação que exclui a própria possibilidade de não se exigir a verticalização das coligações.

Na ocasião da Consulta TSE 715/021, o douto Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira trouxe a interessante conclusão de que “a ideia da ‘verticalização das coligações’ (ou expressão equivalente) melhor atende e aprimora o sistema eleitoral, o fortalecimento dos partidos e, em consequência, a própria democracia”.

O esbarramento a um posicionamento mais constitucionalista do STF, no entanto, se deu ao fato de que a ADI 3.685, que foi conhecida e julgada procedente, apenas atacou a violação ao princípio da anualidade eleitoral, ao passo que a ADI 3.686 não foi conhecida por faltar pertinência temática ao CONAMP para tal pleito, com o qual não concordamos, em face do artigo 127, *caput*, da CF. Por essa razão, não foi atacado, como aqui realizamos, o mérito da própria alteração, gravíssima à representatividade.

São posições que fazem frente à Constituição Federal, como essas, que trazem considerações críticas sobre o Brasil, como a de Giovanni Sartori: “Il Brasile è il paradiso terrestre di coloro che teorizzano l’anti-partitismo”.²³

O caso é de “proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais”, situação nebulosa em que emendas constitucionais, “sem suprimir princípios, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição (BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, Op. cit., 1982, p.242)”²⁴. A questão muito se afina com decisão do Tribunal Constitucional Alemão no sentido de que a ordem constitucional não pode ser destruída, nem na sua substância, nem nos seus fundamentos, por utilização de critérios formais²⁵.

Proteções institucionalizadas, como a representatividade democrática, não podem, nessa lógica, sucumbir a reformas de cunho formalístico, ainda que realizadas por meio de emendas, que visem, no fundo, romper com princípios consagrados no texto constitucional pelo levante democrático de 1988.

São de Canotilho as seguintes palavras:

23 SARTORI, Giovanni. *Seconda Repubblica?* Si, ma bene. p.43. No vernáculo: “O Brasil é o paraíso para os que teorizam sobre o antipartitismo”.

24 ADI 3.685 – Relatora Ministra Ellen Gracie. Voto do Ministro Gilmar Mendes.
25 BVerfGE: 30:1(24).

As garantias institucionais, constitucionalmente protegidas, visam não tanto “firmar”, “manter” ou “conservar” certas “instituições naturais”, mas impedir a sua submissão à completa discricionariedade dos órgãos estaduais, proteger a instituição e defender o cidadão contra ingerências desproporcionais ou coactivas [...] Aqui apenas se volta a acentuar que as garantias institucionais contribuem, em primeiro lugar, para a efectividade óptima dos direitos fundamentais (garantias institucionais como meio) e, só depois, se deve transitar para a fixação e estabilização de entes institucionais.²⁶

De tal modo que a democracia, vista sob o aspecto institucional, não pode levar melhor sorte do que voltar-se para a garantia de um sistema verdadeiramente representativo, edificado em partidos políticos ideologicamente comprometidos com seus eleitores.

Não há outro raciocínio lógico que se afaste da premissa de que os programas e direções partidárias devem ser os mesmos em qualquer âmbito – federal, estadual, distrital e municipal –, pois, do contrário, abrir-se-ia a possibilidade mutante de os mesmos partidos preferirem rumos de governo completamente distintos pela simples e inescusável reserva de eleitorado. Diga-se: motivos outros que não a própria finalidade partidária reinariam absolutos em contradição à própria democracia representativa.

Lembra-nos o Ministro Celso de Mello que “a competência reformadora outorgada ao Poder Legislativo da União não defere à instituição parlamentar o inaceitável poder de violar ‘o sistema essencial de valores da Constituição, tal como foi explicitado pelo poder constituinte originário’”.²⁷

Há valores insuperáveis, a partir do próprio contexto de nascimento da nossa Carta Constitucional, que conduzem a uma necessidade de recuperação e manutenção dos ideais partidários, sob pena de esfacelamento da representatividade. Do contrário, acentuar-se-ia tal crise a ponto de colocar em risco o próprio conceito democrático prontamente trazido ao artigo 1º da CF.

O pluralismo político, longe de se apresentar em cláusula aberta para permitir toda e qualquer liberdade aos partidos, oferece delimitações, com amarras no âmbito ideológico, afirmando-se como valor inquestionável da representatividade. É que sem ideais não há política. E, sem política, representatividade é transformada em eleição do mais forte, ao menos economicamente falando.

Na mesma linha, indissociável a composição ideológica de um determinado partido, razão pela qual este assume carácter nacional – às vezes até internacional, como a ideologia que rege o Partido Verde. Não há como apresentar

26 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1.171.
27 ADI 3.685 – Rel. Min. Ellen Gracie. Voto do Ministro Celso de Mello.

uma proposta para o campo federal e outra para o campo estadual, sob pena de desarranjo interno, o que retira a unidade partidária.

Por isso, entendemos que a verticalização partidária é um outro elemento necessário para uma tentativa de correção de rota do sistema representativo, muito embora, por questões técnicas, o Tribunal Constitucional brasileiro tenha deixado de entrar no mérito da questão.

4 Fidelidade partidária

No Brasil, a questão da fidelidade partidária remonta à edificação do artigo 17, §1º, CF, segundo o qual devem “seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária”, com disciplina nos artigos 23 a 26 da Lei 9.096/95.

A fidelidade, no entanto, remonta ao contexto da democracia partidária. Para Duverger, “o mandato partidário tende a sobrelevar o mandato eleitoral”²⁸, no sentido que os mandatos pertencem não aos candidatos, mas sim aos partidos.

O fato é que “o modelo de democracia representativa adotado pela Constituição qualifica o mandato como eminentemente representativo da vontade popular (deputados) e dos entes federativos”²⁹. Ao depois, no “contexto de uma democracia partidária e do sistema eleitoral proporcional, o valor constitucional da fidelidade partidária tem uma densidade ainda maior”³⁰.

Em modelos, como o brasileiro, nos quais os partidos políticos detêm o monopólio das candidaturas, não há como perquirir uma vaga de representante popular afastado dos programas partidários. Para delinear de forma mais clara a representação, a exigência de filiação partidária permite uma identificação entre o candidato e os eleitores que se identificam não com ele, mas com a proposta partidária.

O rompimento com a possibilidade de *el transfuguismo*, como denominam os espanhóis, se não impede, ao menos minimiza as alterações de legenda vinculadas a outros interesses que não sejam os meramente partidários³¹. O que se viu no Brasil até o firmamento da jurisprudência foi uma verdadeira “dança das cadeiras”, em prejuízo das propostas partidárias e, principalmente, em prejuízo do eleitor, que – ao menos deveria – escolhe os seus candidatos principalmente por seus posicionamentos ideológicos.³²

28 DUVERGER, Maurício. *Os partidos políticos*. p.388.

29 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.773.

30 Op. Cit. p.772.

31 Importante mencionar que, corretamente, a alteração dos compromissos programáticos do Partido permite a mudança, bem como em casos de perseguição partidária.

32 “Espécie de ímã e de bússola para simpatizantes, filiados, candidatos, eleitores e eleitos”. Consulta TSE 1.407 – Rel. Min. Ayres Britto. Virgílio Afonso da Silva afirma que uma das consequências do sistema

A correção de rota, inspirando a alteração de posicionamento inscrito no MS 20.927³³, há muito desejada pela democracia, iniciou-se com o julgamento dos MS 26.602, 26.603 e 26.604 no STF e, antes, com as Consultas 1.398 e 1.423 no TSE.

Com base no entendimento de que a representação é, ao mesmo tempo, popular e partidária, concluiu-se que há um vínculo necessário entre os partidos políticos e nosso regime representativo. O Ministro Ayres Britto, em voto bastante elucidativo, assim explanou:

I - se o regime representativo brasileiro decola da regra constitucional de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos [...]” (parágrafo único do art. 1º da Constituição), esse poder que tem no povo a sua única fonte é o de natureza, justamente, político-representativa; isto é, poder de se investir, após candidatura partidária vitoriosa, nos postos de comando político do nosso País, mediante os quais se constitui e se exercita a democracia indireta ou representativa (por oposição à democracia direta ou participativa, enunciada pela parte final desse mesmo parágrafo único do art. 1º e também pelo art. 14, caput, da Constituição);
II - se a soberania popular é o primeiro dos “fundamentos” da República Federativa do Brasil (inciso I do art. 1º), e se tal soberania é a que se exerce “pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (parte introdutória do art. 14), nada disso é operacionalizado senão pela sobredita intermediação partidária. Vale dizer, o esquema ou o arranjo político-partidário nacional é via de obrigatório trânsito pelos exercentes da soberania popular para se chegar até aos candidatos eleitos. Soberania popular, partidos políticos e candidatos eleitos a se atraírem magneticamente ou no curso de uma necessária relação “de implicação e polaridade”, como dizia Miguel Reale para caracterizar as relações de complementaridade ou de mútua causalidade. Aqui, nos autos desta consulta, relação trina de causa e efeito.³⁴

proporcional é justamente “a delimitação ideológica do voto”. SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. p.138. Ainda: LEMBO, Cláudio. *Participação política no direito eleitoral*. p.68.

33 Desde aquela ocasião, em 11 de outubro de 1989, quando nossa Constituição não completara nem um ano ainda, o douto magistério do Ministro Francisco Rezek já vislumbrava uma mudança futura de posicionamento da Corte: “Tenho a certeza de que as coisas não permanecerão como hoje se encontram. Em breve ou médio prazo, os partidos políticos no Brasil – de cujo exato número receio eu próprio haver perdido a conta – serão em número consentâneo com aquela divisão natural das facções políticas de que se compõe nossa sociedade. Nesse momento serão mais coesos, haverá maior homogeneidade entre seus filiados, e poder-se-á falar com mais firmeza a respeito da fidelidade a eles devida”. STF: MS 20.927 – Rel. Min. Moreira Alves. Voto do Min. Francisco Rezek.

34 TSE: Consulta 1.407 – Voto do Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

Já na Consulta TSE 1.398, o Ministro Asfor Rocha trouxe considerações bastante pertinentes quanto à “propriedade” do mandato eletivo:

Não se há de permitir que seja o mandato eletivo compreendido como algo integrante do patrimônio privado de um indivíduo, de que possa ele dispor a qualquer título, seja oneroso ou seja gratuito, porque isso é a contrafação essencial da natureza do mandato, cuja justificativa é a função representativa do servir, ao invés de servir-se.³⁵

Raciocinando que os partidos são verdadeiros “entes intermediários entre o povo e o Estado, integrados no processo governamental”³⁶, sobreleva a ideia de que o papel do eleito no exercício da legislatura é representar com dignidade a grandeza da função pública que exerce, e não qualquer outra questão puramente pessoal.³⁷

Ainda mais considerando que no Brasil não vige o instituto do *recall*, segundo o qual os representados poderiam revogar o mandato do representante. O mandato representativo livre, obviamente, traz a implicação de afinamento com algum programa partidário. No direito comparado, a Constituição da República Portuguesa assevera que o parlamentar que trocar de legenda perde o mandato (artigo 160, “c”).

No sistema proporcional, assim, torna-se evidente que a mudança de legendas representa “violação à vontade do eleitor e um falseamento do modelo de representação popular pela via da democracia de partidos”³⁸. A fidelidade é pura expressão da garantia fundamental da vontade do eleitor.

Diante de argumentos tão sólidos, o Supremo, nos julgamentos dos mandados de segurança já mencionados, confirmou a tese da Justiça Eleitoral. No MS 26.602, o Ministro Gilmar Mendes, em excelente voto, lembrou que o “processo de formação política transcende o momento eleitoral e se projeta para além desse período”³⁹. De maneira que não apenas no momento do exercício do sufrágio se consuma a democracia representativa, mas sim ao longo de toda a legislatura, mantendo-se a coerência programática entre o representante e os motivos que o levaram até a Casa de Leis.

Interpretação *contrario sensu* conduziria à ideia de que os partidos se tornaram mero instrumento de acesso ao poder popular da representação política,

35 TSE: Consulta 1.398 – Voto do Rel. Min. César Asfor Rocha.

36 CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. p.65.

37 Imprescindível a leitura do voto do Min. Cezar Peluso na Consulta 1.398.

38 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.777.

39 MS 26.602. Rel. Min. Eros Grau. Voto do Min. Gilmar Mendes.

“abastardando-a”, manchando o “sistema de representação popular”⁴⁰. Além do mais, essa ruptura

subverte o sentido das instituições, ofende o senso de responsabilidade política, traduz o gesto de deslealdade com as agremiações partidárias de origem, compromete o modelo de representação popular e fraudada, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores, introduzindo fatores de desestabilização na prática do poder e gerando, como imediato efeito perverso, a deformação da ética do governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.⁴¹

Não é demais lembrar, ao depois, embora não seja tema desse texto, que no sistema proporcional, quase sempre, o candidato não se elege sozinho, mas com os votos recebidos pela legenda.

Diante de inafastáveis conclusões, o TSE houve por bem, após declarada a constitucionalidade da fidelidade, a editar a Resolução 22.610, com redação dada pela Res. 22.733, a fim de reger o processo de perda de cargo eletivo. Novamente atacada, o Supremo, nas ADIs 3.999 e 4.086, sepultou qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da medida.

Consoante a lição de Gilberto Amado, é certo que “o voto proporcional é dado às ideias, ao partido, ao grupo”⁴². Isso não significa, obviamente, que o exercente do mandato deva perder sua autonomia de opinião e voto⁴³, aliás, assegurados inclusive contra a lei penal, mas é evidente que o desalinhamento com a postura ideológica do partido torna o seu exercício desconexo com a vontade dos representados que o elegeram.

A preservação de um mínimo de coerência entre a atividade do candidato, não o prendendo em suas opiniões e votos, é essencial, quanto ao programa partidário, para garantir a confiabilidade dos representados nos representantes. Ausente o nexos que interliga o representante e a ideologia partidária, estaria o eleitor à mercê dos ventos pessoais que podem conduzir o eleito a posições completamente distintas das que deveriam tê-lo conduzido à Casa Parlamentar.

Fosse assim, vergastados estariam o princípio democrático e a representatividade que conduz o eleito. Sem um programa definido, restaria incerto o próprio direcionamento do representante. Conhecendo-se de antemão,

40 MS 26.602. Voto do Min. Menezes Direito.

41 MS 26.603. Voto do Rel. Min. Celso de Mello.

42 AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. p.53.

43 CLÈVE, Clemerson Marlin. *Fidelidade partidária*. p.26.

todavia, as tendências partidárias, há maior previsibilidade na atuação parlamentar, edificando-se um princípio de confiança entre representante e representado.

Não seria compreensível, por exemplo, que um parlamentar trabalhista se voltasse para posições de extrema direita. Mas é plenamente aceitável – e, em certa forma, esperado – que esse mesmo representante apresente propostas de cunho social. Na democracia representativa, não se pode conceber quantos passos serão dados em uma longa estrada ou de que forma alguém irá se locomover, mas é possível ao menos prever em qual direção caminha o escolhido. Sem programa, não há sentido para a própria representatividade.

5 O financiamento dos partidos políticos

Outra questão de grande relevo na hodierna discussão acerca da crise da representatividade diz respeito ao financiamento dos partidos políticos.

Ao longo desse estudo, já mencionamos que, entre as causas da crise da representatividade, encontram-se a formação de grupos de pressão e os atalhos para o alcance de finalidades que não se encontram afinadas com as partidárias ou representativas.

Compreensível, nessa toada, a relação que a presença de grupos de pressão tem com o financiamento dos partidos políticos. Sua existência não é novidade, embora tenha sido com o *Welfare state* que tal presença se tornou mais nítida⁴⁴. Seria ingênuo, todavia, acreditar que o exercício da pressão não passe, por vezes, pelo viés econômico.

A Constituição Federal, no entanto, exige que os partidos não recebam “recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros” (artigo 17, II, CF), de forma a minimizar quaisquer efeitos externos sobre a vontade política interna, resguardando-se a soberania nacional.

Ao depois, a Lei dos Partidos Políticos ainda veda o recebimento de “contribuições estimáveis em dinheiro advindas de autoridades ou órgãos públicos, autarquias, empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, sociedades de economia mista, fundações ou entidades governamentais, e entidade de classe (Lei 9.096/95, art. 31, II, III e IV)”⁴⁵. As doações permitidas devem ser realizadas de maneira transparente, de forma nominal.

Ademais, nos termos do artigo 17, III, CF, regulamentado pela Lei 9.096/95, devem os partidos prestar contas, anualmente, à Justiça Eleitoral.

44 MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. p.623.

45 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.770.

Essas restrições e esse controle possuem uma lógica muito simples: evitar que o poderio econômico possa fazer sucumbir o programa partidário e a representatividade dos eleitos.

Uma tabela referente aos recursos financeiros auferidos no exercício de 2006 aponta que as receitas auferidas propriamente pelos partidos são, na maioria, superiores às obtidas junto ao Fundo Partidário⁴⁶. Não é despropositado sempre lembrar que muitos dos doutrinadores que opinam pela maior presença de tal Fundo o fazem por conferir maior autonomia aos partidos e desvinculá-los de certas nuances eleitorais típicas de grupos que, mais a frente, vão pressionar os mesmos partidos para tomar uma ou outra posição.

De fato, não há que se negar que quanto maior for o financiamento público, consoante regras razoáveis e proporcionais, maior a fuga da agremiação de forças externas ao processo eleitoral, até mesmo de origens internacionais.

No famoso Inquérito 2.245/MG, que trata da temática do “mensalão”, após confirmação até mesmo dos envolvidos acerca da realização de “caixa dois”, discute-se a ocorrência de desvio de recursos públicos, “no afã de garantirem a continuidade do projeto político da agremiação partidária”, para “compra de apoio político de outras agremiações partidárias, bem como para o financiamento futuro e pretérito de suas campanhas eleitorais”⁴⁷.

O escândalo da compra de posições políticas escancara uma obviedade: a realidade democrática brasileira ainda não se afinou com propostas ideológicas, embora seja o ideal representativo.

De qualquer forma, a aguardar a decisão do Pretório Excelso no mencionado Inquérito, resta a certeza de que a Corte Constitucional tende a reprimir esses desvios de rota, mormente em se tratando de uma fuga da própria proposta partidária para, por motivos econômicos, aderir a uma outra, o que refoge à ideologia que deveria permear o representante.

O mais grave não é aceitar a realização de “caixa dois”, mas admitir que, por conveniência do jogo político, sejam rasgados os votos que conduziram o representante ao Poder. O desafinamento da proposta, nesse contexto, acaba contribuindo, também, para uma crise da representatividade democrática.

46 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. p.794-795.

47 STF: Inq. 2245/MG – Rel. Min. Joaquim Barbosa. Cumpre mencionar que, durante a confecção deste artigo, o relatório final da Polícia Federal sobre o mensalão apontou a existência de dinheiro público a alimentar o chamado “valerioduto” – notícia de 03/04/2011.

6 Inelegibilidade por vida pregressa

Em voga, a proposta conhecida como “ficha limpa”, em prol da probidade e da moralidade administrativas, tomou assento em todas as discussões acerca da política nacional.

Antes, porém, da regulamentação específica da questão, alguns Tribunais já sustentavam que o artigo 14, §9º, da CF, seria autoaplicável, estabelecendo inelegibilidades para candidatos com “perfil incompatível” com o mandato eletivo⁴⁸. Entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral chancelou orientação de que a simples pendência de inquérito criminal ou processo-crime não legitima a inelegibilidade⁴⁹. Mais adiante, na ADPF 144, em face de pedido da AMB, o STF declarou que o artigo 14, §9º, CF não seria autoaplicável.

Na ADPF 144, além do entendimento de que careceria a inelegibilidade de respaldo legal, houve um entendimento, que no futuro poderá orientar uma nova decisão, no sentido de que seria necessário observar os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da divisão funcional do poder e da proporcionalidade⁵⁰.

A celeuma toda, no entanto, voltou a se instalar com a edição da Lei Complementar 135/2010, que modificou, dentre outros, o artigo 1º da LC 64/1990, criando hipóteses de inelegibilidade embasadas na vida pregressa do candidato.

A nova discussão dizia respeito à possibilidade de aplicação das novas disposições já para a eleição de 2010, em razão da publicação da lei no Diário Oficial da União no dia 7 de junho de 2010. O Tribunal Superior Eleitoral, a partir da Consulta 1.120, rel. Min. Hamilton Carvalhido, manifestou-se positivamente à aplicação, inclusive para condenações anteriores à lei.

Evidentemente, os irrisignados pleitearam junto ao Supremo o respeito ao artigo 16 da CF. Em 24 de setembro de 2010, no RE 630.147 (recorrente Joaquim Roriz), após empate de 5 a 5, o STF decidiu suspender o julgamento, diante do impasse generalizado. Posteriormente, em 27 de outubro, no RE 631.102 (recorrente Jader Barbalho), após novo empate, chegou-se à conclusão de que, por conta do impasse, dever-se-ia aplicar o artigo 205 do Regimento Interno para manter a decisão proferida pelo TSE.

48 Acórdão TRE 31.258/RJ; Acórdão TRE 31.241/RJ.

49 Acórdão TSE RO 1.069; Acórdão TSE RO 1.133.

50 Especial atenção para o voto do Min. Celso de Mello: “Tenho para mim que a pretensão deduzida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, considerados todos os fundamentos expostos, pelos eminentes Ministros MARCO AURÉLIO, CEZAR PELUSO e EROS GRAU, nos já mencionados julgamentos realizados pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, revela-se inacolhível, porque desautorizada, não só pelo postulado da reserva constitucional de lei complementar (CF, art.14, §9º, c/c o art. 2º), mas, também, por cláusulas instituídas pela própria Constituição da República e que consagram, em favor da pessoa, o direito fundamental à presunção de inocência (CF, art.5º, LVII) e que lhe asseguram, nas hipóteses de imposição de medidas restritivas de quaisquer direitos, a garantia essencial do devido processo”(CF, art. 5º, LIV).

Apenas com a nomeação do Ministro Luiz Fux é que o Pretório Excelso tomou uma decisão definitiva acerca da aplicação da LC 135 para as eleições de 2010. No RE 633.703 (recorrente Leonídio Correa Bouças), desempatando a votação, Fux, seguindo votos dos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes⁵¹, concluiu-se que tal aplicação malferiria o artigo 16 da Constituição.

Ressaltando o caráter moral da lei, Fux afirmou, no entanto, que mesmo a melhor das leis não pode ser aplicada contra a Constituição: “O intuito da moralidade é de todo louvável, mas a norma fere o artigo 16 da Constituição Federal”.

O fato é que, mesmo após vencida a questão da anualidade eleitoral, sobrevive a discussão sobre a constitucionalidade da criação, por lei complementar, da inelegibilidade por vida pregressa incompatível com o mandato eletivo.

O Ministro Celso de Mello, que já na ADPF 144 sinalizara em prol da inconstitucionalidade da lei, voltou a votar em mesmo sentido na AC 2.763-MC⁵². Diante da inegável discussão, o Ministro Ricardo Lewandowski, presidente do TSE, tem afirmado que a aplicação da “Lei de Ficha Limpa” para as eleições de 2012 é ainda incerta.

Não se discuta, talvez, o fato de que a LC 135 malferiu o artigo 16 da CF, ao romper com as regras do jogo eleitoral. Mas a grande questão de fundo,

51 “O princípio da anterioridade (aprovação de lei com pelo menos um ano de antecedência à eleição) é um princípio ético fundamental. Não vale mudar as regras do jogo com efeito retroativo”. Voto do Min. Gilmar Mendes.

52 EMENTA: REGISTRO DE CANDIDATURA. LEI COMPLEMENTAR Nº 135, DE 04 DE JUNHO DE 2010. A QUESTÃO DE SUA APLICABILIDADE IMEDIATA. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, RELATIVAMENTE ÀS ELEIÇÕES DE 2010, DO POSTULADO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (CF, ART. 16), QUE SUSPENDE, PELO PERÍODO DE 01 (UM) ANO, O INÍCIO DA EFICÁCIA DA “LEI QUE ALTERAR O PROCESSO ELEITORAL”. ENTENDIMENTO DO RELATOR AMPLAMENTE EXPOSTO EM VOTOS PROFERIDOS NO JULGAMENTO PLENÁRIO DO RE 630.147/DF E DO RE 631.102/PA. PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE A QUALQUER PESSOA (ADPF 144/DF, REL. MIN. CELSO DE MELLO). PRERROGATIVA ESSENCIAL, IMPREGNADA DE EFICÁCIA IRRADIANTE, ESPECIALMENTE AMPARADA, EM TEMA DE DIREITOS POLÍTICOS, PELA CLÁUSULA TUTELAR INSCRITA NO ART. 15, III, DA CARTA POLÍTICA, QUE EXIGE, PARA EFEITO DE VÁLIDA SUSPENSÃO DAS DIMENSÕES (ATIVA E PASSIVA) DA CIDADANIA, O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-SOCIAL E O VALOR JURÍDICO DA EXIGÊNCIA DA COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE DE LEI COMPLEMENTAR, MESMO QUE FUNDADA NO § 9º DO ART. 14 DA CONSTITUIÇÃO, TRANSGREDIR A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, PELO FATO DE REFERIDA ESPÉCIE NORMATIVA QUALIFICAR-SE COMO ATO HIERARQUICAMENTE SUBORDINADO À AUTORIDADE DO TEXTO E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DECISÃO DO E. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL QUE DENEGOU REGISTRO DE CANDIDATURA, SOB O FUNDAMENTO DA MERA EXISTÊNCIA, CONTRA O CANDIDATO, DE CONDENAÇÃO PENAL EMANADA DE ÓRGÃO COLEGIADO, EMBORA QUESTIONADA ESTA EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE REFERIDA CONDENAÇÃO CRIMINAL. PRESENÇA, NA ESPÉCIE, DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO EXERCÍCIO DO PODER GERAL DE CAUTELA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA (Rel. Min. Celso de Mello).

atinente à própria inelegibilidade, não pode ser amparada com as proposições do Min. Celso de Mello acerca da presunção da inocência.

Em primeiro lugar, é de se mencionar que a causa da inelegibilidade por vida pregressa decorre de mandamento constitucional (artigo 14, §9º). Em segundo lugar, percebe-se que estamos diante de um inegável conflito de princípios: a presunção de inocência *versus* a moralidade administrativa.

Não sendo possível nem uma “ordem inflexível” na organização dos princípios, que viabilizasse uma única solução para cada caso, nem uma relação de “regras de decisão para cada caso concebível de direito fundamental”⁵³, que seria o ápice de uma “ordem dura”, a saída, em meio ao conflito, é um “processo de argumentação jusfundamental” objetivando uma “questão de controle racional”⁵⁴ de tal argumentação. Mas os esforços nesse sentido Robert Alexy reservou para sua *Teoria da argumentação jurídica*, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral que não pode resolver o conflito sem a presença do juízo de valor para cada bem.⁵⁵

Há que se falar ainda em um princípio da “concordância prática”, ou seja, uma análise da unidade da Constituição, harmonizando “da melhor maneira os preceitos divergentes”⁵⁶, “através de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito”⁵⁷. Assim, a “compatibilização adequada”⁵⁸ só ocorre quando é necessário para a salvaguarda de outro que naquela ponderação é considerado mais importante, no caso a moralidade administrativa.

Assim votou o Ministro Ricardo Lewandowski, no RE 630.147:

Com efeito, em uma necessária ponderação de valores, penso que a presunção de não culpabilidade, em se tratando de eleições, cede espaço – sem ser, evidentemente, desprezada – aos valores constitucionais estabelecidos no art. 14, § 9º, da Constituição.
Nada impede, a meu ver, que o legislador complementar defina outras hipóteses de inelegibilidade, *como a renúncia ou a condena-*

53 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p.552.

54 Op. Cit. p.553.

55 ver ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*.

56 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.222.

57 Op. Cit. p.223.

58 BVerfGE 28, 243; 41,29; 52,223. Pertinente a metodologia do Tribunal Constitucional Alemão, segundo ensina Gilmar Mendes: “Ressalte-se, porém, que o Tribunal não se limita a proceder a uma simplificada ponderação entre princípios conflitantes, atribuindo precedência ao de maior hierarquia ou significado. Até porque, como observado, dificilmente se logra estabelecer uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros valores constitucionalmente contemplados. Ao revés, no juízo de ponderação indispensável entre os valores em conflito, contempla a Corte as circunstâncias peculiares de cada caso. Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática (praktische Konkordanz), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade”. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p.82-83.

ção por órgão colegiado, sem trânsito em julgado, em homenagem aos princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato. Em outras palavras, em se cuidando de postulantes a cargos eletivos, o interesse público sobrepõe-se aos interesses exclusivamente privados.

De fato, apreciando os votos já proferidos nas discussões acerca da constitucionalidade das alterações da LC 64, parece-nos, *obiter dicta*, que há uma forte tendência de alguns Ministros que votaram contra a aplicação da LC 135 para as eleições de 2010 em proferirem voto favorável, com base na proporcionalidade⁵⁹ e na concordância prática, à possibilidade de lei complementar criar hipótese de inelegibilidade que descure a presunção de inocência em prol da moralidade.

7 Captação de sufrágio

Nossa Constituição não apenas garante o *voto direto, secreto, universal e periódico*, como o eleva à classe de cláusula pétrea (artigo 60, §4º), fundamental que é para a sobrevivência da democracia.

A garantia de um voto *livre* – decorrente do voto *secreto* – não se impõe apenas em face do Poder Público, mas também dentro de relações privadas (*Drittwirkung*). Dentro desse escopo, fundamental que o Estado ofereça condições ao eleitor de exercer livremente o seu sufrágio⁶⁰, perseverando a construção democrática.

Nessa toada, o artigo 41- o da Lei 9.504/97 veda a captação de sufrágio, enquanto atividade do candidato consistente em “doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive”.

59 “Partindo-se do princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que nenhuma norma constitucional seja interpretada em contradição com outra norma da Constituição, e atentando-se, ao mesmo passo, para o rigor da regra de que não há formalmente graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais – todas se colocam no mesmo plano – chega-se de necessidade ao ‘princípio da concordância prática’, cunhado por Konrad Hesse, como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião”.

Entende Georg Ress que o princípio da proporcionalidade, enquanto máxima de interpretação, não representa nenhum critério material, ou seja, substantivo, de decisão, mas serve tão-somente para estabelecer, como diretiva procedimental, o processo de busca material da decisão, aplicado obviamente à solução de justiça do caso concreto e específico”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. p. 425-426.

60 “O sufrágio é um direito público subjetivo democrático, que cabe ao povo nos limites técnicos do princípio da universalidade e da igualdade de voto e de elegibilidade. É direito que se fundamenta, como já referimos, no princípio da soberania popular e no seu exercício por meio de representantes”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p.355.

O problema da captação de sufrágio é justamente o fato de atacar a liberdade do seu exercício, culminando por viciar a vontade popular, o que, em reflexo, atinge a própria representatividade. Isto é, o eleitor assume como representante não o candidato que melhor se afina com seus ideais e apresenta as melhores propostas, mas sim aquele que apresenta maiores vantagens de cunho nítida e exclusivamente pessoal.

Em face da previsão, o Partido Socialista Brasileiro ajuizou a ADI 3.592, visando a declaração de inconstitucionalidade da lei, sob alegação de que a matéria “inelegibilidade” é reservada à lei complementar, não podendo ser regulada por lei ordinária.

De maneira muito sóbria, entendeu o Pretório Excelso que a norma tinha por escopo, em verdade, “reforçar a proteção à vontade do eleitor, combatendo, com a celeridade necessária, as condutas ofensivas ao direito fundamental ao voto”.⁶¹

O Ministro Gilmar Mendes, relator da ação, seguiu entendimento do TSE, asseverando que as sanções de registro ou cassação do diploma na Lei das Eleições não constituem novas hipóteses de inelegibilidade.⁶²

Continua:

O voto secreto é inseparável da ideia do voto livre.

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.

Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter *secreto* do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar.

Portanto, é inevitável a associação da liberdade do voto com uma ampla possibilidade de escolha por parte do eleitor. Só haverá liberdade de voto se o eleitor dispuser de conhecimento das alternativas existentes. Daí a inevitável associação entre o direito ativo do eleitor e a chamada igualdade de oportunidades ou de chances (*Chancengleichheit*) entre os partidos políticos.⁶³

Em seu voto, o Ministro Ayres Britto destaca, ainda, que o artigo 41-A visa evitar que o eleitor, sobretudo o economicamente mais frágil, seja “capturado pelos elegíveis”, viciando-se sua vontade, e assim vote pensando em seu interesse

61 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p.736.

62 TSE: REspE 25.241; RO 882; REspE 25.295; REspE 25.215.

63 ADI 3.592. Voto do Min. Relator Gilmar Mendes.

pessoal, ao invés do interesse da “pólis”. Resume o voto do Min. Gilmar Mendes como realizador de “uma verdadeira profilaxia ético-cívica”.⁶⁴

De fato, o efeito imediato da captação de sufrágio é, como asseveraram os eminentes Ministros, o desvirtuamento da vontade do eleitor, o que conduz, inegavelmente, a uma crise de representatividade, na medida em que a proposta do representado não se identifica com os anseios do eleitor.

A democracia, no entanto, exige que a vontade do eleitor, além de ser secreta, deva ser livre, o que culmina num sentido paralelo. Vale dizer, somente por meio do exercício secreto do sufrágio é que o eleitor terá a garantia da liberdade em fazê-lo. E a captação de sufrágio rompe, em última análise, justamente com a misteriosidade do voto. Não que ela reflita em um escancaramento no momento do exercício, mas o precede, o que é suficiente em se tratando de uma população economicamente mais fragilizada e sem a estrutura de informações necessárias para bem se postar diante das ameaças de sua liberdade.

Por essa razão, é que parece de bom agrado a postura do Pretório Excelso no sentido de não apenas entender como formalmente constitucional a previsão na Lei das Eleições, mas, substancialmente, que medidas como essa são necessárias para a reconstrução de uma democracia verdadeiramente representativa.

8 Considerações finais

De se ver, pelas razões apresentadas, que tem havido um mau direcionamento legislativo em face da Constituição Federal no tocante à manipulação do sistema eleitoral. Confusas reformas políticas, em verdade, escancaram interesses mais privatísticos do que realmente ensejadores de uma democracia condigna.

Nesses termos, a despeito dessa fuga legislativa, em alguns pontos, é possível visualizar um posicionamento mais firme do Supremo Tribunal Federal para estabelecer uma ordem e obediência aos preceitos constitucionais, tido, por muitos, como pétreos, como o caráter nacional dos partidos políticos.

Há, no entanto, encontros pontuais em que a Corte deixou de apreciar algumas questões fundamentais para a manutenção de um sistema eleitoral mais sólido e afinado com a Carta Maior, como no caso da verticalização partidária.

O fato é que a grande ênfase das Cortes Constitucionais em países cujo resgate democrático seja recente, como o Brasil, é a tentativa de estabelecer nos partidos o atendimento à ideologia que o inspira – ou, ao menos, deveria inspirar – no ato de sua criação.

64 ADI 3.592. Voto do Min. Carlos Ayres Britto.

Afastados, muitas vezes, todavia, de uma consistência ideológica, para a realização de interesses de natureza pessoal, cabe às Cortes Constitucionais reordenarem a rota, a fim de que o partido seja instrumento colocado à disposição do povo para a efetivação da democracia representativa.

Em meio a essa discussão, tem crescido o empenho em realizar uma reforma política ampla, o que não necessariamente se coaduna com as opiniões aqui colocadas como alinhadas com os dispositivos constitucionais. Se, por um lado, ainda carece de uma melhor análise a possibilidade de fim das eleições proporcionais, parece certo que a extinção da verticalização partidária não deve contribuir para um incremento político. De qualquer forma, assemelha-se positiva a possibilidade de financiamento partidário exclusivamente público.

Não se pode olvidar que a disposição original da Constituição opera no sentido de que os partidos devem ter caráter nacional. E uma estruturação estreita relações com o próprio exercício de uma “soberania popular”, com vistas à realização de um “regime democrático”, o que conduz a um fundamento da própria República.

O que talvez pareça incompreensível para muitos é que não é simplesmente por emendas constitucionais que se faz reforma política, mas sim por anseio à democracia representativa.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Senado Federal, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clemerson Marlin. *Fidelidade partidária*. Curitiba: Juruá, 1999.

DUVERGER, Maurício. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1970.

HEGEL, Georg. *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'État en abrégé*. 2. ed. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985

LEMBO, Cláudio. *Participação política no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARTORI, Giovanni. *Seconda Repubblica? Sì, ma bene*. Milano: Rizzoli, 1992.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Recebido em 09/09/2011

Aceito para publicação em 14/02/2012

PARTE GERAL

O ENSINO DO DIREITO INTERNACIONAL NO BRASIL: GÊNESE, EXÍLIO E RETORNO PREMIADO AOS CURRÍCULOS DAS FACULDADES DE DIREITO

THE TEACHING OF INTERNATIONAL LAW IN BRAZIL: GENESIS, EXILE AND AWARDED RETURN TO THE CURRICULA OF LAW SCHOOLS

Heloisa Helena de Almeida Portugal¹

Sumario

1. Introdução. 2. A Evolução da disciplina no currículo dos Cursos de Direito no Brasil: da criação até a Constituição Federal de 1988. 3. O retorno da obrigatoriedade e a escassez de professores com formação específica; 4. Harmonização ou controle do saber? O debate sobre os conteúdos mínimos da disciplina de direito internacional. 5. Redimensionando os contornos da disciplina em eventos temáticos e a participação do Brasil em eventos internacionais. 6. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The Evolution of the discipline in the curriculum of Law Courses in Brazil: from its creation to the 1988 Federal Constitution. 3. The mandatory return and the shortage of professors with specific training. 4. Harmonization or knowledge control? The debate on international law subject minimum contents. 5. Resizing the subject frames in special events and the participation of Brazil in international events. 6. Final remarks. References.

Resumo

Inicialmente, este artigo se reportará às origens dos Cursos de Direito no Brasil a fim de poder compreender melhor o momento pelo qual está passando o ensino jurídico do Direito Internacional. Deve-se ressaltar a importância histórica do curso de Direito no Brasil, uma vez que este foi a primeira área de ensino superior implantada no país e também a primeira, depois de um século e meio, a instituir e adotar um sistema de vigilância e responsabilização social na maneira como os cursos jurídicos formam seus novos quadros profissionais. Ademais, o Direito Internacional enquanto

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Negocial pela UEL – Londrina - PR. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. Professora e Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais de Dracena – SP da Rede REGES.

disciplina está intimamente relacionado às políticas econômicas e sociais adotadas pelo Brasil ao longo das décadas até a atualidade. Verifica-se um lapso temporal de ausência desta disciplina nas faculdades de Direito, provocando, fatalmente uma carência de docentes e profissionais com conhecimento específico. Os profissionais brasileiros em direito internacional, principalmente da década de 1980 e 1990, galgaram méritos em terrenos quase inóspitos e com raras obras nacionais. A revisão bibliográfica procura concentrar-se naquilo que foi escrito, debatido e argumentado sobre o passado e o presente do Ensino do Direito Internacional no Brasil. Palavras-chaves: Direito Internacional. Brasil. Ensino Jurídico

Abstract

Initially, this article will report to the origins of Law Courses in Brazil in order to better understand what is going on with international law education. The historical importance of law school in Brazil should be highlighted, since this was the first area of higher education established in the country and also the first, after a century and a half, to establish and adopt a system of monitoring and social responsibility in the way the law courses form their new professional staff. Moreover, international law as a subject is closely related to economic and social policies adopted by Brazil throughout time. There is a time gap of this subject in law schools, leading, inevitably, to a lack of teachers and professionals with specific knowledge. Brazilian professionals in international law, especially in the 80s and 90s, climbed merits in almost inhospitable grounds with few national works. The literature review tries to focus on what was written, debated and argued about the past and present of the Teaching of International Law in Brazil. Key words: International Law. Brazil. Legal Education

1 Introdução

Em agosto de 1977, ao se comemorar século e meio de estudos jurídicos no Brasil, um documento redigido pelo jurista Goffredo Telles Júnior se transformaria em mais um marco do Direito brasileiro. A *Carta aos Brasileiros* e sua frase final --"A consciência jurídica do Brasil quer uma coisa só: o Estado de Direito, já" -- resgatariam o papel histórico de uma categoria profissional que tradicionalmente assumiu funções e cargos de liderança na formação e aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras.

O ensino do Direito é deveras debatido entre os profissionais da área e pedagogos. Neste trabalho, todavia, convida-se a verter-se sobre o ensino do Direito Internacional no Brasil, com o objetivo de resgatar alguns marcos históricos e de demonstrar um lapso temporal de quase ausência da disciplina nos currículos e seus impactos nefastos nos anos subsequentes.

Pensando-se etimologicamente nota-se que o substantivo aprendizagem deriva do latim *apprehendere*, que significa apanhar, apropriar, adquirir

conhecimento. O verbo aprender deriva de apreensão, do latim *prehensio-onis*, que designa o ato de segurar, agarrar e apanhar, prender, fazer entrar, apossar-se de. E o verbo ensinar deriva da palavra latina *insignire*, quer dizer “marcar, distinguir, assinalar”. É a mesma origem de “signo”, de “significado”. A principal meta da educação se processa em torno da autorrealização. Logo, ela propõe a reformulação constante de diretrizes obscuras para alcance dos objetivos, comprometidos com a valorização da vida.

Dessa feita, espera-se contribuir com a pesquisa e com o debate de bom nível sobre o tema, abrindo, assim, boas perspectivas de melhor lidar com o quadro no qual se encontram pintadas, atualmente, as faculdades de Direito do Brasil.

2 A evolução da disciplina no currículo dos Cursos de Direito no Brasil: da criação até a Constituição Federal de 1988

O ensino do Direito Internacional, especialmente pós século XX, pressupõe, ao mesmo tempo, o estudo dos institutos próprios e um grande esforço de contextualização. Pouco mais de uma década volvida sobre o fim da Guerra Fria, ensinar/testemunhar o estudo do Direito Internacional é um irrecusável convite a pensar criticamente as condições – substantivas e institucionais – da regulação das relações internacionais.

Indubitavelmente, o estudo do Direito por si só leva à opção de fazê-lo sob o enfoque dogmático ou zetético. Assim, no primeiro caso tem função diretiva explícita e são finitas, ao passo que a zetética tem o método de desintegrar e dissolver as opiniões, pondo-as em dúvida². Tal consideração é essencial para situar a presente investigação sobre a disciplina de Direito Internacional no Brasil e está intimamente ligada às suas raízes enquanto cultura e fenômeno social. Diante disso, verifica-se a evidenciada recusa de um distanciamento neutralista do investigador (jus)internacionalista em relação à dinâmica de luta política e cultural que lhe definirá o campo de referência: o processo de edificação da ordem internacional real que o Direito Internacional veicula.

Além dessas considerações, há que analisar ainda o ensino do Direito Internacional no Brasil em um relacionamento crítico estabelecido com duas trajetórias a seguir descritas.

A primeira é a do ensino e da elaboração teórica do Direito Internacional no Brasil, que teve suas origens diretamente vinculadas ao império, sob os paradigmas liberais, sucessivamente ao Estado Novo, sob os auspícios dos governos autoritários e ditatoriais e, por fim, a democratização a partir da Constituição de

2 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed., 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

1988 e a tendência neoliberal da década de 1990 e o início do século XXI. Este caminho percorrido gerou uma memória e um conjunto de linhas discursivas e pedagógicas que estão a ser desenvolvidas presentemente no terreno do ensino do Direito Internacional. Será a avaliação desse patrimônio que irá determinar a linha de continuidade da disciplina, se é o momento de marcar rupturas ou se é o momento de propor correções pontuais da disciplina. Neste sentido, importa responder, em primeiro lugar, a uma questão aparentemente elementar: como se deve ensinar Direito Internacional, no Brasil, no início do século XXI?

A segunda trajetória condicionadora de uma definição programática é a do próprio Direito Internacional, sendo esta determinante da primeira e vista sob o enfoque zetético. O Direito Internacional não é um corpo normativo fixo, mas sim um precipitado histórico e, por isso, em processo de mutação constante. O momento histórico presente é porventura um tempo privilegiado para a análise das transformações passadas pelo Direito Internacional. A crise regulatória dos Estados-nação, a revolução informática e os seus impactos perfuradores nas soberanias nacionais, a emergência de dinâmicas e problemas sociais de natureza ou alcance ineditamente globais são alguns dos fatores que estão a determinar mudanças profundas no Direito Internacional herdado da modernidade ocidental.

A gênese do ensino jurídico no Brasil deu-se por meio das influências lusitanas, pois os brasileiros estudavam na faculdade de Direito de Coimbra. Influenciados inicialmente pela Reforma Pombalina no ensino jurídico, ditada nos Estatutos de 1772, os estudantes brasileiros puderam acompanhar as transformações liberais da Faculdade de Direito de Coimbra, ocorridas nas décadas seguintes, trazendo consigo essa bagagem cultural ao Brasil³ até 11 de agosto de 1827, com a fundação das Faculdades de Direito de São Paulo e Olinda.

A expansão ideológica advinda do espaço intelectual iluminista liberal alcançou os estudantes brasileiros da Coimbra clássica que, posteriormente, viriam a ocupar cargos de relevância na estruturação do Estado imperial brasileiro. Ademais, as suas implicações ideológicas liberais, recebidas na formação acadêmica em Coimbra, influenciaram as reivindicações dos currículos das primeiras escolas jurídicas brasileiras.

Desta forma, sob os auspícios ideológicos português, os primeiros cursos jurídicos brasileiros tinham um currículo fixo, composto por nove cadeiras e com duração de cinco anos. Esta grade curricular demonstrava nas disciplinas que compunham, como Direito Natural e Direito Público Eclesiástico, uma forte vinculação orgânica com o Império e suas bases político-ideológicas.⁴

3 MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8020>>. Acesso em: 13 jan. 2011.

4 RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 40-41.

O exercício de balanço sobre o ensino e investigação em Direito Internacional no Brasil demonstra, apesar de um início prestigioso, tristemente uma narrativa apagada e tímida, revelando a própria natureza brasileira no cenário internacional, remetendo o estudo do Direito Internacional a uma espécie de subtexto que concretiza o hipertexto do anticosmopolitismo professado no Brasil e, em especial, nas faculdades brasileiras. Isto decorre não só da cultura jurídico política anti-internacionalista da época, como também na escassa produção doutrinária de Direito Internacional no Brasil.

A colonialização portuguesa restringiu o ensino ao nível básico, o que provocou a insuficiência não somente no campo jurídico e especificamente no Direito Internacional, mas em todo o ensino superior. Salienta Horácio Wanderley⁵ que “em 1822, quando da independência brasileira, existiam 26 Universidades na América espanhola, enquanto que em nosso território não havia nenhum estabelecimento de ensino superior.”

Estudos superiores eram vistos como atentatórios ao poder da Coroa, pois nutririam sentimento de orgulho e colocariam em xeque o vínculo de submissão à metrópole. Com a criação dos Cursos de Direito em 1827, o currículo era basicamente um resumo da doutrina então em vigor na Europa, o que demonstra a influência da formação obtida por seus primeiros mestres. Até mesmo alguns costumes, apesar de inadequados para o clima, foram importados, como o uso de cartola e sobrecasaca. Fato curioso é que os cursos eram gratuitos, valendo a velha máxima de que as despesas da classe dirigente deveriam ser socializadas com toda a população.

Ressalte-se que as duas Faculdades de Direito foram adquirindo características próprias ao longo do tempo: em Recife, predominava um perfil mais doutrinador, formando grandes nomes como Sílvio Romero, Tobias Barreto, Joaquim Nabuco e Pontes de Miranda. Com nítida influência do Evolucionismo, naturalismo e determinismo biológico, pretendia-se uma visão laica de mundo, colocando-se de lado o Positivismo e evidenciando a Antropologia Criminal. Em São Paulo, por sua vez, prevalecia um perfil liberal, contrário ao determinismo social, sobressaindo as cadeiras de Direito Civil. Formou mais políticos e burocratas, como tantos presidentes republicanos, mas, com o advento da economia cafeeira, a ilustração artística e literária tornou-se eferescente, diplomando notáveis escritores que não atuariam diretamente na área jurídica, como Castro Alves, Álvares de Azevedo, José de Alencar, Monteiro Lobato e Raul Pompeia. O título de “bacharel” era um pré-requisito de aceitabilidade social, mesmo que jamais exercido.⁶

5 RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Loyola, 1988, p 54

6 RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Loyola, 1988, p 53.

Durante o Império, a única alteração ocorrida e que merece destaque é a de 1854, que acrescentou as cadeiras de Direito Romano e Direito Administrativo. Ressalta-se que o final do século XIX foi caracterizado pela doutrina colonialista. Como salienta Celso Albuquerque de Mello, as grandes potências se lançaram em um amplo movimento imperialista, que tem o seu ocaso com a descolonização após a Segunda Guerra Mundial, que se traduz como marco histórico importantíssimo no Direito Internacional.⁷

Com o advento da República, algumas novidades curriculares foram introduzidas, que demonstram também as modificações políticas e epistemológicas advindas principalmente da aceitação da orientação positivista. Em 1890, foi extinta a cadeira de Direito Eclesiástico, devido à desvinculação entre Estado e Igreja, e foram criadas as cadeiras de Filosofia e História do Direito e de Legislação Comparada sobre o Direito Privado.⁸

As necessidades institucionais de composição de quadros burocráticos surgem com a República, reforçando o aumento de cursos superiores no Brasil. Assim, até 1910, são criadas 27 escolas superiores, mas as universidades foram fundadas a partir da República.

Nesta época, aumentam as pressões da sociedade civil sobre o Estado e influenciam a reforma educacional do Ensino Jurídico e acabam com o monopólio dos cursos de Olinda e São Paulo. Passa a ser permitida a criação de novas faculdades de Direito, sendo a primeira dessas faculdades criadas a da Bahia, em 1891. Inicia-se o período da reforma do ensino livre que considera a educação a força inovadora da sociedade, como considera Barros⁹:

Afastem-se os entraves à criação de escolas, de cursos, de faculdades e estas florescerão vigorosas. O princípio de seleção natural encarregar-se-á de “fiscalizar” a escola, só sobrevivendo os mais aptos, os melhores. O próprio ensino oficial só terá a lucrar com isto, a concorrência das escolas particulares obrigando-o a manter um ensino elevado.

Em 1895, através da Lei 314, de 30 de outubro, criou-se um novo currículo para os cursos jurídicos, que teve como alvo a maior profissionalização dos egressos dos cursos jurídicos. Além da exclusão da cadeira de Direito Eclesiástico, excluiu-se também o Direito Natural, influência da orientação positivista no movimento republicano.

7 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, 1 vol., 13 ed., revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 162.

8 RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 41.

9 BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. RJ: Lumen Juris, 2000, p. 75-76.

O final da década de 1930 abriria para o Brasil uma outra realidade social. A predominância do poder econômico das oligarquias agrícolas perderia espaço com a crise econômica mundial. Surgia uma nova classe dominante urbana, centrada no comércio e na industrialização do país.¹⁰

No âmbito internacional, a geopolítica havia sofrido modificações após a Primeira Guerra Mundial e a América Latina passara a sofrer uma influência direta dos Estados Unidos da América que, em superação da crise econômica de 1929, adotara uma nova forma de atuação do Estado sobre a sociedade civil. Nascia o *Welfare State* ou Estado Social.

Paralelamente, o Direito Internacional no mundo passaria a desenvolver-se mais rápido, adquirindo novas ideias e, o mais importante, definindo as bases para sua definitiva cognição entre os Estados. Se o corolário positivista obteve sucesso entre os Estados da época, isso se deu pela conveniência encontrada em aceitá-los.

O Direito Internacional, a partir de então, fora completamente tomado pelos ideais positivistas da época, permanecendo enraizados na ciência jurídica internacional durante os próximos séculos. Assim, o voluntarismo estatal na criação das normas internacionais e a soberania dos Estados permaneceu quase que intacta até metade do século XX. O positivismo e o voluntarismo estatal mostraram-se verdadeiros instrumentos de simples manutenção da ordem estabelecida, independentemente de sua natureza: justa, pacífica, democrática ou não.

No período de 1950 e 1960, no contexto do processo de modernização do Estado e da economia nacional, várias foram as universidades que emergiram, entre elas a Universidade de Brasília, e também foram criadas a CAPES e CNPq. No final de 1960, a reforma universitária teve um cunho autoritário, mas, apesar da repressão provocada pelo Ato Institucional 05/68 e pelo Decreto 477/99, o ensino superior expandiu para o interior do Brasil.¹¹

Em 1962 ocorreu a primeira mudança básica em nível curricular. O Conselho Federal de Educação, através do Parecer 215, implantou um currículo mínimo para o ensino do Direito; até então todos haviam sido plenos. Com essa mudança, os cursos jurídicos poderiam se adaptar às necessidades regionais. A duração continuou fixada em 5 (cinco) anos, nos quais deveriam ser estudadas, no mínimo, as seguintes quatorze matérias: Introdução à Ciência do Direito; Direito Civil, Direito Comercial, Direito Judiciário Civil (com prática Forense), Direito Internacional Privado; Direito Constitucional (incluindo Teoria Geral do Estado), Direito Internacional Público; Direito Administrativo, Direito do

10 MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8020>>. Acesso em: 13 jan. 2011.
11 CUNHA, L A; GOES, M de. *O golpe na educação*. 6 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1989, p. 33.

Trabalho, Direito Penal, Medicina Legal, Direito Judiciário Penal (com Prática Forense), Direito Financeiro e Finanças; Economia Política.¹²

Importante ressaltar que o período militar trouxe reflexos no ensino jurídico e mais notadamente no ensino do Direito Internacional. A disciplina conta da grade curricular na reforma de 1962, todavia o conteúdo ministrado era altamente controlado pelas autoridades da ditadura. Os Cursos de Direito passam a travar sérios embates ideológicos, defendendo as convicções ideológicas e os direitos humanos.

A implantação desse novo currículo não alterou muito a estrutura vigente. Na prática continuou existindo a rigidez curricular e a tendência profissionalizante do ensino jurídico, em virtude das cadeiras estritamente dogmáticas, sendo a Introdução à Ciência do Direito a única matéria destinada a uma análise mais ampla do fenômeno jurídico. Houve uma redução das matérias de cunho humanista e de cultura geral. Esse novo modelo passou a vigorar em 1963 e, embora mais flexível que os anteriores, não eliminou a desvinculação do ensino jurídico com a realidade política, econômica, social e cultural do país.

Juntamente com o golpe militar veio o tecnicismo, em que a meta se voltava para o atendimento do crescimento econômico financiado externamente. Requeriam-se novos técnicos para o suporte do “milagre brasileiro” e o número de vagas estava à frente de metas educacionais qualitativas. Das 61 faculdades existentes no ano de 1964, houve um salto para 122 em uma década, conforme dados citados por Venâncio Filho.¹³

A década de 1970 foi marcada por graves crises econômicas que afetaram a classe média e, via de consequência, as matrículas nas faculdades particulares existentes no Brasil. Tal fato fez o governo federal criar o Crédito Educativo, que aumentou indiscriminadamente os cursos superiores no país.

O ensino jurídico brasileiro, no período de 1973 a 1994, teve como diretrizes de funcionamento a Resolução 3/72/CFE, que trata do currículo mínimo, do número mínimo de horas-aulas, da duração do curso e de outras normas gerais pertinentes à sua estruturação. Esta resolução foi o paradigma da Portaria 1.886/94/MEC, que a substituiu.

A disciplina de Direito Internacional, nessa época, é retirado do rol das matérias obrigatórias, sendo relegada a conteúdo opcional juntamente com medicina legal, direito agrário, direito tributário e financeiro, direito da navegação marítima e direito previdenciário.

Com isso, muitos cursos optaram por uma grade curricular voltada para o direito interno, sem fazer alusão ao estudo do direito internacional. Este fator provocou

12 RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 41.

13 VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

uma deficiência na formação de docentes com especialidade na área, havendo uma escassez de profissionais e doutrinadores do Direito Internacional no Brasil.

Observa-se, ainda, que o Direito Internacional recebe uma perspectiva como um discurso jurídico predominantemente estadocêntrico. Tem sido assim, desde logo, na formação dos estudantes de Direito. Aí, o peso dominante ocupado nos programas e manuais pela justificação da juridicidade do Direito Internacional (como que numa necessidade obsessiva de justificação ante o peso do padrão de juridicidade do Direito interno) e pelo relacionamento entre Direito Internacional e Direito nacional (num prolongado exercício de... Direito Constitucional), têm neutralizado a potencial carga alternativa transportada pelo Direito Internacional, olhado porventura como uma perturbante abertura às teses do pluralismo de ordenamentos jurídicos. Mas também nos estudos internacionalistas não jurídicos se revela dominante esta matriz cultural estadocêntrica.

A tendência aí registrada para a apresentação do Direito Internacional ora como uma frágil variável dependente do jogo estratégico dos blocos, ora como um etéreo (e portanto vulnerável) código utópico de comportamento, têm permitido dar lastro à redução do Direito Internacional a uma expressão jurídica do realismo, seja na sua versão clássica, seja em sua organização estrutural.

Durante as décadas que se seguiram, o Direito Internacional foi, não raro, confinado a um semestre letivo nos cursos jurídicos e só excepcionalmente oferecido nos cursos de mestrado, com a docência muitas vezes confiada a cultores do Direito Público interno e flagrantemente ausente das apostas de desenvolvimento estratégico dos estudos jurídico-políticos e o estudo do Direito Internacional tornou-se um exercício individual de puro voluntarismo acadêmico.¹⁴

Não obstante os avanços trazidos pela Resolução 3/72/CFE em nível curricular, houve a ausência de um trabalho interdisciplinar e direcionado a um mercado de trabalho diversificado, na área jurídica. Essa ausência não foi um problema da norma, mas sim dos docentes e administradores das instituições de ensino e, se persistir, não haverá novo conjunto normativo e currículo que resolvam a crise existente.¹⁵

Surpreendentemente, esta restrição política velada ao ensino do Direito Internacional prolongou os seus efeitos bem para lá de 1974. De forma que o panorama do estudo do Direito Internacional no Brasil, até a saída da década de 1980, foi um retraimento claro em abandonar o exclusivismo do registro da independência interestatal ignorando, assim, a densificação jurídica da

¹⁴ Dentre os autores nacionais podemos destacar, dentre outros, Augusto Teixeira de Freitas, Haroldo Valladão, Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola, Oscar Tenório, Celso D. Albuquerque de Mello, Francisco Resek, Hildebrando Accioly, que prestaram inestimável contribuição para a formação do arcabouço doutrinário do Direito Internacional no Brasil.

¹⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 46.

interdependência e da cooperação. A primeira vaga de transformação estrutural da sociedade internacional moderna passou longe dos estudos de Direito Internacional no Brasil, ocorrendo somente após a década de 1990.

3 O retorno da obrigatoriedade e a escassez de professores com formação específica

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), houve campo democrático para transformações substanciais no ensino jurídico. Vários direitos e garantias haviam sido introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro pela CF/88 e essa onda cidadã permitiria inovações nos cursos de Direito, ademais o preâmbulo constitucional ressalta a cooperação internacional.

Como pode ser observado até o momento, nem sempre as reformas curriculares (ou propostas de) visaram a mudanças de mentalidade. Verifica-se, a mudança de disciplinas, mas a orientação burguesa do século XIX permanece. Além de 1827, quando os cursos de Direito foram implantados no Brasil, alterações curriculares dignas de nota foram feitas em seis momentos diferentes (1854, 1890, 1895, 1925, 1962 e 1972, respectivamente), mas sabe-se que, na essência, nada mudou.

A formação dos professores foi seriamente comprometida como relata Antonio Cachapuz de Medeiros¹⁶:

Quando foram concebidos os Cursos de Direito no Brasil e implantadas as primeiras Faculdades, em Recife e em São Paulo, o Direito Internacional ocupou posição de destaque. Ao longo de tantos anos de aplicação da estrutura curricular no Brasil, essa posição variou, passando por momentos em que, de fato, o Direito Internacional foi valorizado, considerado disciplina obrigatória e outros momentos em que, lastimavelmente, o Direito Internacional foi incluído entre as disciplinas optativas, provocando prejuízos na formação daqueles que trabalham com o Direito, que lidam com a Ciência Jurídica, fazendo com que os juristas brasileiros, muitas vezes, fiquem em situação de desvantagem em relação a juristas de outros países onde o Direito Internacional sempre foi valorizado, sempre foi obrigatório, sempre foi disciplina nobre nos Cursos de Graduação em Direito.

Impossível seccionar a estrutura acadêmica jurídica da estrutura histórica do país, considerando-se o posicionamento logístico do ensino superior no mosaico

16 MEDEIROS, Antonio Cachapuz . debate O currículo de Direito Internacional na Instituições Brasileiras de Ensino Superior. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachpuz, (org.) *Desafio do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 443.

político-administrativo e econômico nacional, mais ainda em sede da disciplina de Direito Internacional.

Devem-se considerar mudanças nos currículos, mas com especial atenção à forma como tais mudanças deverão se processar. De nada adianta o estudo da disciplina História do Direito, hoje, se seu conteúdo é visto de modo estanque, como que em uma pequena tabela de datas, principais características das épocas e obras marcantes com seus respectivos autores. É apenas um exemplo.

No início da década de 1990, as estatísticas davam conta de que no Brasil havia 186 cursos de Direito, os quais mantinham a mesma estrutura curricular tradicional desde a reforma de 1973. O resultado dessa política era a existência de um ensino reprodutor, deformador e insatisfatório na preparação de bacharéis para um mercado profissional saturado, conforme relata Melo Filho¹⁷.

A formatação do curso jurídico, moldada na Portaria nº 1.886/94, abre ao futuro bacharel em Direito um leque significativo de opções profissionais, dos quais a advocacia é apenas uma via, ao lado de tantos outros setores jurídico-profissionais, como a magistratura, o Ministério Público, a carreira de delegado de polícia, o magistério jurídico e a diplomacia. Sob esse aspecto, a mencionada Portaria possibilita ao curso jurídico “concentrar-se em uma ou mais áreas de especialização” (art. 8º). Estimula a verticalização dos estudos jurídicos em áreas específicas e motiva um conhecimento mais aprofundado de “diferentes áreas de conhecimento” jurídico, ao longo da graduação, que deve estar ligada às vocações de cada curso, às demandas sociais e ao mercado de trabalho.¹⁸

Apesar de o Brasil não possuir tradição nas relações internacionais, o próprio avanço e maturidade ocorridos em sua estrutura política, social e econômica, nos últimos anos, acompanhando a tendência mundial, impulsionaram diversas instituições a criarem cursos voltados para a área, hoje num total de 60 autorizados pelo MEC.¹⁹

Os paradigmas e as avançadas estratégias inseridas na Portaria Nº 1886/94 têm por escopo fazer os discentes entenderem e participarem da transformação e do “desenvolvimento da sociedade brasileira”, tanto no plano institucional, quanto na órbita sócio-político-econômica, sem olvidar o estímulo que representam para o autoaprimoramento contínuo ou “formação contínua” na área jurídica.

Se, por um lado, é possível uma fragmentação do saber, cada vez mais acentuada, por outro, nenhuma disciplina ou ciência possui autonomia, daí a cognância da interdisciplinaridade (parágrafo único do art. 6º da Portaria 1.886/94), tornada componente basilar do currículo de Direito e erigida como

17 MELO FILHO, Álvaro. Por uma revolução no ensino jurídico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.322, ano 89, p.9-15, abr./maio/junho. 1993.

18 MELO FILHO, *Ensino Jurídico e a nova LDB*, p.106.

19 Ver relação completa em: www.educacaosuperior.inep.gov.br.

“pressuposto fundamental de uma análise dialética do fenômeno jurídico”, permitindo “compreender a totalidade estruturada que os contém em interseção de múltiplos conhecimentos”.

Sem a interdisciplinaridade não há como estabelecer modos possíveis de consideração da realidade e constituir processos de síntese criadora para “possibilitar a correspondente concretização do desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional”, na dicção do inc. V do art. 43 da LDB, pois, segundo Mialle²⁰, o “Direito nunca está só e “torna-se compreensível unicamente em relação com outros fenômenos sociais”.

Os efeitos da ausência no Brasil do Direito Internacional em muitos Cursos de Direito são notados pela deficiência acadêmica. Não nos Cursos de Direito tradicionais, nos Cursos de Direito notoriamente de boa qualidade no país, os quais, mesmo que as regras vigentes não tornassem o Direito Internacional obrigatório, jamais deixaram de ministrar a disciplina, como a Universidade de São Paulo, por exemplo, a maioria das universidades federais e muitas universidades privadas de idoneidade reconhecida. Dado, porém, que, em muitas Faculdades, o Direito Internacional era uma disciplina optativa e, muitas vezes, excluída, isso deixou uma deficiência, uma ausência, no conhecimento dos bacharéis e, muitas vezes, isso se reflete nas decisões judiciais em que se nota um desconhecimento do Direito Internacional, talvez porque o magistrado não tenha contado com o Direito Internacional na sua formação jurídica.²¹

O Direito Internacional passa por profundas transformações, se moderniza em muitos pontos, institutos são renovados e criados, surgem novas instituições e tudo isso redundando na necessidade de uma atualização dos currículos.

As diretrizes vigentes dos cursos de Bacharelado em Direito foram estabelecidas pela Resolução nº 9/2004 do MEC. Exigiu-se carga horária mínima de 3.700 h/a, mas houve diversas discussões acerca da duração do curso, fato que se deixou para resolver em regulamentação própria, o que só ocorreu com a expedição da Resolução nº 2/2007, que fixou o limite mínimo de 05 (anos) para carga horária situada entre 3.600 e 4.000h.

Dentre outras mudanças importantes, cita-se a exigência expressa do projeto pedagógico do curso, que deve descrever toda sua estruturação. O perfil do graduando era o estabelecido pelo antigo “Provão”, posteriormente substituído pelo ENADE (Exame Nacional de Desempenho de Estudantes), que também avalia a estrutura física e a qualificação docente do curso.

20 MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994.

21 MEDEIROS, Antonio Cachapuz . debate O currículo de Direito Internacional na Instituições Brasileiras de Ensino Superior in: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz, (org.) *Desafio do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 444.

Os conteúdos de direito internacional foram inseridos no eixo de formação profissional, fazendo parte do mínimo obrigatório para os Cursos de Direito. Todavia, cabe a cada instituição avaliar sua dimensão e seu conteúdo programático.

À exceção da USP, que tinha um Departamento de Direito Internacional e um Curso de Pós-Graduação nessa área, embora houvesse a disciplina, poucos eram os cursos que trabalhavam com o tema em nível de Pós-Graduação. Com isso, do dia para a noite, no momento em que a disciplina voltou a ser obrigatória, tiveram que ser fabricados professores de Direito Internacional. “Ninguém sabia muito bem o que ia falar e por onde ia começar”, enfatiza a professora Nadia Araujo.²²

Desta forma, como herança da década de 1990 e da expansão da disciplina que começara a ser considerada importante no contexto de formação do profissional do Direito, o Direito Internacional sai de um déficit de conteúdo para um alargamento de matérias que, hoje, os programas de ensino são insuficientes para tratar. A superação dos déficits materiais e metodológicos que têm marcado a investigação e o ensino do Direito Internacional no Brasil situa-se, portanto, na convergência de duas transições. Por um lado, a transição do cânone historicista e empiricista que o pensamento realista fez cristalizar na ciência das Relações Internacionais. Por outro lado, a abertura da agenda programática do Direito Internacional a diálogos interdisciplinares que quebrem o círculo fechado do positivismo normativista.

Ao longo da evolução do ensino do Direito Internacional no Brasil, faculdades como PUC, USP, UNESP, UNICAMP, UFRGS, UFSC e a própria UNB se consolidam, na medida em que seu corpo docente e discente avança rumo às pesquisas voltadas para a realidade contemporânea da comunidade mundial e os aspectos sociais que as envolvem, fazendo surgir uma nova configuração teórica e prática no ensino do Direito Internacional no Brasil, a partir do ambiente acadêmico.

A partir da década de 1990, o cenário acadêmico do ensino do Direito Internacional inicia uma nova fase, revelando um esforço multilateral de consolidação da disciplina por meio de eventos científicos.

4 Harmonização ou controle do saber? O debate sobre os conteúdos mínimos da disciplina de direito internacional

Diante da formação das sociedades contemporâneas e suas relações, pode-se observar o processo de construção do Espaço geopolítico, onde são fatores relevantes o meio de trabalho, o espaço, o planejamento do espaço e os vestígios

22 NADIA, Araujo. O currículo de Direito Internacional na Instituições Brasileiras de Ensino Superior. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachpuz, (org.) *Desafio do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 448.

deixados pelas relações sociais passadas. Nesta configuração pode-se vislumbrar a relação entre o espaço e o poder, em que o primeiro é a base material do poder exercido por grupos hegemônicos da sociedade. O poder implica no domínio de um espaço territorial (no passado) ou de valores técnicos, financeiros e ideológicos (nos dias de hoje).

O sistema internacional iniciado no final do século XX é caracterizado por uma estrutura complexa, oligopolista, cujo governo exige que sejam enfrentados os problemas surgidos em terrenos diferentes, mas estreitamente interligados, tanto no campo das relações econômicas e políticas, como no campo social. Uma nova configuração de poder sobrepõe-se à antiga divisão bipolar da hegemonia mundial, cuja tônica é a transformação dos vetores das relações internacionais, da pulverização de conflitos regionais, da instituição de fóruns de diálogo transnacional, da inserção de novos temas na agenda global, da abertura da economia e da eliminação das barreiras econômicas.²³

Afirmar que as relações econômico-sociais constituem-se como sistêmicas implica dizer que são compostas por partes coordenadas que concorrem para um certo resultado. Assim, as relações econômicas realizam movimentos independentes, mas interrelacionados e concomitantes, havendo múltiplas relações: nacionais, regionais e transnacionais.

Um estrutura sistêmica²⁴ revela uma composição de partes coordenadas que corroboram para a produção de determinado resultado. No âmbito do sistema econômico, a força motriz das relações é o capital, onde quem o detém impõe o ritmo e as regras, porém é inata nele a necessidade de expansão. Cada ciclo do sistema econômico implica no redimensionamento das instituições, vez que existe um nexos entre as relações econômicas e jurídicas, como ocorrido na mudança de cada fase do capitalismo ou na introdução de um novo modo de produção.

23 SILVA, Roberto Luiz. *Direito econômico internacional e direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p.39.

24 Sistema significa a reunião de princípios em que se funda uma opinião, doutrina ou dogma, ou conduta. Não indica uma *coisa*, mas um estado dinâmico, hierarquizado, complexo, organizado, esquematizado, funcionando em sinergia, em contraposição a estático, isolado e independente. Para haver um sistema é necessário: um conjunto de partes relacionadas entre si; um plano ou um propósito comum aos quais estão sujeitas as diversas partes que formam a unidade complexa; a associação das partes em interação regular e com interdependência; um todo integral, orgânico ou organizado. Para se entender este todo integral, é necessário que se tenha uma compreensão de sua composição, isto é, de suas unidades ou partes, estruturas, propriedades e relações. Assim, quando se analisa um sistema consideram-se: as estruturas; as propriedades, que são aditiva, aditivo-constitutiva e constitutiva; as relações e interações. Assim como o sistema solar e o universo; o sistema atômico. *sis.te.ma sm (gr systema)* 1. Conjunto de princípios verdadeiros ou falsos, donde se deduzem conclusões coordenadas entre si, sobre as quais se estabelece uma doutrina, opinião ou teoria. 2. Corpo de normas ou regras, entrelaçadas numa concatenação lógica e, pelo menos, verossímil, formando um todo harmônico. 3. Conjunto ou combinação de coisas ou partes de modo a formarem um todo complexo ou unitário: Sistema de canais. 4. Qualquer conjunto ou série de membros ou elementos correlacionados: Sistema de força. DICIONÁRIO Michaelis consultado e disponível em: <http://www.uol.com.br/michaelis/>

O Direito Internacional, público ou privado, tem uma outra projeção, uma dimensão maior, porque ele influi nas decisões que o nosso país pode tomar em política exterior²⁵. Diante desta importância, necessário se faz debruçar-se sobre uma melhor resposta para a pergunta: “O que ensinar em Direito Internacional em um país tão diverso, com raízes histórica corrompida, com anos de ausência dos conteúdos e em um contexto de mundo interdisciplinar e veloz?!”

Acrescente-se a esta pergunta o fato de que, atualmente, são 868 cursos de Direito no Brasil, sendo 761 particulares e 87 públicos assim divididos nos Estados:

Tabela 1 - Cursos de Direito no Brasil

Estado	pública	privada	total
Acre	1	2	3
Alagoas	2	12	14
Amazonas	2	8	10
Amapá	1	5	6
Bahia	5	44	49
Ceará	3	14	17
Distrito Federal	1	19	20
Espírito Santo	1	32	33
Goiás	5	32	37
Maranhão	2	13	15
Minas Gerais	8	114	122
Mato Grosso do Sul	3	13	16
Mato Grosso	2	25	27
Pará	2	14	16
Paraíba	3	13	16
Pernambuco	4	26	30
Piauí	2	18	20
Paraná	7	62	69
Rio de Janeiro	5	37	42
Rio Grande do Norte	3	9	12
Rondônia	1	9	10
Roraima	2	3	5
Rio Grande do Sul	3	36	39
Santa Catarina	4	31	35
Sergipe	1	6	7
São Paulo	11	155	166
Tocantins	3	9	12
Total	87	761	848

Fonte: <http://emec.mec.gov.br/>

Notória é a participação de professores como Haroldo Valladão, Vicente Marotta Rangel e Antonio Celso Alves Pereira (este na presidência da Sociedade

25 RANGEL, Vicente Marotta. Debate O currículo de Direito Internacional na Instituições Brasileiras de Ensino Superior. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachpuz, (org.) *Desafio do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 444.

Brasileira de Direito Internacional) na luta pela manutenção da disciplina nos currículos acadêmicos, e na atualidade, este último, dentre outros, preocupa-se com os conteúdos mínimos da disciplina.²⁶

O debate sobre os conteúdos a serem ministrados na disciplina de Direito Internacional foi impulsionado pelo próprio Itamaraty²⁷, em 2005, considerando a importância de seus reflexos na formação dos juristas brasileiros. Assim, reproduzem-se, neste momento, algumas das preocupações trazidas pelo professor Antonio Celso:

O Direito Internacional, principalmente, o Direito Internacional Público, é um tema que não pode ficar fora dessa discussão hoje nas universidades. E o Direito Internacional Privado é extremamente importante também porque, hoje, a internacionalização, a transnacionalização de toda a atividade humana faz com que não se trabalhe mais com uma separação rigorosa entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado. Na Faculdade de Direito, não vamos ensinar o indivíduo a negociar, mas, pelo menos, vamos ensinar os alunos nos Cursos de Direito Internacional qual é a sustentação jurídica dessas negociações. Nos painéis da OMC, por exemplo, há aspectos econômicos, técnicos, comerciais, mas, fundamentalmente, aspectos jurídicos que nós precisamos ensinar a esses alunos. Uma outra situação que nós estamos vivendo hoje é a construção de um Direito Internacional Processual. Nós estamos hoje com tribunais em pleno funcionamento. Nós temos aqui o Professor Vicente Marotta Rangel, que é do Tribunal Internacional de Direito do Mar, na Alemanha. Ele é uma sumidade em Direito Internacional do Mar. Os Tribunais Internacionais estão funcionando hoje a todo o vapor. Temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos, as Cortes Administrativas da União Europeia e o Tribunal Penal Internacional. O Direito Penal Internacional está hoje numa fase muito rica. A criação do TPI trouxe à tona a necessidade de um revigoramento dos estudos do Direito

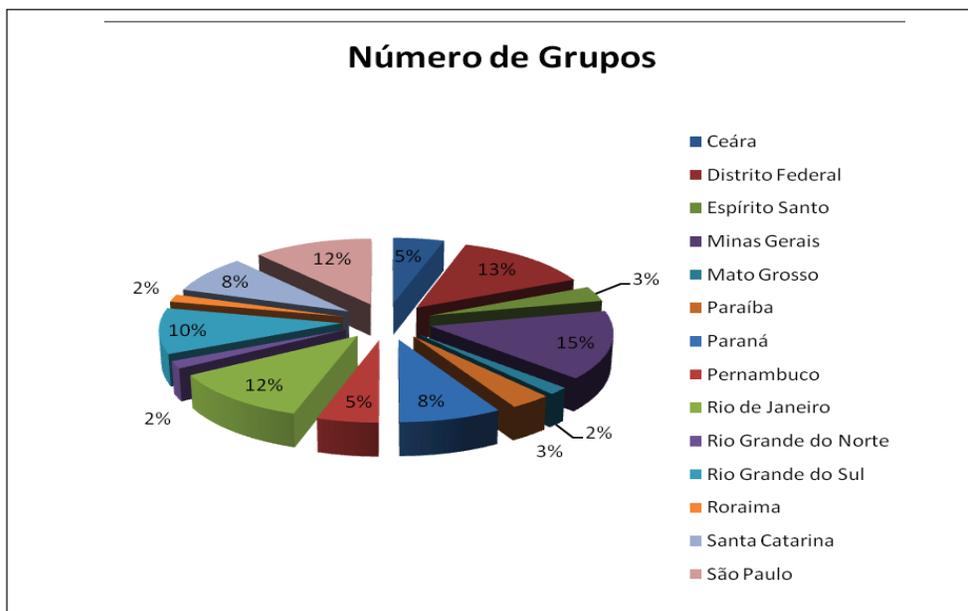
26 Como salienta professor Antonio Celso: “O que acho mais paradoxal nessa história é que, na medida em que o país foi tendo uma inserção internacional cada vez maior, na medida em que começamos a ter participação mais ativa no cenário internacional, com o crescimento e a modernização do nosso país, fomos retirando essa disciplina das universidades. Isso é realmente paradoxal”. PEREIRA, Antonio Celso Alves. debate O currículo de Direito Internacional na Instituições Brasileiras de Ensino Superior. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachupuz, (org.) *Desafio do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 444.

27 Ressalta-se que as Jornadas de Direito Internacional do Itamaraty foram organizadas pelo Ministério das Relações Exteriores e que participaram deste debate os professores Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Vicente Marotta Rangel, Antônio Celso Alves Pereira, Nádia de Araújo, Wagner Menezes, Valério de Oliveira Mazzuoli, Heloísa Portugal, Patrick Petiot e Karina Zucolotto.

Internacional Penal e nós estamos hoje realmente construindo o Direito Processual Internacional.

A preocupação dos professores presentes no debate fez ressoarem alguns reflexos nas faculdades de Direito, a partir de então. Aliado ao fato de que, a partir da flexibilização curricular e do fomento à pesquisa trazidas pela legislação de 1994, as faculdades iniciaram o fomento aos grupos de estudos e pesquisas em áreas de interesse. Todavia, nota-se que, apesar do grande número de faculdades de Direito no Brasil, ainda são desproporcionais os números de pesquisas no Direito Internacional, totalizando atualmente 60 grupos registrados no CNPq.

Gráfico 1 - Grupos de pesquisa em Direito Internacional



Ademais, verifica-se ainda mais restrito o ensino do Direito Internacional em sede de mestrado e doutorado, sendo concentrado nas regiões Centro Oeste, com dois programas de mestrado e um de doutoramento; região Sudeste, com quatro mestrados e dois doutorados, e a Região Sul, com um programa de mestrado e doutorado com linhas de pesquisas em Direito Internacional.

Ao longo das últimas décadas, diversos autores têm procurado captar a marca da determinação histórica do Direito Internacional e o que ensinar nesta disciplina. Trata-se da percepção de que o Direito Internacional, que desempenhou nos séculos XVII, XVIII e XIX uma função de consubstanciação jurídica da ordem internacional interestatal lançada na Paz de Vestfália – contrabalançando-a, porém, através da afirmação doutrinal de padrões éticos agregadores e, por isso, veículos

de viabilização da comunidade internacional (o *bonnum commune humanitatis*) – é hoje, em novo tempo de transição paradigmática, convocados, a cumprir a mesma tarefa: por um lado, exprimir juridicamente a ordem internacional soprada pelos ventos da globalização; por outro, balizá-la de acordo com opções políticas e valorativas anunciadoras de uma certa conformação da comunidade internacional

No curto espaço de um século, o meio social para a qual se destina o Direito Internacional alterou-se profundamente. A complexidade da sociedade internacional contemporânea é extraordinariamente superior àquela que motivou o nascimento do Direito Internacional Público, simbolizada na Paz de Vestfália de 1648.

5 Redimensionando os contornos da disciplina em eventos temáticos e a participação do Brasil em eventos internacionais

Os processos de universalização, socialização e humanização, que marcaram a sua evolução ao longo da segunda metade do século XX, transformaram o tradicional ordenamento competencialista num Direito Internacional “de regulamentação” que penetra no reduto soberano dos Estados, limitando-o, em vista da satisfação de interesses comuns da comunidade internacional no seu conjunto. São várias as grelhas de análise propostas pelos diferentes autores. O Direito Internacional oligárquico, dos Estados e de coordenação, terá dado lugar a um Direito da comunidade internacional, para os seres humanos e de finalidades; o Direito Internacional, pela inovadora centralidade da proteção internacional dos direitos humanos, da proteção transnacional do ambiente e do combate por uma solução justa dos desequilíbrios Norte-Sul, supera o velho direito *bilateral-minded*, minimalista, e funda-se numa escrupulosa reciprocidade, por um direito *community-minded*.

A crescente importância da disciplina tem sido demonstrada pelos vários congressos, encontros, seminários e debates sobre diversos temas do Direito Internacional na atualidade. Proliferam professores, seja por necessidade de mercado, seja pelo fascínio que a disciplina exerce sobre aqueles que se debruçam sobre seu estudo.

Alguns eventos tornaram-se marco no calendário anual acadêmico. Dentre eles pode-se citar o Congresso Brasileiro de Direito Internacional, organizado pela Academia Brasileira de Direito Internacional presidida pelo professor Wagner Menezes.²⁸

²⁸ <http://www.direitointernacional.org>. ABDI, é uma associação de caráter técnico-científico, de âmbito nacional, sem fins lucrativos, religiosos ou políticos, assentada sobre princípios do pensamento humanista, voltada para o comprometimento do pensamento ético e pela defesa intransigente dos Direitos Humanos.

O Congresso teve início em 2003, ano de fundação da Academia Brasileira de Direito Internacional, e tem por objetivo fortalecer o estudo do Direito Internacional no Brasil por meio do conagraçamento de todos os doutrinadores, pesquisadores, estudantes e operadores do Direito Internacional.²⁹

Em 2009, por ocasião do VII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, foi assinado um importante documento para o ensino do Direito Internacional: a Carta São Paulo³⁰ que recomenda, dentre outras, a estruturação da disciplina de Direito Internacional nos cursos de Direito; a necessidade de professores com formação específica e a inserção da disciplina como conteúdo obrigatório nos cursos de Relações Internacionais e Comércio Exterior.

Posteriormente, durante o VIII Congresso Brasileiro de Direito Internacional, os professores ali reunidos, juntamente com a diretoria da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e a Fundação Alexandre Gusmão, firmaram o compromisso de reedição do Boletim de Direito Internacional e reestabelecimento dos trabalhos da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, com a criação de núcleos regionais para o fortalecimento da disciplina em âmbito nacional.

Paralelamente ao movimento da ABDI, outro grupo de significativa importância floresceu no Brasil na década de 1990, que trouxe o Encontro Internacional de Direito da América do Sul, evento inicialmente anual, com o objetivo de debater e difundir o direito de integração na América Latina. Dentre os professores pioneiros deste trabalho estão os professores Luis Otávio Pimentel, Nadia Araujo, Odete Maria de Oliveira e Welber Barral secretário, desde 2007, da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

O EIDAS é um tradicional encontro acadêmico de especialistas em Direito Internacional, que ocorre regularmente desde 1991. O professor Luiz Otávio Pimentel relata o início da iniciativa, que teve importante função na formação da grande maioria dos jovens professores de Direito Internacional que assumem a cátedra ao final da década de 1990³¹:

Temos que resgatar um pouco os dois momentos que temos no envolvimento de juristas nestes processos colocados hoje, que envolvem o Brasil, para entender os aspectos jurídicos e as regras jurídicas da integração. Nós começamos há doze anos a discussão de um sonho, que era a possibilidade de um mundo sem bandeiras. Eu recorde de uma canção gaúcha que me marcou muito, que dizia que *a estupidez tinha nos separado em bandeiras*. Essa ideia foi compartilhada por

29 Disponível em: <http://www.direitointernacional.org>. Acesso em: 27 jan. 2011.

30 A Carta São Paulo pode ser acessada por meio do site: <http://www.direitointernacional.org/download>.

31 *Revista Judice*. Entrevista com professor Luiz Otávio Pimentel. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/entrevista.htm>. Acesso em: 10 mar. 2011.

colegas, como Lédio Rosa de Andrade, Léo Rosa de Andrade e José Augusto Figueiro Mendes. Nós éramos professores em Tubarão e às sextas-feiras, depois das aulas, nós reuníamos e ficávamos conversando sobre uma nova visão do Direito, uma perspectiva mais social, em maneiras de tentar, através da aplicação do Direito, diminuir a exclusão social etc. Eu sugeri a realização de um encontro internacional para discutir estas questões. [...] O encontro teve bastante êxito e esse primeiro momento foi marcado pelo sonho de um mundo sem bandeiras. Logo começaram as discussões sobre o Mercosul e, muito além daquilo que se discutia oficialmente no Mercosul, nós víamos nessa integração a possibilidade de um Mercosul voltado para o social e não apenas uma figura reguladora da questão econômica. [...] Mas a partir destes encontros, e também do esforço dos países pela integração econômica, é que nós, juristas e professores brasileiros, tivemos a oportunidade de conhecer as pessoas que trabalhavam com o direito nos outros países. E a partir desse entrosamento começamos a desenvolver uma série de projetos de estudos, pesquisas e cursos em conjunto. Passamos a entender o direito de forma mais ampla e o que está por trás do direito num processo de integração, ou seja, que interesses ele alcança. (grifos do autor).

Destacam-se também, dentre as iniciativas relevantes para a proliferação do estudo do Direito Internacional no Brasil, as atividades da professora Deyse de Freitas Ventura e do professor Ricardo Seitenfus. Além de importante material bibliográfico em Direito Internacional Público, Privado e Direito Comunitário, a professora, com o objetivo de participar do encontro da Associação Brasileira de Ensino em Direito em 2010, que tinha como foco *Educar para o futuro*, desenvolveu um projeto de pesquisa sobre o ensino do Direito Internacional que teve como objetivos³²:

- a. Trazer à discussão as dificuldades no ensino da disciplina decorrentes das especificidades do Direito Internacional em relação ao direito estatal;
- b. Trabalhar a tangibilidade e a permeabilidade do Direito Internacional no direito interno por meio do compartilhamento de situações-exemplo que ilustrem o caráter transversal da realidade;
- c. Refletir criticamente sobre as experiências relatadas, em busca de um marco teórico transdisciplinar que dê sustentação e densidade acadêmica às atividades empreendidas;

³² Os objetivos e metodologia do projeto, assim como alguns textos para debate, estão disponíveis no site <http://educar-para-o-mundo.blogspot.com>. Acesso em: 10 jan. 2011.

- d. Traçar o perfil do ensino do Direito Internacional no Brasil por meio da análise dos currículos, planos de ensino e docentes responsáveis pela disciplina, tendo em conta as diversas vertentes teóricas do Direito Internacional existentes;
- e. Elaborar, ao final da oficina, um projeto de reforma do ensino do Direito Internacional no Brasil, que propugne um internacionalismo progressista condizente com as demandas brasileiras e latino-americanas na esfera internacional, para inclusão de um painel na programação do Encontro da ABEDI de 2010.

As discussões trazidas pelo grupo florescem a partir das dificuldades em ensinar Direito Internacional no Brasil, como salientados por alguns participantes, e trazem questões como a apatia dos acadêmicos, a falta de harmonização dos conteúdos e a variedade de assuntos que hoje faz parte dos conteúdos de Direito Internacional. Como salientou a professora Deyse Ventura em seu comentário: “No Direito, é preciso defender a importância da dimensão internacional diante do estatismo brutal que molda aquelas cabeças”.³³

Destaca-se, ainda, na formação de profissionais competentes e em constância, apesar das idas e vindas curriculares, a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que, em março de 2011, recebeu o prêmio pela conquista do 3º lugar no round nacional da maior competição de direito internacional do mundo. O primeiro lugar ficou com a Universidade Federal de Minas Gerais e o segundo com a Universidade de São Paulo. Além do terceiro prêmio geral, a equipe conquistou o prêmio de terceiro melhor memorial e a acadêmica Luiza Leão Soares Pereira foi considerada pelos juízes como melhor oradora do round brasileiro. A competição simula um caso fictício perante a Corte Internacional de Justiça e ocorre desde 1960 quando foi criada na Universidade de Harvard. A simulação é organizada pela *International Law Students Association*³⁴, tendo ocorrido esse ano na UniRitter.³⁵

Jessup (Philip C. Jessup *International Law Moot Court Competition*) é uma competição de Direito Internacional promovida pela *International Law Students Association* (ILSA). O nome da competição é uma homenagem a Philip Jessup, juiz da Corte Internacional de Justiça da ONU. A primeira edição do concurso ocorreu em 1959, na Universidade de Harvard. Trata-se de uma corte simulada, em que países fictícios envolvidos num conflito também fictício submetem a controvérsia à Corte Internacional de Justiça. As equipes são formadas por

33 VENTURA, Deyse, disponível em: <http://educar-para-o-mundo.blogspot.com/2009/03/quais-sao-suas-principais-dificuldades.html> Acesso em: 10 jan. 2010.

34 <http://www.ilsa.org/jessup/>.

35 Disponível no site do Centro Acadêmico André Rocha <http://www.caar.ufrgs.br/?p=5746>, acesso em: 15 mar. 2011.

estudantes de Direito, que representam advogados perante a Corte. Mais de 500 faculdades de Direito de mais de 80 países participam anualmente da competição.

A competição é dividida em duas etapas. Há etapas nacionais em cada país, e uma etapa internacional, que reúne os melhores colocados das etapas nacionais. No Brasil, a etapa nacional é disputada em lugares que variam a cada ano. A etapa internacional ocorre todos os anos em Washington D.C.

Desde sua primeira participação, o Brasil tem conquistado relevantes posições conforme pode ser observado pelo quadro abaixo:

Tabela2 - Edições da *Jessup Moot Court Competition* no Brasil desde 2001³⁶

Ano	Local	Instituição Sede	Equipe vencedora
2001	Florianópolis, SC	Universidade Federal de Santa Catarina	Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, RS);
2002	Florianópolis, SC	Universidade Federal de Santa Catarina	Faculdades Integradas do Oeste de Minas - FADOM (Divinópolis, MG);
2003	Santos, SP	Universidade Católica de Santos - UniSantos	Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG);
2004	Porto Alegre, RS	Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter	Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, RS);
2005	Santos, SP	Universidade Católica de Santos - UniSantos	Faculdades Integradas do Oeste de Minas - FADOM (Divinópolis, MG);
2006	Porto Alegre, RS	Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS	Faculdades Integradas do Oeste de Minas - FADOM (Divinópolis, MG);
2007	Divinópolis, MG	Faculdades Integradas do Oeste de Minas - FADOM	Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter (Porto Alegre, RS) / Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG) ³⁶ ;
2008	Belo Horizonte, MG	Universidade FUMEC	Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG);
2009	Ouro Preto, MG	Universidade Federal de Ouro Preto	Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG);
2010	Porto Alegre, RS	Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter	Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte, MG)

Fonte: Na etapa brasileira, a UFMG obteve o primeiro lugar nas rodadas preliminares e a UniRitter foi a vencedora da Rodada Final. Por isso, essas duas instituições irão representar o país em Washington DC.” Disponível em: http://www.fadom.br/interna.asp?var_cdsessao=000056&var_cdsubnivel=2&var_codnoticia=000606&var_tit=acontecepeq&var_noticia=S

³⁶ Tabela de livre criação da autora baseada nos dados do site <http://www.ilsa.org/jessup> e http://www.fadom.br/interna.asp?var_cdsessao=000056&var_cdsubnivel=2&var_codnoticia=000606&var_tit=acontecepeq&var_noticia=S, acessos em: 15 de março de 2011.

O Brasil cresceu significativamente no contexto do ensino do Direito Internacional, todavia em frente do número de mais de 800 cursos de Direito no território nacional e da diversificação notória dos conteúdos exigidos pela sociedade internacional deste século XIX, ainda faz necessário um dimensionamento mais harmonioso da disciplina. Tal fato interessa aos doutrinadores empenhados na melhoria do ensino do Direito Internacional, bem como a Organização dos Estados Americanos – OEA que se preocupou com o ensino do Direito Internacional e com seu currículo demasiadamente heterogêneo e passou a realizar Jornadas de Direito Internacional para debater esses assuntos.

A OEA representa, hoje, o acúmulo de todas as relações que aconteceram no Continente. É importante destacar que, enquanto a integração europeia foi marcada por conflitos (primeira guerra mundial, segunda guerra mundial) de países que sempre estiveram lutando entre si, aqui na América sempre foram muito poucos os casos de conflitos. Não se pode deixar de considerar que a OEA exerceu até agora um papel muito importante, ainda que por trás houvesse uma liderança dos Estados Unidos. Esta organização passou por vários processos: houve momentos em que foi muito mais importante nas relações, outros em que importância e hoje assumiu uma fase muito importante, porque foi delegado à OEA o espaço político de servir como secretaria das negociações da ALCA.

A realização das Jornadas de Direito Internacional pela Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos ocorre em cumprimento da “Declaração do Panamá sobre a Contribuição Interamericana ao Desenvolvimento e Codificação do Direito Internacional” e o Programa Interamericano para o Desenvolvimento do Direito Internacional”.³⁷

A “Declaração de Panamá sobre a Contribuição Interamericana ao Desenvolvimento e Codificação do Direito Internacional” foi adotada em 1996 pela Assembleia Geral, na cidade de Panamá. Entre suas disposições, pode-se destacar:

[...]

2. Sua vontade de que a Organização dos Estados Americanos, através de cursos, seminários, estudos e publicações no campo do direito internacional e da cooperação jurídica, continue cumprindo sua importante tarefa na capacitação e informação a juristas, diplomatas, acadêmicos e servidores públicos de toda a região.

O Programa Interamericano para o Desenvolvimento do Direito Internacional foi adotado pela Assembleia Geral da OEA em 1997, em Lima, Peru, e sua implementação requer, entre outras atividades, o desenvolvimento das

³⁷ A OEA disponibiliza em seu site as informações sobre as jornadas, conteúdos e materiais didáticos fornecidos pelos professores e palestrantes participantes, disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/cursos_seminarios_jornadas.htm. Acesso em: 11 mar. 2011.

seguintes ações (AG/RÊS.1471 (XXVII-0/97)): “ Ensino do direito internacional interamericano”.

Assim, tem por objetivo realizar encontros nacionais de professores de direito internacional público e privado dos Estados membros a fim de compartilhar ideias e propostas de ação. Nessas reuniões se poderia considerar a elaboração de um manual ou de outros materiais de ensino e a organização de ateliês ou conferências de atualização, assim como desenvolver futuros vínculos com as instituições acadêmicas de que procedem, tendo em vista conseguir uma incorporação sistemática do estudo do direito interamericano nos planos de estudo das diferentes faculdades de direito.

As jornadas de direito internacional são realizadas periodicamente com a participação de juristas e especialistas de alto nível em matéria de direito internacional, bem como com a participação de assessores jurídicos das chancelarias dos Estados membros, com o objeto de aprofundar o estudo e o desenvolvimento da temática jurídica no sistema interamericano.

Entre os temas considerados destacam a análise da temática jurídica atual, o intercâmbio de ideias e propostas de ação para melhorar o ensino do Direito Internacional público e privado, o fortalecimento dos vínculos entre as instituições acadêmicas do Continente e a promoção do estudo do Sistema interamericano e sua incorporação sistemática nos programas de Direito Internacional nas faculdades de direito de diferentes universidades do hemisfério. As jornadas são organizadas pela Secretaria Geral da OEA através da Secretaria de Assuntos Jurídicos (SAJ) com uma instituição de ensino dos Estados-membros, em cumprimento das resoluções sobre o Desenvolvimento do Direito Internacional, sendo que foram realizadas 11 edições das jornadas desde 1999.

6 Considerações finais

Ao ingressar em uma faculdade de Direito, todo calouro conta com expectativas formuladas ao longo de sua vida de estudante. Todavia, costuma haver decepções, quase sempre grandes. O ensino superior de Direito brasileiro, mais do que isso, encontra-se em delicada situação: sua importância transpassa os limites das próprias faculdades mas, por outro lado, sua situação atual não é adequada ao contexto das estruturas político-sociais, uma vez que afeta, em termos fáticos e contundentes, a mentalidade do corpo da Magistratura, Ministério Público e, claro, Advocacia.

Ao longo deste trabalho, traçou-se um comparativo entre as diretrizes curriculares desde os primeiros cursos jurídicos, em 1827, até a última reforma do MEC, em 2004. Constatou-se uma série de inovações no sentido de melhor adequá-los às exigências de um mundo cada vez mais complexo.

As formas de internacionalização deixaram de ser apenas a tradicional exportação para um cliente distante e mais ou menos desconhecido, ou a abertura de uma filial no exterior para aproveitamento das vantagens comparativas do país hospede, para, então, se repartir por formas tão diversas como o comércio intraempresa, mas sobretudo variados tipos de acordos de colaboração industrial, comercial ou estatal, em que participam empresas de diversas dimensões, empresas financeiras, governos e instituições supranacionais

É patente constatar que o profissional do Direito do século XXI deve ter uma formação transdisciplinar, e não meramente técnica e hermética a outras áreas do conhecimento, como por muito tempo apregoaram as dogmáticas positivista e neoliberal, as responsáveis, em grande escala, pela atual crise do ensino jurídico.

Nessa perspectiva, cresce a relevância do curso e da disciplina do Direito Internacional e a preocupação com o ensino jurídico nas universidades, pois, ali, estão sendo preparados os futuros dirigentes dos poderes da República, os líderes da comunidade.

Referências

- BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CUNHA, L A; GOES, M de. *O golpe na educação*. 6 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1989.
- DICIONÁRIO Michaelis. Disponível em: <http://www.uol.com.br/michaelis/>
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 6. ed., 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8020>>. Acesso em: 13 jan. 2011.
- MEDEIROS, Antonio Cachapuz . Debate O currículo de direito internacional na instituições brasileiras de ensino superior. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachpuz, (org.) *Desafio do direito internacional contemporâneo*. Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 13 ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. vol.1.
- MELO FILHO, Álvaro. Por uma revolução no ensino jurídico. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.322, ano 89, p.9-15, abr./maio/junho. 1993.
- MELO FILHO, Álvaro. *Ensino jurídico e a nova LDB*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994
- NADIA, Araujo. Debate O currículo de direito internacional na instituições brasileiras de ensino Superior. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachpuz, (org.) *Desafio do direito internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. Debate O currículo de direito internacional na instituições brasileiras de ensino superior. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachpuz, (org.) *Desafio do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

RANGEL, Vicente Marotta. Debate O currículo de direito internacional na instituições brasileiras de ensino superior. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachpuz, (org.) *Desafio do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

REVISTA JUDICE. Entrevista com professor Luiz Otávio Pimentel. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/entrevista.htm>. Acesso em: 10 mar. 2011.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RODRIGUES, Horário Wanderley. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Loyola, 1988.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito econômico internacional e direito comunitário*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982

VENTURA, Deyse, disponível em: <http://educar-para-o-mundo.blogspot.com/2009/03/quais-sao-suas-principais-dificuldades.html>. Acesso em :10 jan. 2010

Site:

www.educacaosuperior.inep.gov.br

<http://www.direitointernacional.org>.

<http://www.direitointernacional.org>.

<http://educar-para-o-mundo.blogspot.com>.

<http://educar-para-o-mundo.blogspot.com/2009/03/quais-sao-suas-principais-dificuldades.html>

<http://www.ilsa.org/jessup/>

<http://www.caar.ufrgs.br/?p=5746>

http://www.fadom.br/interna.asp?var_cdsessao=000056&var_cdsubnivel=2&var_codnoticia=000606&var_tit=acontecepeq&var_noticia=S

http://www.oas.org/dil/esp/cursos_seminarios_jornadas.htm. acessado em 11 de março de 2011.

Recebido em 24/11/2011

Aceito para publicação em 17/01/2012

REPERCUSSÃO GERAL: GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA?

GENERAL IMPACT: ENSURING ACCESS TO JUSTICE?

Ivan Aparecido Ruiz¹
Carla Sakai Pacheco²

Sumário

1. Introdução. 2 Repercussão geral no recurso extraordinário. 2.1. O problema da irrecorribilidade da decisão que não conhece o recurso extraordinário. 2.2. Critérios para aferição da repercussão geral. 2.3. Competência para exame do requisito, presunção legal de repercussão geral e eficácia do seu não-reconhecimento. 2.4. Multiplicidade de recursos sobre mesma controvérsia. 3 Interposição simultânea de recurso extraordinário e recurso especial. 4. Acesso à justiça. 4.1. O acesso à justiça como direito fundamental e a dignidade da pessoa humana. 4.2. Razoável duração do processo. 5. Colisão entre direitos fundamentais. 6 Repercussão geral: garantia do acesso à justiça? 7. Considerações finais. Referências.

Summary

1.Introduction. 2. General impact and the extraordinary appeal. 2.1. 2.1.The problem of a non appealing decision about extraordinary appeal. 2.2. Criteria to confirm the general impact. 2.3. Authority to take the requirement, the legal presumption of general impact and effectiveness of non-recognizing. 2.4. Multiplicity of appeals on the same dispute. 3. Simultaneous interposition of extraordinary appeal and special appeal. 4. Access to justice. 4.1. Access to justice as a fundamental right and human dignity. 4.2. Reasonable duration of a process. 5. Collision on fundamental rights. 6. General impact: ensuring access to justice? 7. Final remarks. References.

Resumo

A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Embora agilize o julgamento dos processos, a repercussão geral cria óbice para a decisão da matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ferindo o direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, da CF) e a dignidade da pessoa

1 Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP, Professor da UEM e do Programa de Mestrado em Direito do CESUMAR, Maringá-PR.

2 Mestranda em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR, Maringá-PR.

humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da CF). O Estado não pode, com vistas à redução da duração do processo, relativizar outros direitos fundamentais, pois acima de todos os “interesses” está a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Repercussão geral. Acesso à Justiça. Violação.

Abstract

The 45/2004 Constitutional Amendment introduced the general impact as a condition of admissibility of the extraordinary appeal. Although it fasten the trial of cases, the general impact creates an obstacle to the decision of constitutional issues by the Supreme Court, injuring the right of access to justice (art. 5, inc. XXXV, FC) and human dignity, the basis of Democratic State Rule of Law (art. 1, inc. III of the Federal Constitution). In order to reduce the duration of the process, the State may not relative other fundamental rights, because human dignity is above all “interests”. Key-words: General impact. Access to justice. Violation.

1 Introdução

O Poder Judiciário vem sendo duramente criticado em razão da demora na prestação jurisdicional. Com efeito, a eleição do Supremo Tribunal Federal como “Corte Constitucional” acabou ampliando o volume de processos submetidos àquela Suprema Corte, o que levou ao debate sobre a denominada crise do Supremo Tribunal Federal.

Para tentar solucionar o problema, a Emenda Constitucional n. 45/2004 (conhecida como Reforma do Judiciário), editada por força do Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano, introduziu o § 3º no inc. III, do art. 102, da CF, o qual estabelece, como requisito de admissibilidade para interposição do recurso extraordinário, a necessidade de comprovação da existência de repercussão geral, ou seja, da relevância das questões constitucionais discutidas no caso. Além disso, essa mesma Emenda Constitucional acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, da CF, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ocorre que o instituto da repercussão geral tem causado muitas discussões, pois, embora agilize o julgamento dos processos, traz técnicas altamente discutíveis, criando óbice para a decisão da matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Em consequência, essas restrições ferem o direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, da CF).

Pelo que se percebe, o principal objetivo da repercussão geral é reduzir o número de recursos extraordinários, e não a resolução adequada do conflito dos litigantes que, em várias situações, deixaram de ser vistos como sujeitos de

direitos, mas apenas como dados numéricos, estatísticos. Em outras palavras, a criação da repercussão geral mostra-se mais política do que jurídica.

Por outro lado, não se pode olvidar que a pessoa humana e sua proteção passaram a ocupar o principal objetivo, fundamento do Estado Democrático de Direito. Por isso, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CF, é o valor nuclear da ordem constitucional. Todos os demais direitos e garantias devem estar em consonância com o fundamento da dignidade. Ora, tanto o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da CF) quanto o direito à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF), são direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Além disso, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF) é considerada valor supremo, sendo que todos os demais direitos devem estar em consonância com o fundamento da dignidade. Como, então, conciliar esses direitos na hipótese de conflito? O instituto da repercussão geral viola o direito de acesso à Justiça? Essas são algumas questões que serão abordadas no presente trabalho.

2 Repercussão geral no Recurso Extraordinário

A partir da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal ganhou *status* de “Corte Constitucional” e passou a ser denominado “guardião da Constituição”, a quem cabe a palavra definitiva sobre interpretação do texto constitucional. O recurso extraordinário (art. 102, inc. III, CF) passou a desempenhar relevante função, pois constitui “vetor do controle difuso de constitucionalidade, inserindo-se na mutação da competência do STF, convertido em corte constitucional³”. Esse recurso tem por objetivo corrigir ofensa a dispositivos constitucionais, bem como uniformizar o entendimento jurisprudencial.

Como ressalta Misael Montenegro Filho, a finalidade do Supremo Tribunal Federal não é a de rever erros dos juízes de 1º grau e dos tribunais, ou reanalisar o mérito da demanda. Por delegação constitucional, os tribunais superiores devem preocupar-se em “proteger o direito objetivo, ou seja, as normas constitucionais e infraconstitucionais, evitando-se que a descabida interpretação da lei possa alterar o seu sentido⁴”. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal se “limitará a declarar se a decisão recorrida feriu ou não as normas contidas na Constituição da República Federativa do Brasil, exercendo assim o seu dever primordial, que é o de coadunar as condutas sociais e jurídicas ao Texto Constitucional⁵”. Assim,

3 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 692.

4 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2005, p. 207.

5 BARRETO, Cleiton Carlos de Abreu Coelho; LIMA, Rogério Montai de. Causas impeditivas de recursos. *Revista IOB de Direito civil e processual civil*. n. 65. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. p. 95.

o recurso extraordinário constitui importante instrumento para manutenção da supremacia da norma constitucional, reafirmando a atribuição de “guardião da Constituição”, conferida ao Supremo Tribunal Federal.

A eleição do Supremo Tribunal Federal como “Corte Constitucional” acabou ampliando o volume de processos submetidos àquela instância, o que levou ao debate sobre a denominada crise do Supremo Tribunal Federal. Não é de hoje que o Poder Judiciário vem sendo alvo de duras críticas, sobretudo devido à demora na prestação jurisdicional. Para tentar solucionar o problema, o legislador tem buscado mecanismos para agilizar a prestação jurisdicional e dar mais celeridade ao trâmite processual e à solução dos conflitos.

A redução da duração do processo é um dos principais objetivos das reformas por que vem passando o direito processual. A Emenda Constitucional n. 45, de 08/12/2004 (conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário), com objetivo de solucionar essa crise do Supremo, introduziu o § 3º no inc. III, do art. 102, da CF, o qual estabeleceu mais um requisito de admissibilidade para interposição do recurso extraordinário: a parte recorrente deverá comprovar a *repercussão geral*⁶ da questão constitucional.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, a repercussão geral se assemelha a um “filtro”, pois o Supremo Tribunal Federal julgará apenas para as questões que tenham importância para a sociedade, e não apenas às partes. Dessa forma, “o STF será reconduzido à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação –, na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação”.⁷ Nessa mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que “a adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável”⁸.

O instituto da repercussão geral, contudo, tem causado discussões. Embora agilize o julgamento, em atenção ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF), traz técnicas altamente discutíveis, criando óbice para a decisão da matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal

6 A respeito do instituto da repercussão geral, confira-se: ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (ccord.) *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.63-99; MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante – Relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: *Reforma do judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004 / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier...* [et. al.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.373-389.

7 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 292.

8 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 18.

e, conseqüentemente, fere o direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF), bem como outros direitos e garantias fundamentais. Análise mais atenta revela que a limitação das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário configura uma busca de acesso à justiça quantitativa, ou seja, se aproxima “de uma Justiça de alta produtividade que pouco se preocupa com o impacto decisório (jurídico, social e econômico) nos discursos da aplicação normativa”.⁹

Com a introdução da repercussão geral, houve uma mudança de perfil do recurso extraordinário pois, como observa Bruno Dantas, “o foco da atuação do STF é deslocado das partes processuais para a sociedade”¹⁰. Para solução dos litígios, são pinçados recursos representativos da controvérsia, sem garantia de que todos os argumentos relevantes para a solução do litígio sejam considerados na decisão, eis que a participação se limita às partes dos recursos pinçados.¹¹

Nesse contexto, percebe-se que o principal objetivo da repercussão geral é reduzir drasticamente o número de recursos extraordinários. Não se volta a uma resolução adequada do conflito dos litigantes que, em várias situações, deixaram de ser vistos como sujeitos de direitos, tornando-se apenas dados numéricos.

Com efeito, questões menos importantes, de inquestionável índole constitucional, mas que não possuem repercussão geral, não podem ser objeto de recurso extraordinário. Aliás, como observa José Rogério Cruz e Tucci, o legislador distinguiu “questões relevantes das não-relevantes, no plano do direito constitucional e não no plano da lei federal, como se tudo o que constasse da lei federal fosse relevante”¹². Na realidade, a exigência da repercussão geral não está relacionada à relevância da questão constitucional discutida no caso, mas, sim, à questão numérica, ou seja, à necessidade de reduzir a quantidade de processos em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

2.1 O problema da irrecorribilidade da decisão que não conhece o recurso extraordinário

A exigência da repercussão geral é requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 543-A, “caput”, CPC), sem o qual o recurso não será

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo: RTR, n. 177, p. 12, 2009.

10 DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado - questões processuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 258.

11 Conforme dados estatísticos fornecidos pelo STF, têm havido significativa redução na quantidade de recursos extraordinários distribuídos naquele tribunal: 21.531 em 2008; 8.348 em 2009; 6.735 em 2010. Em comparação com o total de processos distribuídos no STJ, o percentual de recursos extraordinários foi de: 32,2% em 2008; 19,5% em 2009; e de 16,4% em 2010. Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms>> Acesso em: 18 abr. 2011.

12 TUCCI, José Rogério Cruz e. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 145, p. 153, 2007.

conhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Por ser requisito de admissibilidade, a Suprema Corte não conhecerá do recurso na falta desse requisito. Não basta decisão de última ou única instância, que viole norma constitucional: o recurso extraordinário somente será admissível se demonstrada a repercussão geral da questão constitucional discutida no caso.

O art. 543-A, “caput”, do CPC, também preceitua que é irrecorrível a decisão que não conhece o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral, não havendo possibilidade de controle pela parte interessada.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, não obstante a expressa disposição legal, é cabível oposição de *embargos de declaração* (art. 535, do CPC), tendo em vista eventual *obscuridade, contradição* ou *omissão na decisão*¹³. De qualquer modo, os embargos de declaração não têm o condão de modificar a decisão, mas apenas declarar o que já consta na decisão judicial, ressalvada a hipótese de produzirem-se efeitos infringentes, situação em que os embargos declaratórios acabam modificando o julgado.¹⁴

Nesse mesmo sentido, Bruno Dantas afirma que a irrecorribilidade da decisão que não conhece o recurso extraordinário, por ausência de repercussão geral, não obsta a oposição de embargos de declaração.

Quanto ao Mandado de Segurança, Arlete Inês Aurelli entende que não há possibilidade de sua impetração contra ato judicial¹⁵. Todavia, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero defendem que, embora existam precedentes do Supremo Tribunal Federal, que não admitem Mandado de Segurança contra ato de seus Ministros, em tese seria cabível tal medida, tendo em vista que “a Constituição autoriza a cogitação de seu cabimento (art. 102, inc. I, d), grifando a jurisprudência dessa mesma Corte o regime de direito estrito dessa previsão, que não admite nem a sua ampliação, nem, tampouco, a sua restrição”.¹⁶

Percebe-se que o verdadeiro objetivo do legislador, ao estabelecer a irrecorribilidade da decisão que não conhecer o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral, é mais político do que jurídico. Na busca pela redução drástica do volume de processos junto ao Supremo Tribunal Federal, que não está conseguindo julgá-los, criou-se mecanismo de barreira, em flagrante violação ao direito fundamental de acesso à justiça, previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CF.¹⁷

13 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 57.

14 Nesse mesmo sentido, Bruno Dantas afirma que a irrecorribilidade da decisão que não conhece o recurso extraordinário, por ausência de repercussão geral, não obsta a oposição de embargos de declaração, desde que preenchidos os requisitos inerentes ao mencionado recurso. (Op. cit., p. 311.)

15 AURELLI, Arlete Inês. Op. cit., p. 147.

16 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 60.

17 A propósito, Arlete Inês Aurelli afirma que “o verdadeiro objetivo da criação desse requisito é mais político que jurídico: afunilar, ainda mais, a quantidade de recursos extraordinários a serem julgados. O STF está abarrotado de processos para julgar e não consegue dar vazão aos julgamentos. Assim, criou-se

2.2 Critérios para aferição da repercussão geral

Quanto aos critérios para aferição da repercussão geral, o art. 543-A, § 1º, do CPC, prescreve que “será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Todavia, diante da abrangência e amplitude do termo, não se sabe, claramente, o que constitui repercussão geral. Como o conceito de repercussão geral permite uma série de definições e interpretações, Jean Alves Pereira Almeida ressalta que “a observância deste instituto há de ser determinada em face dos princípios constitucionais que afetam diretamente a sociedade como um todo, como vida, liberdade, saúde e patrimônio”. Ocorre que esses princípios também são bastante amplos e genéricos, “dificultando a sistematização deste pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário”.¹⁸

Por sua vez, também é difícil a definição do que seja “questão relevante”. Ora, como estabelecer o que é *questão relevante* do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico? Fica ao critério subjetivo do julgador que, por meio de um juízo de valor, irá definir a questão. Sobre o assunto, José Rogério Cruz e Tucci esclarece que “o referido preceito constitucional estabeleceu um ‘conceito jurídico indeterminado’ (como tantos outros previstos em nosso ordenamento jurídico), que atribui ao julgador a incumbência de aplicá-lo diante dos aspectos particulares do caso analisado”¹⁹. Conforme Arlete Inês Aurelli, “mesmo ante fatos jurídicos concretos idênticos dificilmente haverá coincidência de entendimentos ante os diferentes juízos de valor próprios de cada juiz. Em todos os pronunciamentos judiciais há sempre a presença da manifestação da vontade”. Desse modo, o legislador deveria ter “definido hipóteses mais objetivas e estanques de cabimento do recurso extraordinário”.²⁰

Para Luiz Rodrigues Wambier et al., a interpretação de um conceito vago é “pressuposto lógico da aplicação de uma norma posta, ou de um princípio jurídico, que contenha um conceito dessa natureza em sua formulação”²¹. E defende a utilização de conceitos vagos, muitas vezes o único meio de se atingir maior perfeição e requinte.

Na tentativa de sistematizar os critérios para definição do conceito de repercussão geral, Bruno Dantas propõe a análise sob dois prismas: *dimensão*

uma barreira talvez intransponível para a maioria dos jurisdicionados, inclusive ferindo o direito consagrado constitucionalmente de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CF/88)”. (Idem, *ibidem*, p. 147).

18 ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Repercussão geral objetiva. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, n. 95., p. 38, 2011.

19 TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., p. 154.

20 AURELLI, Arlete Inês. Op. cit., p. 146.

21 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 100.

subjetiva e dimensão objetiva. Pela dimensão subjetiva, “o intérprete averiguará fundamentalmente qual o grupo social que potencialmente receberá os influxos da eventual decisão”. O foco está nos destinatários da decisão. Pela dimensão objetiva, haverá fixação das matérias “hábeis a causar impacto indireto em determinados grupos sociais, quando não na sociedade inteira”²². Todavia, com relação à dimensão objetiva (grupo social relevante), surge o problema: E se o grupo social não for numericamente representativo da sociedade como um todo? Até que limite o Supremo Tribunal Federal poderá intervir em prol de um interesse local: “o País inteiro? Um Estado? Um Município? Um distrito? Um bairro? Um condomínio edilício²³?”

Segundo Teresa Arruda Alvim, apesar de a repercussão geral ser um conceito indeterminado, há critérios para se identificar as questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico²⁴. Existe *repercussão geral jurídica* quando, por exemplo, está “em jogo o conceito ou a noção de um instituto básico do nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, o de direito adquirido”²⁵. A *relevância social* existe quando se “discutem problemas relativos à escola, à moradia, à saúde ou mesmo à legitimidade do MP para a propositura de certas ações”²⁶. No tocante à *repercussão econômica*, José Miguel Garcia Medina esclarece que “haveria em ações que discutissem, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infraestrutura etc”. E, com relação à *repercussão política*, “haveria quando, por exemplo, de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais”²⁷.

Os primeiros casos de repercussão geral apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, em 30/04/2008, ocorreram no RE n. 565.714 e no RE n. 570.177²⁸. Conforme dados fornecidos pelo Supremo Tribunal Federal, até 14/09/2009 foi reconhecida repercussão geral em 146 matérias, e recusada em outras 45 matérias. Dentre as matérias que tiveram a repercussão geral reconhecida, 34 já tiveram o mérito julgado e as outras 13 reafirmaram a jurisprudência dominante na Corte.²⁹

22 DANTAS, Bruno. Op. cit., p. 240.

23 DANTAS, Bruno. Op. cit., p. 243.

24 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 294.

25 WAMBIER, Luiz Rodrigues et al.. Op. cit., p. 103.

26 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 297.

27 MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 203.

28 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Op. cit., p. 30.

29 Fonte <<http://www.stf.jus.br>>

2.3 Competência para exame do requisito, presunção legal de repercussão geral e eficácia do seu não reconhecimento

A *competência* para aferição da repercussão geral é do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o § 2º do art. 543-A, do CPC. Com isso, afasta-se “eventual interpretação que conferisse aos tribunais *a quo* algum tipo de avaliação a respeito³⁰”, o qual não poderá indeferir o recurso extraordinário com base nesse fundamento. Caso isso ocorra, “além do agravo de instrumento contra decisão denegatória, o interessado deverá ofertar reclamação para ao STF, nos termos do art. 156 do Regimento Interno do STF”.³¹

Por sua vez, os tribunais *a quo* poderão examinar os demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, bem como poderão selecionar, “dentre recursos idênticos, um ou mais representativos da espécie, sobrestando os demais, até o julgamento pelo STF da repercussão geral, com isso de algum modo evitando o enorme afluxo de recursos quando forem casos iguais”. Contudo, essa autorização legal de alguma forma confere aos tribunais *a quo* (por meio dos juízes presidente ou vice-presidente) a possibilidade de, ainda que de modo indireto, deliberar sobre a repercussão geral, “uma vez que, para selecionar um de vários idênticos, exercita juízo deliberativo de repercussão geral”.³²

O § 3º do art. 543-A, do CPC, traz a única previsão concreta, objetiva, sobre o que se deve entender por matéria de repercussão geral: quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do próprio Supremo Tribunal Federal. Isso demonstra “a preocupação do legislador infraconstitucional em reconhecer a força vinculativa das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sua incumbência de guardião da higidez da norma constitucional”.³³

Se for negada a repercussão geral, o § 5º do art. 543-A, do CPC, dispõe que a decisão do Pleno será válida para todos os recursos que versem sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo na hipótese de revisão da tese.³⁴

Desse modo, havendo “jurisprudência firme do Pleno no sentido de que dada questão não tem repercussão geral, recursos extraordinários futuros que

30 CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. O recurso extraordinário, a repercussão geral e a súmula vinculante. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 151, p. 114, 2007.

31 AURELLI, Arlete Inês. Op. cit., p. 147.

32 CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Op. cit., p. 114.

33 ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Repercussão geral objetiva. Op. cit., p. 39.

34 “§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

veiculem questões jurídicas idênticas poderão ser rejeitados por uma das turmas do STF ou até pelo próprio relator do recurso.”³⁵

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero destacam que o não reconhecimento da repercussão geral tem efeito para além do processo. O primeiro efeito “está em que outros recursos fundados em idêntica matéria não serão conhecidos liminarmente, estando o Supremo Tribunal Federal autorizado a negar-lhes seguimento de pleno”. E o segundo efeito “está em que se dispensa o recorrente, em sendo o caso, de interpor simultaneamente recurso extraordinário e recurso especial do acórdão local que se assenta em fundamento constitucional e infraconstitucional (Súmula 126 do STJ)”³⁶. Tanto se diz porque, já pacificado o não cabimento do recurso extraordinário com relação à determinada matéria, o Superior Tribunal de Justiça não poderá deixar de conhecer o recurso especial “sob o argumento de que o recorrente teria de ter interposto ambos os recursos”.³⁷

Observa-se, ainda, que a decisão da negativa da existência de repercussão geral será válida desde que os outros recursos extraordinários versem sobre “matéria idêntica”, nos termos do § 5º, art. 543-A, CPC. Assim, a matéria pode ser a mesma, embora a controvérsia objeto do recurso extraordinário assuma contornos diferentes conforme o caso concreto.

2.4 Multiplicidade de recursos sobre mesma controvérsia

O art. 543-B, do CPC, estabelece que “quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”. Além disso, o § 1º dispõe que “caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte”.

Assim, existindo um grande número de recursos extraordinários com idêntica controvérsia, o Tribunal *a quo* poderá, por amostragem, selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia, para enviá-los ao Supremo Tribunal Federal, ficando os demais recursos suspensos até o pronunciamento definitivo daquela Corte. Se a seleção por amostragem não for realizada na origem, deve ser feita pela Presidência do Supremo Tribunal Federal ou pelo relator do recurso (art. 328, parágrafo único, do RISTF). Os recursos selecionados e encaminhados ao Supremo, por serem representativos da

35 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 303.

36 Súmula 126, do STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”

37 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 54-55.

controvérsia, deverão conter todos os “fundamentos necessários à compreensão integral da questão do direito. Além disso, os recursos devem ser relacionados a um determinado problema jurídico, não se exigindo que tenham sido todos interpostos para que se acolha uma mesma tese”.³⁸

Como ressaltam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a escolha dos processos para remessa ao Supremo Tribunal Federal “tem de ser a mais dialogada possível a fim de que se selecione um ou mais recursos que representem adequadamente a controvérsia”. Para tanto, recomenda-se que os Tribunais escutem as entidades de classe, *v. g.*, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério Público³⁹. Outrossim, não há direito da parte a que seu recurso seja escolhido para remessa ao Supremo Tribunal Federal como representativo da controvérsia, bem como dessa decisão não cabe recurso. Todavia, José Miguel Garcia Medina defende que se houver sobrestamento indevido da tramitação de recurso extraordinário pela presidência do tribunal “a quo”, deverá ser admitido agravo de instrumento para o Supremo Tribunal Federal (cf. art. 544 do CPC), “demonstrando-se que aquele recurso não se insere no rol de recursos com fundamento em idêntica controvérsia selecionados pelo órgão *a quo*”.⁴⁰

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier⁴¹. Reconhecida a repercussão geral da questão e julgado o mérito do recurso, dispõe o § 3º do art. 543-B, do CPC, que “os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se”. Há, portanto, vinculação jurídica dos Tribunais *a quo* à decisão do Supremo Tribunal Federal.

3 Interposição simultânea de Recurso Extraordinário e Recurso Especial

O art. 543, do CPC, dispõe que os recursos extraordinário e especial deverão ser interpostos simultaneamente e, se ambos forem admitidos, os autos do processo serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, para julgamento do recurso especial, após o que serão, então, remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para julgamento do recurso extraordinário. Contudo, a Súmula 126, do STJ, dispõe que “é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”.

38 MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 105.

39 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 62.

40 MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit., p. 106.

41 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 304.

A admissibilidade do recurso especial está, portanto, condicionada à interposição concomitante de recurso especial e recurso extraordinário, quando se referir a matéria constitucional ou infraconstitucional. Além disso, o recurso extraordinário deve estar revestido de seus pressupostos formais, sob pena de não conhecimento.

Ocorre que, para ser admitido, o recurso extraordinário deve passar pelo crivo da admissibilidade, que exige demonstração da repercussão geral. Portanto, nos termos da referida Súmula 126, do STJ, se não for admitido o recurso extraordinário, por decorrência há risco de também não ser admitido o recurso especial. Sendo assim, a exigência da demonstração da repercussão geral, para admissibilidade do recurso extraordinário, poderá dificultar ainda mais a interposição de recurso especial.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “faz-se necessária a relativização da Súmula 126 do STJ⁴²” porque, se o recurso extraordinário não for conhecido, tendo em vista ausência de repercussão geral, tornará inútil o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o recurso especial, com reflexo na própria função daquela Corte Superior. Segundo a autora, a decisão do Supremo Tribunal Federal, afirmando que em determinada hipótese não há repercussão geral, “não impede a parte de interpor recursos extraordinário e especial contra o acórdão que se assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional⁴³”. E vai mais além, ao sugerir ampliação da competência do Superior Tribunal de Justiça, a quem caberia não apenas o julgamento do recurso sob o prisma da violação de lei federal, mas também de violação à norma constitucional que, em razão da ausência de repercussão geral, não pode ser apreciada em sede de recurso extraordinário.

Nesse mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem que o “Superior Tribunal de Justiça obviamente não poderá deixar de conhecer o recurso especial sob o argumento de que o recorrente teria de ter interposto ambos os recursos, porque já previamente acertado o não cabimento do recurso extraordinário na espécie⁴⁴”. A propósito, Guilherme Kronenberg Hartmann propõe uma releitura da citada Súmula 126, do STJ, “sob pena de afronta ao acesso à justiça, garantido constitucionalmente (art. 5º, inc. XXXV, CF)⁴⁵”. Assim, ainda que o recurso extraordinário seja inadmissível, por ausência de repercussão geral, não poderá ser suprimida a análise do recurso especial, tornando sem efeito a mencionada Súmula 126, do STJ.

42 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 312.

43 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 312.

44 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 55.

45 HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Apontamentos sobre a repercussão geral no recurso extraordinário. “In”: Congresso Nacional do CONPEDI, XIX, 2010. *Anais ...* Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3495.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2011. p. 7.569.

4 Acesso à justiça

4.1 O acesso à justiça como direito fundamental e a dignidade da pessoa humana

A expressão acesso à Justiça é de difícil definição, como observam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, e pode determinar duas finalidades do sistema jurídico: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos⁴⁶”. Com efeito, acesso à Justiça pode significar “desde acesso aos aparelhos do Poder Judiciário, simplesmente, até o acesso aos valores e direitos fundamentais do ser humano.”⁴⁷

Além disso, compreende os meios alternativos de solução de conflitos de interesses como a autotutela, a autocomposição, a mediação e a arbitragem, “compreendendo também um sentido axiológico e coerente com os direitos fundamentais”.⁴⁸

O acesso à Justiça ainda pressupõe acesso à ordem jurídica justa, que não se esgota no Judiciário, com o direito de ação. Alberto Marques dos Santos ressalta que o acesso à Justiça traz implicações muito mais sérias, pois não basta um “adequado funcionamento da máquina judiciária: a lei material, as incoerências do sistema econômico e a estrutura política como um todo precisariam mudar, para que houvesse ordem jurídica justa”. Assim, além de possibilitar o acesso à Justiça, o Estado deve viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, a fim de se obter a efetiva tutela de direitos. E conclui que se deve ampliar o conceito de acesso à Justiça, eis que o “papel do Estado não é apenas dar ao cidadão, lesado no seu direito individual, condições de reparação. Dar acesso à Justiça é propiciar ao grupo social, como um todo, a sensação de que a justiça está sendo feita”.⁴⁹

A partir do momento em que o Estado tomou para si a obrigação de solucionar os conflitos sociais, proibindo as pessoas de resolverem por conta própria seus conflitos, por outro lado também assumiu o dever de prestar a adequada tutela jurisdicional. Diante de um conflito de interesses, as pessoas têm que recorrer ao Estado, tendo em vista o direito subjetivo de ação. Contudo, o direito de acesso à Justiça é muito mais amplo, pois não se resume ao direito

46 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

47 MATOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 60.

48 BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010, p. 24.

49 SANTOS, Alberto Marques dos. *Obstáculos ao acesso à justiça*. Disponível em: <<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/acesso-a-justica>> Acesso em: 18 abr. 2011, p. 2-4.

à simples tutela jurisdicional: deve conferir ao jurisdicionado o direito à tutela adequada, efetiva e tempestiva.

O reconhecimento do acesso à Justiça como direito fundamental demonstra que deve ser assegurado a todos, pois a existência de um Estado Democrático de Direito depende, necessariamente, do reconhecimento dos direitos fundamentais, que legitimam o poder estatal. Desse modo, é a partir dos direitos fundamentais (vinculados à proteção do homem) que a Constituição deve ser compreendida, eis que é em torno desses direitos que se justificam os “mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder”. Assim, a Constituição deve estar comprometida com a proteção do ser humano e do cidadão.⁵⁰

Ingo Wolfgang Sarlet alerta para o problema da efetividade dos direitos fundamentais, de todas as dimensões, tendo em vista as dificuldades de sua proteção e implementação, “apontando para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais”, bem como dos esforços coletivos (do Estado e do povo) para garantir a efetivação desses direitos.⁵¹

Todos têm direito a um processo justo, a um devido processo legal, que constitui uma cláusula geral. Sendo direito fundamental, o acesso à Justiça também efetiva a dignidade da pessoa humana, considerada um valor supremo, em torno do qual giram os demais valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Intrínseco ao valor da pessoa humana encontra-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF), eleita como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito. A pessoa humana e sua proteção passou a ocupar o principal objetivo do Estado. Portanto, a dignidade da pessoa humana é mais do que um direito, eis que é a base para fundamentação dos direitos da personalidade. Todos os demais direitos devem estar em consonância com o fundamento da dignidade. É considerado um valor supremo.

A dignidade é da essência da pessoa humana porque é o “único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim, a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano”. Em decorrência, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal, “transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito”.⁵²

50 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 224.

51 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 54-55.

52 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.

O respeito à dignidade da pessoa humana também é imprescindível para legitimar a atuação do Estado, eis que toda ação do Poder Público, bem como de seus órgãos, “não poderá jamais, sob pena de se acoimada de ilegítima e declarada inconstitucional, restringir de forma intolerável ou injustificável a dignidade da pessoa. Esta só poderá sofrer constrição para salvaguardar outros valores constitucionais”⁵³. Além de impor limites à atuação estatal, “o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos”⁵⁴.

Célia Rosenthal Zisman vai mais além, ao sustentar que havendo conflito entre a “soberania de um Estado e a manutenção da dignidade de um indivíduo, seja qual for a sua nacionalidade, deve prevalecer a dignidade, sob pena de excluirmos totalmente o núcleo essencial de um direito fundamental”⁵⁵. E conclui que forçar o Estado a respeitar à dignidade não exclui por completo a sua soberania.

Somente em casos excepcionais é admitida a limitação ao direito à dignidade humana, pois se trata de valor “espiritual e moral inerente à pessoa”, que deve ser respeitado e assegurado. Portanto, eventual limitação a esse direito não pode “menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”⁵⁶. Assim, a dignidade é um fim, um ideal a ser perseguido, na busca de uma vida digna, em todos os seus aspectos.

4.2 Razoável duração do processo

O princípio da razoável duração do processo é também princípio constitucional fundamental, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF, o qual dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A razoável duração do processo está intimamente relacionada com o acesso à Justiça, que é garantido quando, além de permitir o acesso ao Poder Judiciário, também assegura a tramitação do processo em tempo razoável para que, quando proferida, a decisão de mérito ainda interesse às partes.

Na avaliação de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os efeitos da demora na solução judicial podem ser devastadores, sobretudo se considerados os índices de inflação, pois “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores

53 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 51.

54 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 108.

55 ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 184.

56 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

àqueles a que teriam direito”⁵⁷. Com efeito, a eficácia da prestação jurisdicional está também atrelada à sua rapidez, pois, como observa Fernando Pagani Mattos, “uma demanda que se prolongue por vários anos afeta direta e negativamente a credibilidade do poder judiciário e, por extensão, da própria ideia de justiça”. Na opinião do autor, essa morosidade é muitas vezes “causada por ‘chicanas’ processuais das quais lançam mão os operadores jurídicos que atuam em descompasso com as necessidades processuais.”⁵⁸

Por isso é que a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Emenda da Reforma do Judiciário) inseriu no texto constitucional, como direito fundamental, a garantia da razoável duração do processo. Para tanto, foram criados mecanismos processuais para agilizar a prestação jurisdicional e dar mais celeridade ao trâmite processual e à solução dos conflitos, dentre eles o que estabeleceu mais um requisito de admissibilidade para interposição do recurso extraordinário, qual seja, a comprovação da repercussão geral.

5 Colisão entre direitos fundamentais

Tanto o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, CF), quanto o direito à razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF), são direitos constitucionais fundamentais. Além disso, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF) é considerada valor supremo, sendo que todos os demais direitos devem estar em consonância com o fundamento da dignidade. Como, então, conciliar esses direitos na hipótese de conflito?

Ora, os direitos fundamentais possuem conteúdo aberto, variável, os quais se revelam muitas vezes apenas diante do caso concreto, o que pode levar à colisão entre direitos fundamentais, ou entre direitos fundamentais e outros direitos constitucionais.

Apesar da inegável relevância dos direitos fundamentais, observa-se que não são absolutos, pois podem ser restringidos diante da análise do caso concreto, mediante *ponderação* de interesses feitas pelo Poder Judiciário. A própria Constituição Federal pode autorizar expressamente o legislador a restringir um direito fundamental, ao invés de fazê-lo diretamente. Todavia, não se trata de ampla e irrestrita possibilidade de restrição, posto que sujeito a uma série de limitações, tais como previsão em lei, respeito ao princípio da proporcionalidade e preservação do núcleo essencial do direito em questão⁵⁹. A restrição a direitos

57 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 20.

58 MATTOS, Fernando Pagani. Op. cit., p. 79.

59 SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 304.

fundamentais, justificada pela supremacia do interesse público, não pode ser resolvida de forma simplista. Demanda exame mais complexo, “que leve em consideração toda a constelação de limites às restrições de direitos fundamentais, que vem sendo desenvolvida pela doutrina.”⁶⁰

Os direitos fundamentais também podem ser restringidos quando imprescindível para garantia de outros direitos constitucionais, pois não é possível prever e regular todas as hipóteses de colisões. Ingo Wolfgang Sarlet pondera que a solução desse conflito não pode se basear na ideia de hierarquia de valores constitucionais, tampouco pode ser simplesmente afastado um desses valores ou bens em favor do outro. Para ele, deve-se “respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios”.⁶¹

Para tanto, por intermédio da aplicação de juízos de valor, o intérprete identificará a importância dos valores em questão. Para J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, havendo dúvida entre dois direitos fundamentais, “deve prevalecer a interpretação que, conforme os casos, restrinja menos o direito fundamental, lhe dê maior proteção, amplie mais o seu âmbito, o satisfaça em maior grau”.⁶²

Robert Alexy propõe para solução desses conflitos o *critério de sopesamento* entre os interesses conflitantes, a fim de se definir qual dos interesses (que, a princípio, estão no mesmo nível), tem maior peso diante do caso concreto. Se o sopesamento concluir que “os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado”⁶³. Um dos interesses deve ceder, mas o princípio da dignidade humana constitui uma exceção, pois embora não existam princípios absolutos, há uma relação de preferência deste em face dos demais. Por isso, a afirmação de que o princípio da dignidade humana prevalece sobre outros princípios, significa que “sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana.”⁶⁴

A solução dos conflitos, no entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, pode ser feita por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, como instrumento de controle dos atos (comissivos e omissivos) dos poderes públicos,

60 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010, p. 98.

61 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Op. cit., p. 394.

62 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 143.

63 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. alemã. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95-96.

64 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 113-114.

o qual se desdobra em três elementos: a) a adequação ou conformidade, ou seja, verificação se é possível alcançar o fim desejado por aquele meio; b) a necessidade, no sentido de opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição; c) a proporcionalidade em sentido estrito, isto é, o equilíbrio entre os meios utilizados e os fins desejados, o que para muitos tem sido denominado de razoabilidade.⁶⁵

O juiz (ao contrário do legislador) acaba atuando mais livremente, “num espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle de aplicação das normas⁶⁶” sem que, todavia, seja abalado o princípio da separação de poderes, diante da ascendência que o juiz acaba tendo sobre o legislador.

Não é singela a solução do problema da colisão entre direitos fundamentais. Todavia, não se pode olvidar que a Constituição Federal consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Todos os princípios e direitos fundamentais são embasados nos valores da dignidade da pessoa humana e, em decorrência, na proteção dos direitos fundamentais pertinentes. Sobre o assunto, Maria Celina Bodin de Moraes assevera que diante de conflitos entre princípios, deve sempre prevalecer a dignidade humana, eis que “somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados.”⁶⁷

Desse modo, a dignidade da pessoa humana configura elemento imprescindível para legitimação da atuação do Estado, e esse princípio deve ser por todos respeitado, inclusive pelo Poder Público e seus órgãos.

6 Repercussão geral: garantia de acesso à Justiça?

Como visto, a partir da Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal foi eleito “Corte Constitucional” e, em decorrência, *passou* a ser denominado “guardião da Constituição”. O *recurso extraordinário* passou a desempenhar importante função constitucional: corrigir ofensa a princípios constitucionais e uniformizar o entendimento jurisprudencial. Além disso, a repercussão geral foi instituída como uma espécie de filtro, para diminuir a quantidade de recursos extraordinários que chegam ao Supremo Tribunal Federal e acabam superlotando as pautas de julgamento⁶⁸. Esse requisito tem por objetivo garantir o direito fundamental à razoável duração do processo. Por outro lado,

65 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. cit., p. 398.

66 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 400.

67 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85.

68 É de se registrar que, atualmente, apesar da função do STF ser, precipuamente, a de *guarda* da Constituição, o próprio texto constitucional lhe atribui *outras competências*, que fogem da matéria estritamente

não se pode olvidar que a garantia à razoável duração do processo tem que harmonizar-se com outros direitos e garantias, dentre eles o direito de acesso à Justiça e a dignidade da pessoa humana, não podendo se esquecer, obviamente, que a prestação jurisdicional deva ser de qualidade.

Observa-se que o instituto da repercussão geral acaba padronizando as decisões e reduzindo drasticamente o volume de recursos extraordinários, por meio da resolução dos litígios em massa. Todavia, não proporciona solução legítima e constitucional dos litígios, o que, muitas vezes, exigiria análise dos aspectos particulares de cada caso.

Como esclarecem Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, a limitação dos meios de impugnação das decisões revela preocupação com o acesso à Justiça quantitativo, ou seja, uma Justiça de alta produtividade.

Assim, esse requisito de admissibilidade imposto ao recurso extraordinário resolve apenas o problema da quantidade de processos em trâmite perante os tribunais superiores, olvidando-se dos “sujeitos de direitos que clamam por uma aplicação adequada da normatividade e passaram a ser percebidos, de preferência, como dados numéricos nas pesquisas estatísticas de produtividade do sistema judicial”.⁶⁹

Embora o instituto da repercussão geral esteja em sintonia com a garantia da razoável duração do processo, por outro lado acaba restringindo a garantia do acesso à Justiça e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Tanto se diz porque, no tocante à repercussão geral, a motivação legislativa e a análise doutrinária centraram-se “apenas na política de celeridade na conclusão dos processos, para justificar a orientação cada vez mais restritiva”, relativa às hipóteses de cabimento do recurso extraordinário.⁷⁰

Nesse mesmo sentido, Cleiton Carlos de Abreu Coelho Barreto e Rogério Montai de Lima afirmam que o instituto da repercussão geral “restringe o acesso à justiça, ferindo o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), segundo o qual a lei não poderá excluir do Poder Jurisdicional do Estado qualquer lesão ou ameaça a direito.”⁷¹

Com efeito, a exigência da demonstração da repercussão geral pode causar grave insegurança jurídica, pois o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe unificar a interpretação constitucional, pode não vir a exercer essa função, quando se tratar de hipótese em que, apesar de ser matéria constitucional, não haja repercussão geral. Desse modo, nem toda matéria constitucional terá orientação jurisprudencial fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, pergunta-

constitucional, como é o caso, por exemplo, de processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, etc (art. 102, inc. I, “a”, da CF).

69 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Op. cit., p. 19.

70 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Op. cit., p. 44.

71 BARRETO, Cleiton Carlos de Abreu Coelho; LIMA, Rogério Montai de. Op. cit., p. 97.

se: como interpretar o *caput* do art. 102, da CF, que estabelece que “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, [...]”? Essa preocupação é compartilhada por Teresa Arruda Alvim Wambier, segundo a qual podem ocorrer situações em que não haja repercussão geral e, em decorrência, uma mesma norma ser “interpretada de um modo, em um dos tribunais (estaduais ou regionais federais) do país, e de outro modo, em outro destes tribunais”. Assim, se inexistir repercussão geral, não haverá “mecanismo que possibilite a unificação da interpretação da norma constitucional”^{72_73_74}.

A exigência de que, para efeito da repercussão geral, serão consideradas apenas as “questões relevantes” (§ 1º, art. 543-A, do CPC), acabou distinguindo questões relevantes das não relevantes, no âmbito constitucional. Em outras palavras, difere questões de índole constitucional “mais importantes” e “menos importantes”, para fins de recurso extraordinário. Portanto, a exigência de repercussão geral acaba fazendo distinção entre inconstitucionalidades. Manoel Lauro Wolkmer de Castilho ressalta que a não admissão de recurso extraordinário – quando não demonstrada a existência de repercussão geral, mas patente a inconstitucionalidade –, “parece de fato distinguir entre inconstitucionalidades

72 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 313.

73 Apesar de admitir que, para o caso de inexistir repercussão geral, não há mecanismo de unificação da interpretação da norma constitucional, Teresa Arruda Alvim Wambier defende que “não deve o instituto ser visto como um óbice ao acesso à Justiça. No País, há toda uma estrutura destinada a tornar real o acesso à justiça, desdobrada em dois graus de jurisdição, havendo justiças Estaduais, Federais, especializadas sendo esta estrutura posta em movimento por um sistema recursal marcadamente abundante”. (*Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 290).

74 Diante desse entendimento, pensa-se, com o devido respeito, que a posição externada por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a seguir transcrita, não parece ser a mais correta e adequada à luz do texto constitucional. Esses autores escrevem: “Como deve o Supremo Tribunal Federal desempenhar essa sua função? Examinando todas as questões que lhe são apresentadas ou apenas aquelas que lhe pareçam de maior impacto para obtenção da unidade do Direito? O pensamento jurídico contemporâneo inclina-se firmemente nesse segundo sentido. A simples “intenção da justiça quanto à decisão do caso jurídico concreto – e, com ela, também o interesse das partes na causa”, por si só não justifica a abertura de uma terceira (e, eventualmente, quarta) instância judiciária. O que fundamenta, iniludivelmente, é o interesse na concreção da unidade do Direito: é a possibilidade de que se adjudica à Corte Suprema de “*clarifier ou orienter le droit*” em função ou a partir de determinada questão levada ao seu conhecimento. Daí a oportunidade e o inteiro acerto de instituir-se a repercussão geral da controvérsia constitucional afirmada no recurso extraordinário como requisito de admissibilidade desse. Tendo presente essas coordenadas, a adoção de um mecanismo de filtragem recursal como a repercussão geral encontra-se em absoluta sintonia com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, em especial, com o direito fundamental a um processo com duração razoável. Guardam-se as delongas inerentes à tramitação do recurso extraordinário apenas quando o seu conhecimento oferecer-se como um imperativo para a ótima realização da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro. Resguardam-se, dessarte, a um só tempo, dois interesses: o interesse das partes na realização de processos jurisdicionais em tempo justo e o interesse da Justiça no exame de casos pelo Supremo Tribunal Federal apenas quando essa apreciação mostrar-se imprescindível para realização dos fins a que se dedica a alcançar a sociedade brasileira”. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 17-18).

como se qualquer delas não fosse em si uma violação máxima suficiente para a atuação do Tribunal que é a guarda da Constituição.”⁷⁵

Dúvidas também surgem quanto à definição da relevância social a que se refere o § 1º do art. 543-A, do CPC, tais como: “se o grupo social relevante não for numericamente representativo da sociedade como um todo? Até que limite o Supremo Tribunal Federal poderá intervir em prol de um interesse local⁷⁶?

Além disso, o mecanismo de pinçamento de recursos não garante que os escolhidos como representativos da controvérsia possuam todos os argumentos relevantes para a solução da causa, eis que apenas esses recursos pinçados serão efetivamente julgados. Por outro lado, se for negada a repercussão geral, a decisão terá efeito vinculante, pois produzirá efeitos não apenas para as “causas-piloto”, mas para todos os recursos que versem sobre matéria idêntica (§ 5º do art. 543-A, do CPC), ou seja, para casos presentes e futuros. A propósito, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia questionam: “Será que uma ‘prestação jurisdicional’ que se pretenda adequada ao Estado Democrático de Direito pode prescindir dos argumentos (razões) levantados pelas partes?”⁷⁷

Há também o problema da irrecorribilidade das decisões que não admitem a repercussão geral, “gerando uma barreira intransponível para o jurisdicionado”. Sobre o assunto, Arlete Inês Aurelli observa que o verdadeiro objetivo desse requisito é mais político do que jurídico, isto é, restringir a quantidade de recursos extraordinários a serem julgados, “ferindo o direito consagrado constitucionalmente de acesso à Justiça”.⁷⁸

Nesse contexto, embora o Estado tenha que resolver o problema da morosidade da solução dos litígios e assegurar a razoável duração do processo através de meios que garantam a celeridade de sua tramitação, não pode, indiscriminadamente, relativizar outros direitos fundamentais, tais como o direito de acesso à Justiça, sob alegação de existência de um “interesse” maior. Não podemos olvidar que, acima de todos esses “interesses”, está a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito. O respeito à dignidade da pessoa humana é que legitima a atuação do Estado.

7 Considerações finais

Todos têm direito a um processo justo, a um devido processo legal, que constitui uma cláusula geral. Sendo direito fundamental, o acesso à Justiça também efetiva a dignidade da pessoa humana, considerada um valor supremo, em torno

75 CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Op. cit., p. 110.

76 DANTAS, Bruno. Op. cit., p. 243.

77 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Op. cit., p. 38.

78 AURELLI, Arlete Inês. Op. cit., p. 147.

do qual giram os demais valores reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Com efeito, o respeito à dignidade da pessoa humana é imprescindível para legitimar a atuação do Estado, eis que impõe limites a toda ação do Poder Público, bem como de seus órgãos.

Pode ocorrer colisão entre direitos fundamentais. Mas, independentemente do critério utilizado para solucionar esse conflito, o princípio da dignidade da pessoa humana deve sempre prevalecer sobre os outros princípios, ou seja, há uma relação de precedência a favor da dignidade humana. Portanto, assegurar a dignidade da pessoa humana é elemento imprescindível para legitimar a atuação do Estado, e esse princípio deve ser por todos respeitado, inclusive pelo Poder Público e seus órgãos.

Não se pode olvidar que a garantia à razoável duração do processo tem que harmonizar-se com outros direitos e garantias, dentre eles o direito de acesso à Justiça e a dignidade da pessoa humana. Ocorre que, como exposto, a repercussão geral restringe o acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV, CF), segundo o qual a lei não poderá excluir do Poder Jurisdicional lesão ou ameaça a direito.

Além disso, com a exigência da demonstração da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a palavra definitiva sobre interpretação do texto constitucional, e a uniformização do entendimento jurisprudencial, acaba não exercendo esse mister, quando se tratar de hipótese em que, embora constitucional, não haja repercussão geral.

Assim, o Estado não pode, com vistas à redução da duração do processo e para solucionar a denominada crise do Supremo Tribunal Federal, indiscriminadamente relativizar outros direitos fundamentais, tais como o direito de acesso à Justiça, sob alegação de existência de um “interesse” maior. Acima de todos esses “interesses”, está a dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito, e somente em casos excepcionais pode ser limitada. Havendo conflito entre direitos fundamentais, deve sempre prevalecer a dignidade da pessoa humana.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. alemã. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Repercussão geral objetiva. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 95. São Paulo: Oliveira Rocha, 2011.

ALVIM, Arruda. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: *Reforma do Judiciário : Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004 / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier...* [ET AL]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.63-99.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AURELLI, Arlete Inês. Repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. *Revista de processo*. n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARRETO, Cleiton Carlos de Abreu Coelho; LIMA, Rogério Montai de. Causas impeditivas de recursos. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. n. 65. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas, Ltda.

BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. O recurso extraordinário, a repercussão geral e a súmula vinculante. *Revista de processo*. n. 151. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Apontamentos sobre a repercussão geral no recurso extraordinário. "In": Congresso Nacional do CONPEDI, XIX, 2010. *Anais ...* Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3495.pdf>> Acesso em: 11 abr. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Luiz Rodrigues, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante – Relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. *In Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004 / coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et. al.]*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 373-389.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. v. 2. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SANTOS, Alberto Marques dos. Obstáculos ao acesso à justiça. Disponível em: <<http://albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/acesso-a-justica>> Acesso em: 18 abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos. In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 267-321.

_____. Interesses públicos versus Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. n. 177. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Anotações sobre a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário (Lei 11.418/2006). *Revista de Processo*. n. 145. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZISMAN, Célia Rosenthal. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

Recebido em 29/06/2011

Aceito para publicação em 04/03/2012

O Novo Código de Processo Civil e a Transformação da Celeridade em Princípio Absoluto

THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE
TRANSFORMATION OF CELERITY IN THE
ABSOLUTE PRINCIPLE

Gil de Souza Von der Weid¹

Sumário

1. Introdução. 2. A Construção do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. 3. A Normatização dos Princípios Processuais Constitucionais. 3.1. A Força Normativa dos Princípios Constitucionais. 3.2. O Poder Concedido às Cúpulas do Poder Judiciário e a Hierarquização das Decisões. 4. Garantias Processuais *versus* Eficiência Judicial. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Building a New code of civil procedure project. 3. Normalization of Constitutional procedure principles. 3.1. Constitutional principles normative force. 3.2. The power given to high members of court and decisions hierarchy. 4. Procedure ensuring versus law efficiency. 5. Final remarks. References.

Resumo

A partir das discussões oriundas da reforma do Código de Processo Civil brasileiro, que teve como ponto nodal a celeridade na prestação da tutela jurisdicional, o presente artigo objetiva analisar a dicotomia existente entre um processo célere e eficiente e a preservação das garantias fundamentais do processo.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Celeridade Processual. Garantias Fundamentais do Processo.

Abstract

From the discussions raised from the reform of the Brazilian Civil Procedure Code, which had as a nodal point the speed by courts, this article aims to analyze the dichotomy between a fast and efficient process and the preservation of the fundamental guarantees of the process.

Key words: New civil procedure code. Procedure celerity. Fundamental guarantees of the process.

¹ Graduado de Direito pela Universidade Federal Fluminense, bolsista do PIBIC pela FAPERJ.

1 Introdução

O ponto em comum que costuma nortear as reformas processuais é a problemática da morosidade da justiça, com a conseqüente necessidade de uma célere prestação da tutela jurisdicional por parte do Estado, permitindo uma maior efetivação de seus comandos e decisões. E o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, já em avançado estágio de discussão no Congresso Nacional, não foge dessa lógica.

Muito pelo contrário. A celeridade foi tratada de forma expressa como a *ideologia* da Comissão de Juristas incumbida de elaborar o Anteprojeto do CPC, nas palavras de seu presidente, o hoje Ministro do STF, Luiz Fux: “A ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça”.²

Ocorre que os debates referentes às reformas processuais vêm apresentando o próprio processo enquanto responsável pela morosidade judicial e pretendem abreviá-lo o máximo possível, deixando-se de encarar o processo enquanto um instrumento dialético necessário para a própria obtenção da *justiça*.³

O presente estudo objetiva analisar as proposições e debates oriundos da elaboração do Novo Código de Processo Civil à luz do *embate* efetivado entre a celeridade processual e as garantias fundamentais do processo, sem negar a necessidade de um novo código processual civil, mais ágil, porém cuidando para que a celeridade não seja tomada enquanto princípio absoluto na processualística civil brasileira, tendo em vista a verdadeira conquista que foi a consagração dos princípios processuais enquanto garantias constitucionais, com o advento da Constituição de 1988 e tendo em conta, ainda, que uma série desses princípios se encontram dispostos no anteprojeto de CPC.

Indubitavelmente não poderemos nos furtar às contribuições doutrinárias havidas dentro dos intensos debates pelos quais passou o atual Código de Processo Civil, quando das mais de sessenta leis editadas que modificaram grande parte da concepção original do diploma.

2 Fux, Luiz. Relatório Preliminar da Comissão de Juristas Encarregada de Elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2010, p. 03.

3 Luiz Fux. Op. Cit., p. 4. “[...] a Comissão concluiu nas diversas proposições por dotar o processo e, a *fortiori*, o Poder Judiciário, de instrumentos capazes, não de enfrentar centenas de milhares de processos, mas antes, de desestimular a ocorrência desse volume de demandas”. No mesmo sentido, COELHO NUNES, Dierle José e FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo Melo, “Por um Novo Paradigma Processual”, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, 2008, p. 80: “O tratamento do processo como um mal tem subsidiado propostas e reformas no sentido de se lhe abreviar o máximo possível”.

2 A Construção do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil

Antes de adentrar no mérito da discussão acerca dos debates da celeridade no anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, importante se faz uma breve exposição acerca da formação do mesmo, assim como da Comissão incumbida de elaborá-lo.

É mister diferenciar a atual propositura de um código processual das anteriores normas, de 1939 e 1973. Isso porque esta se dá, pela primeira vez, sob a ótica de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que tanto a legislação atual quanto a pretérita foram outorgadas durante a vigência de Estados de Exceção.

Analisando o pretérito CPC – de 1939 – e o atual – de 1973 – temos dois códigos de processo civil elaborados em regimes de exceção, com um poder executivo exercido de forma ditatorial e um poder legislativo ou inexistente (no caso do CPC de 1939, que veio na forma de decreto lei, estando o Congresso Nacional fechado) ou amordaçado (no caso do atual CPC, de 1973, que adveio no auge da ditadura militar, com o Ato Institucional nº 5 em vigor).⁴

Em comum, além disso, é o fato de que ambos nasceram por iniciativa do poder executivo e foram apresentados por um único jurista (Pedro Batista Martins no caso do CPC de 1939, e Alfredo Buzaid, no caso do CPC de 1973).

Em contraposição a esse histórico autoritário, a proposta de elaboração do Novo CPC coube, dessa vez, ao poder legislativo, sendo a Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto nomeada pelo Ato nº 379 do Presidente do Senado Federal, José Sarney, em 30 de setembro de 2009, contando com doze membros⁵ (em sua maioria advogados), com um prazo de cento e oitenta dias para a elaboração do Anteprojeto.

Outro grande diferencial se deve à condução dos trabalhos da Comissão, com uma intensa publicidade de seus atos. Há que se destacar, inicialmente, que todas as atas das reuniões da Comissão se encontram disponíveis à consulta pública no *site* do Senado Federal.⁶

Ademais, a Comissão se mostrou aberta à participação da sociedade em geral, em especial à comunidade jurídica, através tanto da realização de um ciclo de audiências públicas, que percorreu oito capitais brasileiras, ouvindo críticas e sugestões ao Anteprojeto do Novo CPC, quanto no de comunicações eletrônicas com a Comissão, através do *site* do Senado Federal.

4 MEIRELLES, Delton; MELLO, Marcelo Pereira de, 2011, p. 2.

5 Currículo dos membros da Comissão disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/membros.asp>

6 http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/lista_atas.asp

Outra importante demonstração acerca da abertura ao debate do novo CPC pela sociedade é a disponibilização pelo Ministério da Justiça de um *site* com o texto aprovado pelo Senado Federal, no qual foi possível fazer propostas de modificação acerca do mesmo.⁷

3 A normatização dos princípios processuais constitucionais

Diferentemente do Código de processo Civil em vigor, o projeto de novo CPC (PLS 166/2010) traz a normatização dos princípios processuais constitucionais logo em seu início. Enquanto o atual CPC deixa aos julgadores e aplicadores do direito a tarefa de fazer a correspondência entre a legislação processual e Carta Magna, o PLS 166/2010 não utiliza apenas tal margem, mas traz já em seu primeiro capítulo os princípios e garantias fundamentais do processo civil.⁸

Por mais que já houvesse no código vigente a normatização de uma série de princípios⁹, não encontrava a mesma um capítulo próprio para tratar do assunto, como ocorre com o atual projeto de reforma.

Tal modificação no posicionamento dos princípios processuais fundamentais, que deixaram de ser positivados apenas na Constituição para ingressarem no CPC demonstra, indubitavelmente, uma preocupação com a efetivação das garantias constitucionais do processo quando da sua aplicação ao caso concreto.

Porém não podemos nos abster do debate acerca das consequências que esta transformação poderá acarretar, sobretudo quando podemos extrair dos debates da comissão de juristas do novo CPC, como citado anteriormente, que a principal preocupação do novo código se deu com a garantia da celeridade processual, princípio que foi incluído na CRFB de 1988 a partir da Emenda Constitucional nº 45/02.

Tal emenda teve como escopo a reforma da justiça, dentro de um conjunto de medidas que se originaram de propostas do Banco Mundial para a reforma do poder judiciário na América Latina.¹⁰

7 <http://participacao.mj.gov.br/cpc/>

8 O Capítulo I do Título I do Livro I (Parte Geral) do Anteprojeto denomina-se Dos princípios e garantias fundamentais do processo civil.

9 Por exemplo, nos artigos 125, I (igualdade de tratamento), 262 (inércia), 155 (publicidade).

10 Sobre o tema ver: WEID, Gil de Souza. Globalização e reformas processuais: breve análise acerca das propostas apresentadas para a América Latina. Disponível em www.lafep.uff.br/seminarios

3.1 A força normativa dos princípios constitucionais

É assente na atual doutrina e jurisprudência pátria a força normativa de que gozam os princípios constitucionais. Sob a égide dos estudos de autores como Konrad Hesse, Robert Alexy, Ronald Dworkin, dentre outros, logramos estruturar o atual quadro normativo com os três seguintes elementos: **(i)** lei, **(ii)** norma-regra e **(iii)** norma-princípio. Não mais se confunde, portanto, a norma-regra com a lei, haja vista que agora se insere em tal panorama um terceiro elemento: as normas-princípios. A lei agora é o gênero da qual defluem as normas-regras e as normas-princípios, haja vista, inclusive, que norma e lei não se confundem.

Tal raciocínio ancora-se no fato de que as normas são fruto da interpretação que se dá ao texto de lei, não se confundindo com esta. O art. 121 do CP é, talvez, o mais primoroso exemplo uma vez que, embora o texto expressamente diga “matar alguém”, tem a lei, como fito, evitar tais condutas, ou seja, embora o texto de lei traga uma conduta comissiva, a norma, por outro lado, traz uma conduta negativa que se traduziria simplesmente em um: “não matarás”.

Tal distinção entre norma-regra e norma-princípio é basilar para o estudo em tela, haja vista que a noção atual dos princípios confere-lhe maior amplitude do sempre lhe fora conferida. O princípio, pois então, gozando atualmente de força normativa, tanto quanto a norma-regra, não é mais, tão somente, instrumento para preencher lacunas da lei ou então mero método interpretativo de comandos dispositivos. O princípio é um comando por si só, ou seja, é norma tanto quanto a regra. Entretanto, se o art. 121, supracitado, fosse um princípio, ainda sim teríamos de interpretá-lo para extrairmos sua norma que, em se tratando de norma-regra, geralmente consubstancia-se em uma conduta negativa. Com o princípio não ocorre o mesmo, necessariamente, pois que, aberto e flexível que é, permite-nos maior dilação interpretativa, o que requer, pois então, maior cautela.

Diante de tais constatações uma pergunta paira no ar: “Tal força normativa é oriunda de sua codificação, uma vez que isto a elevaria ao mesmo patamar das regras?” Tal pergunta é feita entre aspas, porque pode ser a indagação de muitos ao lerem nossos raciocínios exortativos. No entanto, tal resposta é negativa. Negativa, porque a força normativa de que gozam os princípios não é algo que surge com a codificação destes, mas com um movimento muito mais abrangente e de cunho propriamente constitucional, denominado por alguns de neopositivismo ou neoconstitucionalismo.

A codificação, ou não, não é fator decisivo para o “poder” que os princípios atualmente têm, uma vez que a força normativa é anterior ao processo de positivação que vem sofrendo nas modernas democracias constitucionais, principalmente, no mundo jurídico romano-germânico. A aplicação dos

princípios, inclusive, prescinde da própria codificação, de vez que sua presença, ainda que não positivada, se aferia por meio de uma extração feita dos textos constitucionais e infraconstitucionais, através de uma interpretação sistemática que, levando em consideração o conjunto normativo, permitia-nos concluir pela elaboração de princípios como o da boa-fé processual ou até mesmo o do devido processo legal, com suas decorrências clássicas: contraditório e ampla defesa.

Essas mudanças operadas nos últimos 50 anos na ciência jurídica, portanto, implicaram em grandes mudanças na teoria do processo, de modo que atualmente não há mais discussão, pois se aceita a ideia de que princípio é norma. Portanto, os princípios não são mais vistos como anteriormente, ou seja, como mero valor abstrato e sem implicância casuística.

Há 30 anos, os princípios eram visto como valores, diretrizes, mas atualmente eles impõem condutas que devem ser observadas. Vejamos o art. 126, do atual CPC, que é símbolo deste antigo pensamento:

Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Os princípios do direito eram meras técnicas para se suprir lacuna. Fato que está completamente superado, pois o juiz não aplica as normas legais, mas sim o direito que é composto de regras e princípios, que não servem tão somente para suprir lacuna, visto que fazem parte da própria legalidade, haja vista serem, agora, normas. Isto torna este dispositivo um tanto sem sentido diante do novo contexto do ordenamento jurídico atual, pois os princípios são normas e têm eficácia normativa independente, ou seja, podem inclusive ser aplicados de maneira autônoma.

Do que fora dito até o momento, podemos concluir peremptoriamente que a força normativa dos princípios, portanto, é algo que não se confunde com sua positivação, haja vista que a criação da “norma-princípio” é, inclusive, anterior à codificação dos princípios, o que acontece não só no processo civil atualmente, como nos demais ramos do direito.

Qual a consequência prática, desta normatização principiológica? Não podemos olvidar o fato de quê, embora sejam situações oriundas de processos evolutivos distintos, a positivação arregimenta e fortalece a força normativa que estes atualmente possuem, por uma simples questão: uma vez codificados, o aplicador do direito não pode se furtar à sua aplicação. A codificação, portanto, em linguagem simples, é um *plus*, ou seja, um adicional, à força normativa de que estes gozam.

Os princípios são, agora, não mais subterfúgios de que podem se valer as partes, na esperança de que o juiz lhes seja atencioso, uma vez que, sendo estes extraídos do ordenamento jurídico por meio unicamente de uma interpretação sistemática, poderia o juiz recusar-se a aplicá-los sob o argumento de que não cabem ao caso concreto ou de que talvez a ilação empreendida para elencá-los ao caso não fosse apropriada. Com a força normativa e a positivação, uma ao lado da outra, gozam os princípios não só mais de uma força imperativa, mas de uma força presencial, ou seja, estão presentes e devem ser aplicados, se possível, com o devido sopesamento se diante de outros princípios de igual magnitude.

Resta, entretanto, uma análise que é muito mais casuística que propriamente doutrinária, pois que tem direta ligação com a natureza intrínseca dos princípios. O princípio é um comando normativo que compele o aplicador do direito a satisfazer um pleito na maior medida possível, ou seja, o princípio é um comando de otimização que determina algo a ser aplicado na maior medida possível.

O mandamento da celeridade, por exemplo, é um princípio que visa a um trâmite processual, o mais breve possível, de acordo com as possibilidades fático-existentes e, em respaldo com a aplicação de outros princípios, igualmente importantes, como o da tutela satisfativa. A celeridade, pois então, não pode contrapor-se à realização da justiça em si, se isso significasse um menoscabo com a realização dos atos processuais. Seria afastar o princípio da celeridade, em palavras simples, pela aplicação do conhecido jargão de que “a pressa é inimiga da perfeição”.

Isso nos traz a seguinte conclusão: os princípios devem ser aplicados na maior medida possível, mas devem ser, também, sopesados, diante de outros princípios igualmente importantes e avaliados diante das possibilidades fático-existentes do caso concreto, o que só pode ser analisado, entretanto, casuisticamente, sob o risco da criação de um princípio absoluto em relação aos demais e, conseqüentemente, superior às próprias normas.

Estas são, portanto, medidas de controle ínsitas na aplicação dos princípios, pois que necessárias, haja vista sua natureza flexível e aberta. Os princípios são aplicáveis, analógica e figuradamente, de maneira idêntica à famigerada régua de Lesbos, que se adaptava às curvaturas do objeto para medí-lo com precisão. Os princípios não só se adéquam às conformações do caso concreto, mas, também, dão-lhes formas e é por isso, ou seja, pela força imperativo-normativa de que gozam, que precisam ser mais rigidamente controlados.

Portanto, não podemos nos furtar ao fato de que os princípios, em sua multifacetada utilização, permitem-nos, principalmente, uma adequação normativo-típica ao caso concreto, de modo que as peculiaridades não sejam olvidadas, o que é, em suma, uma medida de ampliação do verdadeiro conceito de justiça, pois, independentemente do resultado, justiça não haveria se norma alguma fosse aplicada às peculiaridades do caso concreto, o que ocorre em se

tratando das normas-regras. A norma-geral, por não ser afeita a uma flexibilização e dinamicidade, como o são os princípios, poderia negligenciar as peculiaridades do caso concreto que, então, dependeriam sempre de interpretações analógicas e extensivas. A norma-princípio permite-nos afastar este problema.

Esta é, entretanto, a face louvável da questão, mas eis que surgem outros problemas de caráter não menos apreensível. Como proceder com o controle desta flexibilidade normativo-típica que os princípios possuem? Isto porque, embora tipificados, são afeitos a divergências interpretativas que permitem ao aplicador do direito as mais díspares conclusões, principalmente em se tratando de princípios como da proporcionalidade ou outros que tenham como fito a ponderação do valor probatório de uma regra diante a outra.

3.2 O poder concedido às cúpulas do poder judiciário e a hierarquização das decisões

Não restam dúvidas, como exposto anteriormente, de que um dos grandes objetivos da reforma do CPC encontra-se na resolução da morosidade na tramitação processual. Nesse sentido, a normatização dos princípios constitucionais do processo, dentro do próprio texto da proposta de Novo CPC, encontra uma de suas substâncias mais agudas. Tal afirmação encontra-se consubstanciada em diversas passagens do PLS 166/2010, sobretudo quando confrontadas com o maior poder que passarão a possuir os tribunais de cúpula do Poder Judiciário.¹¹

Isso porque, de acordo com o atual texto do Novo Código de Processo Civil por diversas vezes os debates entre as partes e o Estado-Juiz estarão condicionados à existência de decisão já sacramentada no seio de tais tribunais, sendo determinada uma verdadeira hierarquia na cadeia do Poder Judiciário, que pode acarretar em um estrangulamento da base do Poder Judiciário, que é quem tem um contato mais direto com a lide proposta.

O primeiro exemplo material dessa tendência pode ser encontrado quando da nova redação acerca da tutela de evidência (Capítulo I, Seção III do PLS 166/2010). Pela redação em vigor, a antecipação dos efeitos da tutela (art. 273) poderá ser requisitada pela parte quando haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou quando fique evidenciado o abuso do direito de defesa e/ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Já pela redação do Novo CPC (art. 278 do PLS 166/2010), à concessão da tutela de evidência¹² poderá ser concedida independentemente da existência do dano irreparável ou de difícil reparação quando houver pedido incontroverso,

¹¹ A título de exemplo - a hierarquização imposta pela redação do art. 882 do Anteprojeto de Novo CPC.
¹² Sobre o tema: FUX, Luiz. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do superior tribunal de Justiça*, Brasília, ano 2, número 16, abril de 2000, p. 23-43.

prova irrefutável do direito pleiteado ou, quando a matéria for unicamente de direito, já houver tese firmada em sede de julgamento de recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas ou já tiver sido sumulada.

Evita-se, dessa forma, o debate entre as partes, assim como sua colaboração à sentença, quando uma corte superior ao juízo monocrático já houver decidido acerca do tema. Isso vai do entendimento de que não é necessário exaurir o debate se já se sabe qual será seu resultado quando este chegar à instância superior.

E, tal entendimento se consubstancia em outros momentos do Novo CPC. São os casos da improcedência liminar do pedido (art. 307 da PLS 166/2010), em que não mais poderá o juiz se basear em seu próprio entendimento acerca do caso concreto, senão do entendimento dos tribunais; da negação de recurso, assim como de seu provimento, realizada pelo relator, quando o recurso ou a decisão contrariar o entendimento dos tribunais superiores já pacificado em súmula, acórdão em julgamento de casos repetitivos ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 888, IV e V do PLS 166/2010).¹³

O que tal movimento externaliza, na prática, é o entendimento de que algumas teses, por já se encontrarem pacificadas pelas cortes superiores, não necessitam de um debate para que se dê solução à lide. Tal entendimento, está baseado profundamente no inc. LXXVIII do art. 5º da CFRB, qual seja, o direito à razoável duração do processo, por mais importante que seja, é demasiado perigoso se encarado em sua forma absoluta, como vem acontecendo na reforma do Código de Processo Civil.

O debate no processo não pode ser encarado enquanto um mal, tendo em vista que, quando falamos de processo, necessariamente estamos falando de debate, de um diálogo, sendo este necessário para a própria obtenção das decisões.¹⁴

4 Garantias processuais *versus* eficiência judicial

Com essa base mais democrática e participativa é que se iniciam os trabalhos da Comissão de Juristas para a Reforma do CPC. Não pretendemos aqui nos ater aos debates acerca da elaboração dos livros, capítulos, títulos e

13 Há que se destacar que a denegação e o provimento do recurso de ofício pelo relator nos casos de confronto com súmula ou com jurisprudência dominante já se encontram normatizados no atual CPC, no art. 557, com redação dada pela Lei 9.756/1998.

14 Nesse sentido: COELHO NUNES, Dierle José e MELO FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo, Por um novo paradigma processual, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, 2008, p. 80: “[...] há de se esclarecer que, ao se falar de processo está se tratando de uma estrutura que implementa um debate (diálogo) para a formação das decisões” e, ainda, “o tratamento do processo como um mal tem subsidiado propostas e reformas no sentido de se lhe abreviar o máximo possível”.

artigos do novo Código, senão às discussões mais gerais acerca dos objetivos da novel legislação processual.

Nesse ínterim, é de grande relevância a temática trazida já na primeira reunião da Comissão, realizada em 30 de novembro de 2009. Já foi explicitado na introdução do presente artigo o posicionamento da comissão, que teve na celeridade seu ponto nodal, nas palavras de seu presidente, Luiz Fux, quando do primeiro relatório dos trabalhos da comissão.

Porém é marcante, até mesmo de forma simbólica, a declaração da Relatora da Comissão, Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, acerca da orientação dos trabalhos da Comissão:

E, por último, eu gostaria de dizer só o seguinte: pelos e-mails que nós trocamos e pelas sugestões que vocês mandaram, e eu li todas com muita atenção e com muito carinho, eu senti que realmente a ordem é que a gente, de certo modo, restrinja um pouco o acesso ao judiciário. Na verdade, tendo em vista o valor maior, que é o judiciário poder trabalhar com mais tranquilidade e trabalhar, portanto, melhor.¹⁵

E é, a partir desse ponto, que devemos iniciar as discussões sobre o embate travado entre o garantismo e a celeridade no processo, pois, nas palavras do Professor Barbosa Moreira:

[...] não convém esquecer [...] que há [*no processo*] uma demora fisiológica, conseqüente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valore de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir [...] ora, um processo de empenho garantístico é, por força, um processo menos célere.¹⁶

Não negamos, pelo presente estudo, tal preocupação da comissão com as garantias fundamentais do processo, que foram colocadas nos primeiros artigos do anteprojeto do Código, como citado anteriormente. Porém, ao colocar o norte de seus trabalhos na celeridade, tal equipe de renomados juristas acabou por, inevitavelmente, se colocar diante do dilema do cobertor curto, quando, ao tentar cobrir a cabeça, descobre os pés. E, com isso, alguma parte do corpo invariavelmente permanecerá no frio.

15 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Intervenção na 1ª Reunião da Comissão de Juristas do Novo CPC, disponível em http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATA_1a.pdf

16 BARBOSA MOREIRA, João Carlos. “O Futuro da Justiça: alguns mitos”. Conferência pronunciada em 05/04/2000 no Seminário “O Direito no Século XXI: novos desafios”, Rio de Janeiro, 2000, p. 4.

E, seguindo a mesma lógica, mesmo quando a Comissão iniciou o debate acerca das garantias processuais, este se deu de forma a relativizar as mesmas, colocando outros princípios (em geral a celeridade e a razoável duração do processo) enquanto superiores.¹⁷

Não há que se duvidar da importância que a celeridade processual tem para uma efetiva prestação da tutela jurisdicional, afinal de contas, uma justiça lenta não pode ser uma boa justiça, no chavão já bastante batido nos cotidianos da seara jurídica mundial.

Existe, porém, um grande perigo ao se colocar a celeridade no topo da pirâmide dos princípios processuais. O Brasil, assim como grande parte da América Latina, logrou grande êxito ao colocar, após negros períodos ditatoriais, garantias processuais entre as democráticas garantias fundamentais previstas na Constituição.

Assim, o viés político-democrático não pode fugir do debate das reformas processuais, pois foi através de conquistas políticas que conseguimos efetivar um processo civil democrático e garantístico, com base nas alterações elaboradas a partir do Código de 1973 e da constitucionalização dessas garantias.

Dentre estas destacamos o próprio e universalizante direito de ação, qual seja, o direito de provocar o Estado para que este dê respostas concretas, com base na legislação vigente, às pretensões individuais. Este é o marco inicial do acesso à justiça, que, naturalmente, foi e está sendo aprimorado por uma gama de institutos jurídicos e decisões políticas que vem, nos últimos anos, aproximando o povo dos tribunais.

Nada mais democrático do que garantir à população em geral, indistintamente, o acesso ao Estado para ver sanadas as suas pretensões. Porém, tal movimento de acesso à justiça gerou, como não poderia deixar de ser, uma crise de superprodução de demandas, em conjunto com a sempre diminuta oferta de profissionais para resolvê-las.

5 Considerações finais

Entendemos, sem sombra de dúvida, a necessidade de se reformar o processo civil brasileiro, que já havia se tornado uma “colcha de retalhos”, nas palavras do Professor Eduardo Talamini¹⁸, tendo em vista as inúmeras modificações

17 Nesse sentido citamos o Professor Elpídio Donizetti,: “Eu acho que a linha dessa reforma será, assim, o tom: celeridade e efetividade. E efetividade no sentido amplo, de respeitar o devido processo legal. Não vamos querer simplesmente tirar direito das partes, dos advogados, acabar com recurso, que isso não vai resolver. Mas eu estou propondo que preveja no Código, genericamente, um certo condicionamento para ir a Juízo, uma certa limitação ao acesso à justiça”. DONIZETTI, Elpídio. Intervenção na 1ª Reunião da Comissão de Juristas do Novo CPC, disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATA_1a.pdf

18 TALAMINI, Eduardo, em palestra quando da realização da Audiência Pública sobre o Novo CPC, Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI106902,41046-Manifestaca>

havidas desde 1973. Porém toda reforma de tamanha importância deve ser bem estudada e debatida, para que, por um lado, seja dada a palavra à sociedade quando de sua elaboração e, por outro, para saber que pontos devem ser atacados para que a reforma surta os efeitos objetivados.

Sem dúvida, houve (e há) um grande esforço para garantir uma máxima participação da sociedade (sobretudo da comunidade jurídica) na elaboração do Novo Código, tanto pela realização das audiências públicas na fase de redação do Anteprojeto, quanto pela iniciativa do Ministério da Justiça em disponibilizar um *site* com o exclusivo objetivo de debater os pontos já aprovados do Novo CPC pelo Senado Federal, atitude esta até então inédita no processo legislativo brasileiro.

Todavia, entendemos que o segundo ponto não pode ser suficientemente suprido. A Comissão de Juristas teve o exíguo prazo de seis meses para a entrega do Anteprojeto e, ademais, a instauração da mesma não foi precedida de estudos sérios e concretos acerca dos materiais problemas envolvendo a morosidade da prestação da tutela jurisdicional cível.

Não resta dúvida que existem problemas no processo civil. Mas quais são, efetivamente? Qual o estudo empírico que norteou os caminhos da Comissão de Juristas para que esta possa, com propriedade científica, afirmar que este ou aquele instituto dificulta ou facilita a tramitação processual? Nesse ponto, fazemos nossas as palavras do Professor Barbosa Moreira, ainda no ano de 2000:

Antes de se reformar a lei processual (*rectius*: qualquer lei), mandam a lógica e o bom senso que se proceda a um diagnóstico, tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam [...] Se o nosso intuito, *v.g.*, é o de acelerar a máquina da justiça necessitamos saber quais as peças que estão rendendo menos, e como penetra no mecanismo a areia que as desgasta. Sem prévia verificação, nenhum critério sólido teremos para empreender o trabalho de reforma.¹⁹

Referências

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido Rangel. 22. ed. *Têoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARBOSA MOREIRA, João Carlos. *O futuro da justiça*: alguns mitos. Conferência pronunciada em 05/04/2000 no Seminário “O Direito no Século XXI: novos desafios”. Rio de Janeiro, 2000.

BRASIL. Atas das reuniões da comissão de juristas, disponíveis em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/lista_atas.asp>, acesso em: 10 e 11 jun. 2011.

_____. Íntegra do anteprojeto em trâmite do Senado Federal, disponível em < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> >, acessos em: 10 e 11 jun. 2011.

[o+do+Professor+Eduardo+Talamini+sobre+a+reforma+do+CPC](#)

19 BARBOSA MOREIRA, João Carlos. Op. Cit., p. 09

_____. Debate Público do Novo Código de Processo Civil, disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/cpc/> acesso em: 7jun. 2011.

COELHO NUNES, Dierle José; MELO FRANCO BAHIA, Alexandre Gustavo. Por um novo paradigma processual, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, 2008.

DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*, Volume 1, 11. ed., Editora JusPodivm, 2009.

FUX, Luiz. *Relatório Preliminar da Comissão de Juristas Encarregada de Elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília, 2010.

_____. A tutela dos direitos evidentes. *Jurisprudência do superior tribunal de justiça*, Brasília, ano 2, n. 16, abr. 2000.

GARGAGLIONE, Francisco E. Dias; WEID, Gil de Souza. A normatização dos princípios constitucionais na reforma do código de processo civil. Disponível em: www.lafep.uff.br/seminarios

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC (NCPC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Delton; MELLO, Marcelo Pereira de. *Corporações, globalização, cultura legal, advogados e juízes na elaboração do Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.sistemasmart.com.br/sbs2011/arquivos/30_6_2011_18_43_44.pdf>, acesso em: 24 jul. 2011.

MONTEIRO ANACLETO, Sidraque David. A Crise de Legitimidade no Legislativo Federal. In *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/Integra.pdf> visualizado em: 10 set. 2011.

MORAIS, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São paulo: Atlas S.A, 2008

WEID, Gil de Souza. *Globalização e reformas processuais: breve análise acerca das propostas apresentadas para a América Latina*. Disponível em <www.lafep.uff.br/seminarios>

_____. *O processo legislativo do novo código de processo civil brasileiro: internet enquanto instância democrática?* Disponível em <www.lafep.uff.br/seminarios>

Recebido em 31/05/2012

Aceito para publicação em 18/11/2012

RESENHA

Resenha:
WRIGHT, Robert. *Não-zero. A lógica do destino humano*.
Rio de Janeiro: Campus. 2003

Alexandre Walmott Borges¹
Bernardo Moraes Cavalcanti²

O texto é uma resenha crítica da obra *Não-zero: a lógica do destino humano*, de Robert Wright. Enquadra-se no trabalho de pesquisa na área da influência dos valores, da determinação físico-biológica na estruturação do sistema do direito, aproximando os elementos do evolucionismo psico-biológico à teoria do direito, à teoria do Estado e à teoria política.

A proposta da obra e os dados do autor

A resenha apresentada é recensão crítica elaborada pelos resenhadores com o objetivo de apresentar, aos leitores da área das ciências jurídicas, a contribuição da sociologia-biológica (ou sociobiologia) à compreensão da teoria do Estado e da teoria do direito. A obra *Não-zero*, publicada no Brasil em 2003, procura descrever a trajetória da civilização humana a partir da combinação entre as ciências sociais e as ciências biológicas (ou físico-biológicas). Robert Wright é estadunidense, professor da *University of Pennsylvania* e é *Schwartz Senior Fellow na New America Foundation*. Enquadra-se como redator de obras de psicologia evolucionista, com influência da teoria dos jogos e do evolucionismo darwiniano. Além de *Não-zero*, destacam-se, entre obras suas, *Three Scientists and Their Gods: Looking for Meaning in an Age of Information* (1988), e *The Moral Animal: Evolutionary Psychology and Everyday Life* (1994), este último traduzido para o português com o título *Animal moral*. O original *Non-zero: The Logic of Human Destiny* foi publicado no final da década de noventa alcançando o patamar de obra de vendagem recorde (a

1 Doutor em Direito pela UFSC. Professor Adjunto da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, coordenador do Programa de Mestrado em Direito Público da UFU. Advogado.

2 Mestre em Direito pela UNESP. Professor do Curso de Direito da ESAMC – Uberlândia.

despeito de se tratar de livro de conteúdo técnico-científico). A obra divide-se em três partes e 22 capítulos.

A obra *Não-zero* pretende, como salienta o autor à entrada, descrever a história da humanidade com a possibilidade de detecção de uma teleologia na existência das sociedades humanas. Mais que isso, Wright filia-se à concepção de que os comportamentos humanos (inclua-se aí os instrumentos de controle do comportamento, como o direito) são ditados por processos de adaptação. As peculiaridades do *ser humano* são acúmulos da evolução, e as propriedades intelectivas, o conteúdo emocional próprio, as habilidades comunicacionais e, por último, a construção da civilização são produtos de ancestralidade evolutiva.

Para a construção de tal complexo evolutivo-humano, Wright vale-se de erudição pouco usual. As razões da erudição são de fácil compreensão. Wright concilia os grandes escritos das ciências sociais e da filosofia em paralelo com a biologia e as ciências físico-químicas. Por certo que há nítidas preferências explicativas pela *teoria dos jogos* e o evolucionismo darwiniano. Aliás, o mote do livro de que há lógica no destino humano pode ser resumido, em síntese apertada, na ideia de que a evolução gera, por evolução, seres humanos moralmente mais bem qualificados (ou adaptados à novas realidades).

O impacto das ideias de Wright no direito são detectáveis em vários campos. Citem-se alguns exemplos. A dicotomia entre o público e o privado é compreendida como a adaptação dos humanos ao ambiente, ora em ações gregárias, ora no fluir dos elementos essenciais de preservação – individual – genética. A história do direito é a história de constante evolução e adaptação aos desafios humanos. Sistemas jurídicos não são primitivos ou modernos. São adaptações da moral aos desafios ambientais, de um ou de outro momento histórico. A tradição jurídica de situar o direito exclusivamente num mundo cultural, e no estranhamento com o biológico, esvai-se com a abordagem de Wright de que o cultural é fruto do biológico e de que, sem o cultural, o biológico não sobrevive (não vence os desafios adaptativos da espécie).

Há, nessa obra, a releitura da história das ideias e da história da civilização. Wright apresenta o inventário das concepções de evolução cultural, entendendo que a direção da história torna os seres humanos moralmente melhores. Note-se a importância de tal concepção para os desafios da tradição jurídica de visualizar a teleologia do direito, desde o absoluto abstrato do jusnaturalismo ao voluntarismo estatal do positivismo. A teleologia do sistema jurídico é, neste quadrante, produto de evolução moral, e cada sistema jurídico será a melhor forma de adaptação moral conseguida por sociedades humanas. Wright vai descortinando, na obra, aspectos de evolução tecnológica, de formas comunicacionais entre as sociedades e das várias formas de organização política, sem a ilusão de um determinismo econômico e sim como um processo de diferencial de superação das sociedades. Não obstante o

posicionamento citado por Wright, filósofo Karl Popper, o autor acredita que haja uma possibilidade de antevermos o futuro baseando-nos não só na atual conjuntura, como também em como chegamos até aqui. Independentemente das vicissitudes que irão nos conduzir até o futuro, o certo é que o processo de unificação global só vem se acelerando ultimamente. De fato, cada vez mais o homem se vê diante de problemas de *soma zero* que só podem ser propriamente resolvidos por meio de modelos de governança supranacionais. Para esse fim, o autor aponta o crescente número de organizações de âmbito mundial que regulam assuntos de interesse de todos os Estados do planeta. O problema é que, assim como toda mudança desse calibre, a transição da organização nacional para a global pode se dar de forma convulsiva. Para mitigar nossas preocupações, o autor argumenta que a possibilidade dessa mudança se dar de forma mais pacífica é muito grande, não só pela possibilidade de adotarmos medidas para tanto (como a citada diminuição do *cultural lag*, com a consequente desaceleração proposital do avanço tecnológico), mas também pela consciência ubíqua de que uma guerra, no presente, pode literalmente acabar com o planeta. Um dos grandes méritos da obra de Wright é justamente o de ter conseguido aliar, paralelamente, a evolução cultural humana com a evolução biológica. E mais ainda: ter amarrado essas duas linhas com a teoria dos jogos de *soma não-zero*. Sim, para Wright, a verdade é que ambas, biologia e cultura, constituem uma história só.

Na última parte do livro, o autor lança um questionamento que perpassa a análise crua da relação entre evolução genética e cultural: pode-se dizer que a espécie humana é um super-cérebro, *i.e.*, um organismo? Ao final, o autor admite não ser seu objetivo provar-nos que *realmente* somos um cérebro gigante, mas sim que esse questionamento não é fruto de uma mente insana. A seguir, indaga se a evolução tem um propósito. É fato que há um criador, e que esse criador é a seleção natural, mas essa função que a evolução exerce é uma finalidade pré-concebida? O autor acaba por concluir que a persistência em relação ao objetivo em condições variáveis (como o crescimento de uma planta em direção à luz, por exemplo) denota indícios de propósito na evolução. Logicamente, tal conclusão é bem fundamentada por várias suposições sucessivas que revelam que o objetivo de Wright é que existem *indícios* de propósito, mas não um propósito em si. O último capítulo é dedicado ao questionamento final do autor, que indaga sobre a, cogitável, característica *divina* desse propósito evolutivo. Logo de início, refutamos a ideia de divindade que a cultura popular geralmente possui. Buscamos na eterna luta entre Aúra-Masda e Arimã, o bem e o mal do Zoroastrismo, uma figura mais apropriada para se falar em Deus: limitado por circunstâncias, ele está fazendo o seu melhor. Como argumento final, fica a suposição de que “a nossa história [a da vida orgânica e a da espécie humana] é boa demais para não ter sido escrita. E, independentemente da opinião de cada um a seu respeito, é a *nossa* história, e não podemos escapar de suas implicações”.

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Processamento do pedido de recuperação judicial: Análise do acórdão TJMG 1.0024.07.543139-5/001

PROCESSING OF REQUEST OF CORPORATE REORGANIZATION.
ANALYSIS OF CASE TJMG 1.0024.07.543139-5/001

Adriana Paiva Vasconcelos¹

Resumo

O objeto deste trabalho é analisar, com base em um caso concreto, o processamento do pedido de recuperação judicial de uma sociedade. Partindo-se do pressuposto que a Lei de Recuperação de Empresas e Falência trata tanto de direito material como processual e da aplicação supletiva do Código de Processo Civil a este diploma, verificam-se aspectos gerais do pedido de processamento: o ato de deferimento do pedido de recuperação quanto à sua irrecorribilidade ou recorribilidade, o ato de indeferimento do pedido de processamento de recuperação judicial e sua recorribilidade e a aplicação do princípio da fungibilidade. Em linhas gerais, com exemplos da jurisprudência, pretende este trabalho mostrar a prática dos tribunais com fundamento trazido também pela doutrina sobre o tema.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Pedido. Processamento. Deferimento. Indeferimento. Recorribilidade.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze, from a specific situation, the proceeding of the request of reorganization of a company. Considering that the Brazilian Reorganization Law treats both proceeding and material law and that the Brazilian Civil Procedure Code is also applicable to it, general aspects of the request of proceeding, the act of granting the reorganization of the company regarding the possibility of appealing or not, the act of non granting the request of processing the reorganization of the company and the possibility of appealing and the use of the principle of substitution of recourses. In general lines, with examples of jurisprudence, this paper wishes to show the practice of tribunals with basis also brought by doctrine about the subject.

Key words: Reorganization. Order. Processing. Deferral. Rejection. Appealability.

¹ Mestranda em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assistente Jurídico do TJSP. São Paulo, SP.

Reorganization. Request. Processing. Granting. Non Granting. Possibility of appealing.

Sumário

1. Acórdão e histórico. 2. Principais questões abordadas pelo acórdão. 3. LREF: direito material e processual. 4. Aspectos gerais sobre o pedido de processamento de recuperação judicial. 5. Limites de atuação do juiz. 6. O ato de deferimento do pedido de recuperação judicial e sua irrecorribilidade ou recorribilidade. 6.1. Despacho de mero expediente. 6.2. Decisão interlocutória. 6.3. Sentença. 7. O ato de indeferimento do pedido de processamento de recuperação judicial e sua recorribilidade. 8. Fungibilidade recursal. 9. Breve nota sobre a antecipação de tutela e decisões de caráter liminar em processos de recuperação judicial. 10. Outras medidas para enfrentamento da decisão do pedido de processamento de recuperação judicial. 11. Considerações Finais. Referências.

1 Acórdão e histórico

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Livraria Mandamentos Editora Ltda. (“Mandamentos”) com pedido de antecipação de tutela em face da decisão que indeferiu o processamento da recuperação judicial desta sociedade, cujo histórico segue descrito abaixo:

Em 04/06/07 a Mandamentos apresentou pedido de recuperação judicial. Em 12/07/07 foi indeferido tal pedido, e a fundamentação de tal decisão baseou-se na consideração pelo juiz de primeira instância da necessidade de demonstração pela Mandamentos da capacidade técnica e econômica para se organizar, o que não ocorreu. A Mandamentos agravou de tal decisão em 17/07/07 e a antecipação de tutela foi concedida. Em 11/08/07 foi deferido o processamento da recuperação judicial, por meio de sentença no juízo *a quo* (com o trânsito em julgado sem interposição de recurso). Julgamento do agravo de instrumento, no mesmo sentido da tutela antecipada concedida, pela determinação do processamento da recuperação judicial ocorreu em 15/05/08.

Em 27/10/09 foi decretada a falência da Mandamentos². Um primeiro leilão foi realizado em 18/06/10. Os bens remanescentes foram leiloados em 18/08/10.

A decisão analisada suscita pontos para discussão e avaliação tanto sob a ótica do direito processual como do direito material.

² Não foi possível verificar em consulta ao site do TJMG o motivo que levou a Mandamentos à falência; entretanto, parece-nos ser o caso autofalência.

Cumpra-se observar que, embora a matéria seja ministrada em cadeira de Direito Comercial, por ser a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (“LREF”) diploma que abrange ambos os aspectos (conteúdo processual e material), abordar-se-ão neste documento questões relacionadas a esses dois ramos do direito.

2 Principais questões abordadas pelo acórdão

2.1 Quanto aos aspectos de direito material:

- (a) aspectos gerais do pedido de processamento de recuperação judicial;
- (b) limites de atuação do juiz: legitimidade ativa e adequada instrução do pedido?

2.2 Quanto aos aspectos de direito processual:

- (a) natureza jurídica do ato do juiz que indefere o pedido de processamento de recuperação judicial;
- (b) recurso cabível;
- (c) natureza jurídica do ato do juiz que defere o pedido de processamento de recuperação judicial;
- (d) irrecurribilidade ou recorribilidade de tal ato judicial;
- (e) possibilidade de antecipação de tutela;
- (f) aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos.

3 LREF: direito material e processual

A LREF tem cunho material e processual. O relatório do Senador Ramez Tebet preconiza:

a lei de falências que se analisa tem dupla natureza: por um lado, traz normas de direito processual, indispensáveis à boa condução das falências e das recuperações de empresas. Por outro, prevê regras de direito material, estabelecendo em que hipóteses e sob que condições as pessoas e as sociedades em dificuldades têm direito à tutela do Estado para se recuperar e, caso isso não seja possível, como deve ser conduzido o processo para que sejam afastadas das atividades empresariais.³

Neste sentido, para exemplificar certos aspectos processuais da LREF, podemos fazer referência a dois momentos da recuperação judicial: o

³ TEBET, Ramez. Parecer n. 534, de 2004, apresentado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado.

processamento do pedido de recuperação judicial (artigos 51 e 52) e o deferimento do pedido (art. 58 e seguintes).

A LREF, além de estabelecer regras de caráter processual, disciplina também, na maioria de seus artigos, o direito material aplicável à recuperação judicial e extrajudicial e falências.

Quanto aos aspectos processuais, estabelece a LREF a aplicação supletiva do Código de Processo Civil em seu artigo 189. Tal observação é importante, pois verificaremos, seja a doutrina seja a jurisprudência utilizam-se de tal aplicação quando da análise de questões processuais relacionadas aos institutos da recuperação judicial e extrajudicial e falências.

A doutrina detalha tal aplicação. Nos dizeres do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sidnei Agostinho Beneti:

Toda a matéria processual é, antes de mais nada, supletivamente regida pelo Código de Processo Civil (art. 189), de maneira que assuntos sobre os quais a lei n. 11.101, de 9.2.2005, não dispuser, são regulados pelo Código comum. Assim, as matérias atinentes à representação, *jus postulandi*, modalidades de citação e de intimação, de organização dos trabalhos judiciais, de estrutura formal das decisões e sentenças, de recursos de agravo e de apelação e seus efeitos, quando não excepcionados pela Lei 11.101, de 9.2.2005, terão a regência do Código de Processo Civil.⁴

4 Aspectos gerais sobre o pedido de processamento de recuperação judicial

A LREF trata em seu capítulo III da Recuperação Judicial. Em sua seção I disciplina as disposições gerais (arts. 47 a 50). A seção II disciplina o pedido e o processamento da recuperação judicial (arts. 51 e 52). Sua seção III dedica-se ao plano de recuperação judicial (arts. 53 e 54). Na seção IV temos o regramento para o procedimento de recuperação judicial (arts. 55 a 69). Por fim, a seção V trata do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 70 a 72).

Convém ressaltar que embora este capítulo trate exclusivamente de aspectos relacionados à recuperação judicial, em diversos outros capítulos são tratados assuntos a ela aplicáveis. Assim, muitos são os dispositivos legais não elencados nos acima citados que tratam de aspectos relacionados à recuperação judicial.

4 BENETI, Sidnei Agostinho. O processo da recuperação judicial. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 231-232.

Ao se tratar do pedido de processamento de recuperação judicial, duas questões fundamentais são postas: a legitimidade ativa e a instrumentalização da petição inicial. Sobre tais pontos, dispõem os artigos 48 e 51 da LREF.

O art. 48 trata dos requisitos subjetivos ou substanciais que o devedor deverá provar na data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial.

Já o art. 51 elenca os requisitos formais ou objetivos da ação de recuperação judicial.

Como consequência lógica do atendimento a tais requisitos, dispõe o art. 52 que o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, neste mesmo ato, decidirá acerca da nomeação do administrador judicial; ainda uma série de ações será desencadeada por tal ato judicial sobre o processamento da recuperação judicial. Direitos emanarão de tal manifestação judicial, como a possibilidade de convocação de Assembleia Geral de Credores para constituição de Comitê de Credores. O devedor, após tal despacho, também não poderá simplesmente desistir da recuperação judicial; para tanto, dependerá da aprovação da Assembleia Geral de Credores.

É importante distinguir o deferimento do pedido de processamento de recuperação judicial (art. 52, *caput*) do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 58, *caput*). Enquanto o primeiro ato jurisdicional apenas inicia a possibilidade de análise da viabilidade econômico-financeira da empresa em crise pelos credores, viabilidade essa que será averiguada se o devedor cumprir a obrigação de apresentação do plano de recuperação (art. 53) e este for aprovado pelos credores (art. 45) (ou por juiz em hipótese de *cram down* disciplinada nos parágrafos do art. 58), apenas no segundo caso (deferimento do pedido de recuperação judicial) a sentença concessiva de recuperação judicial tem o respaldo de uma análise de mérito (pelos credores) da situação do devedor sob aspectos econômicos.

Colocamos, ainda, um ponto que parece ser relevante para a discussão da diferença da decisão de processamento da recuperação judicial para a decisão de concessão da recuperação judicial: enquanto a primeira é analisada exclusivamente pelo juiz (ainda que apenas sob o ponto de vista formal), a segunda em verdade e como regra deriva de decisão dos credores, restando ao juiz, pelo menos a princípio, uma função homologatória desta decisão, sem a possibilidade de adentrar em seu mérito.⁵

5 Limites de atuação do juiz

Após a breve explicação sobre o pedido de processamento de recuperação judicial, e antes de se analisarem os aspectos processuais, parece-nos ser pertinente abordar as questões de direito material que são trazidas pelo acórdão.

⁵ Entendemos, entretanto, que esta limitação de atuação do juiz quando da concessão da recuperação judicial é ponto controverso e várias são as interpretações. Não abordaremos tal discussão por não ser o objeto do acórdão em estudo.

Conforme transcrição constante do acórdão, o magistrado de primeiro grau indeferiu o pedido de processamento por entender necessária neste momento, a demonstração pelo devedor de sua viabilidade técnica e econômica de se organizar, se reerguer.

Da análise do texto legal, em que pese discussão sobre os limites de atuação do juiz para análise do pedido de processamento, não teria sido outorgada pelo legislador ao juiz a capacidade de fazer tal análise. O legislador outorga aos credores a legitimidade, após o deferimento de tal processamento e se cumpridos os demais requisitos da lei (apresentação do plano no prazo estabelecido e aprovação deste em assembleia de credores), o poder de verificar se o devedor é ou não viável.

Os aspectos formais dos artigos 48 e 51 da LREF devem ser analisados para que o juiz defira o processamento da recuperação judicial. Não é possível, ao juiz, emitir juízo de valor, analisar a situação econômico-financeira do devedor e, por entender que não atende tais requisitos, indeferir seu pleito.

Parece-nos que o indeferimento deve ocorrer apenas em casos flagrantes de desconformidade dos requisitos estabelecidos pela legislação e, ainda assim, apenas após ter facultado o magistrado ao devedor a possibilidade de complementação ou explicação da documentação apresentada. Seria esta uma hipótese de aplicação do art. 284 do CPC, permitindo o juiz que o devedor emende ou complete a petição inicial.

Esta é a lição de Fábio Ulhoa Coelho, ao nos ensinar que:

O pedido de tramitação é acolhido no despacho de processamento, em vista apenas de dois fatores – a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. Ainda não está definido, porém, que a empresa do devedor é viável e, portanto, ele tem o direito ao benefício.⁶

A jurisprudência tem reafirmado a limitação de atuação do juiz nesta fase postulatória das recuperações judiciais. Neste sentido, colacionamos julgados reformando atos judiciais nas seguintes hipóteses:

(a) juiz solicita prova pericial do relatório gerencial de fluxo de caixa e sua projeção, sem deferir o processamento:

Agravo. Recuperação Judicial. Decisão que determina a realização de prova pericial do relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção, sem deferir o processamento do pleito recuperatório. Apresentada a petição inicial de recuperação judicial com todos os

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 9-2-2005*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 154.

documentos exigidos pelo art. 51 da LRE, compete ao juiz examinar a legitimidade e proceder ao exame formal dos documentos. Não compete ao juiz aferir a realidade das informações contábeis e financeiras constantes dos documentos que instruem a inicial. Deferido o processamento da recuperação, os credores, o Ministério Público, a Assembleia-Geral e o Administrador Judicial poderão aferir a realidade dos documentos que a devedora apresentou. Agravo provido, para revogar a decisão que determinou a realização da perícia e deferir o processamento da recuperação. (TJSP, Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, AI n. 994.09.282242-5/Regente Feijó, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 06/04/2010).

(b) no ato de deferimento do processamento há nomeação de perito para realização de perícia e aferição da realidade dos dados para constatação da viabilidade econômica da empresa:

Recuperação Judicial. Decisão que, após deferir o processamento da recuperação judicial, nomeia perito e determina a realização de perícia para aferir a realidade dos dados oferecidos e constatar a viabilidade econômica da empresa. Inadmissibilidade. Precedentes. Determinação cancelada. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI n. 994.09.326142-7/São José do Rio Preto, rel. Des. José Araldo da Costa Telles, j. 06/07/2010).

(c) indeferimento do pedido de processamento por inviabilidade econômica da requerente:

Recuperação judicial. Processamento do pedido inicial. Reconhecimento da Inviabilidade econômica da recuperação da requerente. Impertinência, por ora, da apreciação do eventual direito da devedora ao benefício pleiteado. Extinção do processo afastada. Recurso provido. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Ap. n. 629.868.4/Sumaré, rel. Des. Elliot Akel, j. 05.05.2009).
Recuperação judicial. Processamento do pedido inicial. Presença dos requisitos formais para tanto. Artigos 51 e 52 da Lei n. 11.101/2005. Impertinência, por ora, da apreciação do eventual direito da devedora ao benefício pleiteado. Encerramento das atividades da requerente não evidenciada. Extinção do processo afastada. Recurso provido (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Ap. n. 582.698.4/4-00/São Paulo, rel. Des. Elliot Akel, j.24.09.2008).

Analisando os acórdãos acima indicado, concluímos que, se o caso em questão tivesse sido julgado no tribunal paulista, também teria sido reformado.

Entretanto, uma questão que entendemos pertinente colocar é que, pelo menos no caso objeto desta análise, se ao juiz fosse concedida a possibilidade de analisar as condições do devedor quando do pedido de processamento da recuperação judicial, poder-se-ia ter melhor protegido o interesse dos credores. Ora, a Mandamentos não logrou êxito em sua tentativa de se recuperar e, ao que tudo indica, solicitou a autofalência. No primeiro momento em que analisou a documentação será que o magistrado não verificou, de plano, tal impossibilidade e, então, indeferiu o pedido de recuperação? Caso as ações e execuções tivessem sido mantidas o interesse dos credores não teria sido mais bem protegido? Não teriam eles também pedido a falência da Mandamentos?

Assim, embora legalmente o ato do juiz, ao analisar o pedido de processamento, seja restrito à verificação dos requisitos subjetivos e objetivos, queremos parecer que um mínimo de discricionariedade poderia ser considerado para atender inclusive ao interesse dos credores e, em última instância, ao princípio da preservação da empresa preconizado pelo art. 47 da LREF, pois este caso poderia ser uma hipótese de se ter a preservação da empresa ainda que na falência.

6 O ato de deferimento do pedido de recuperação judicial e sua irrecorribilidade ou recorribilidade

Qual a natureza jurídica da manifestação judicial que defere o processamento da recuperação judicial? Antes da análise acerca da natureza jurídica desta manifestação no processo de recuperação judicial, cumpre-nos, em breves linhas, fazer algumas considerações no âmbito da teoria geral do processo.

A atividade processual do juiz pode ser dividida em atos processuais decisórios e não decisórios. Enquanto os primeiros exprimem comandos, verifica-se que os atos não decisórios tem mera função administrativa.⁷ Os atos decisórios estão elencados no art. 162 do CPC que os classifica em (a) sentença, (b) decisão interlocutória e (c) despachos. As sentenças são os atos do juiz que implicam em alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269. Assim, por meio das sentenças, o juiz extingue o processo sem solução (sentenças terminativas) ou com solução de seu mérito (sentenças definitivas). Na lição de Humberto Theodoro Jr., “se o ato tem como fim encerrar o debate acerca da pretensão que constitui o objeto da causa, tem-se sentença”.⁸

O instrumento utilizado para discutir a sentença é o recurso de apelação. Já as decisões interlocutórias, conforme dispositivo legal, são os atos pelos quais o juiz resolve questão incidente. Deve a decisão interlocutória por disposição

7 Nesta linha, THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 257 e ss. v.1.

8 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 260. v.1.

constitucional ser fundamentada. Desafiam as decisões interlocutórias o recurso de agravo. Por sua vez os despachos são todos os demais atos praticados pelo juiz no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não oferece outra forma. São também chamados pela doutrina de despachos ordinatórios ou despachos de mero expediente. Tais despachos têm por finalidade o impulso processual, sem causar dano às partes. Vale desde já indicar que de despachos não cabe recurso algum.

A natureza jurídica do ato judicial que defere o processamento da recuperação judicial não é pacífica e há 3 (três) correntes para defini-la: há os que defendem tratar-se de despacho de mero expediente, autores que defendem ser tal ato decisão interlocutória e, por fim, autores que tratam tal manifestação como sentença.

6.1 Despacho de mero expediente

Há autores como Sergio Campinho que defendem que o ato judicial que defere o processamento da recuperação judicial é um despacho de mero expediente. Em análise da natureza jurídica do ato judicial e comparando-o com a legislação anterior, Sergio Campinho classifica tal ato como despacho de mero expediente:

Vê-se que o conteúdo do ato judicial a que o art. 52, da Lei n. 11.105/2005, se refere é bastante parecido e visa à semelhante objetivo. Embora o texto atual não se utilize da palavra “despacho”, cremos ser essa a natureza jurídica do ato que defere o processamento da recuperação judicial. É um despacho de mero expediente. Ainda que esse despacho tenha um viés decisório, o seu conteúdo vem definido e limitado em lei, dele não se podendo fugir ou inovar.⁹

O fato de tal manifestação judicial ter conteúdo restrito ao disposto em lei é utilizado como argumento por aqueles que defendem que este ato tem apenas a função de impulsionar o processo, sem nada decidir, não se tratando, assim, de decisão interlocutória.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos seus primeiros anos, também entendia ser este ato do juiz um despacho de mero expediente:

Recuperação Judicial. Pronunciamento judicial que apenas defere o processamento. Agravo de instrumento que ataca o deferimento do processamento, sob o argumento de que o juízo é incompetente, as agravadas não exercem suas atividades com probidade, a petição

⁹ CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.140.

inicial não está instruída com os documentos exigidos pelo artigo 51, incisos III e IX da Lei n. 11.101/2005. Agravo não conhecido, com recomendação para o juízo examinar a questão da competência é funcional e absoluta. *O ato que apenas defere o processamento da recuperação judicial tem a natureza de despacho de mero expediente, mercê do que é irrecurável.* (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Ap. n. 533.546.4/8-00/Itu. Des. Pereira Calças, j. 31/10/2007) (grifo nosso).

Como reflexo da decisão acerca da natureza jurídica do ato judicial que defere o processamento da recuperação judicial, surge também a discussão acerca da sua recorribilidade e qual o recurso aplicável.

O fato de a LREF não prever recursos não significa que não poderá haver recursos. Ora, o art. 189 respalda a possibilidade de utilização das medidas recursais do processo civil em caráter geral.

Na lei anterior muito se discutiu sobre a possibilidade de recurso de tal decisão; sendo considerada pela maioria da doutrina como despacho de mero expediente, não caberia recurso. Tal discussão foi pacificada com a edição da Súmula n. 264 do STJ, que assim dispõe: “E irrecurável o ato judicial que apenas manda processar a concordata preventiva”.

Autores como Sergio Campinho, que defendem ser tal decisão simples despacho, são da opinião de que a mesma recorribilidade da decisão que manda processar a concordata preventiva se aplica à recuperação judicial. Assim:

parece-nos que a mesma conclusão deve ser confirmada para o ato do juiz que determina o processamento da recuperação judicial, porque, como sustentamos no item anterior, sua natureza é a de despacho de mero expediente, cujo conteúdo é por lei definido, funcionando apenas como medida necessária a assegurar o movimento regular do processo. É dessa feita, irrecurável.¹⁰

Ainda, caso se entenda que tem a natureza de despacho tal manifestação, nos termos do CPC, não será possível dela decorrer, como já anteriormente indicado.

Na ementa do acórdão acima trazido sobre a natureza deste ato judicial, nota-se que o tribunal paulista também entendia ser irrecurável tal decisão. Adiante examinaremos o posicionamento atual. Em recente decisão do tribunal mineiro, nota-se que o entendimento de ser tal manifestação um despacho e assim irrecurável se mantém:

10 CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa*, p.141-142.

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Deferimento do pedido de processamento. Despacho irrecorrível. Recurso não conhecido. Assemelhando-se às disposições do artigo 161, parágrafo primeiro do Decreto Lei n. 7.661/45 com as do artigo 52 da Lei n. 11.101/05, deve-se ter por irrecorrível o despacho que defere o pedido de processamento da recuperação judicial, dando marcha ao processo, sem especificamente envolver decisão sobre o problema jurídico instaurado nos autos, privilegiando-se assim a Súmula n. 264 do STJ. (TJMG, 8ª. Câmara Cível, AI n. 1.0024.09.640324-1/001/Belo Horizonte, rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 11.02.2010).

6.2 Decisão interlocutória

Em que pesem as argumentações acima transcritas e considerando as diversas questões que surgem a partir do momento do deferimento do procedimento de recuperação judicial, quer-nos parecer mais acertada a interpretação de que tais atos do juiz devam ser classificados como decisões interlocutórias.

Autores como Fábio Ulhoa Coelho, embora não expressem literalmente que tais manifestações são decisões interlocutórias, permitem tal interpretação, como da leitura do excerto que segue:

Estando em termos a documentação exigida para a instrução da petição inicial, o juiz proferirá o despacho mandando processar a recuperação judicial. Note-se que esse despacho, cujos efeitos são mais amplos que os da distribuição do pedido, não se confunde com a ordem de autuação ou outros despachos de mero expediente.¹¹

Parece-nos ser esta a corrente mais acertada, em linha com os dispositivos do Código de Processo Civil. Por meio desta manifestação, decide o juiz questão incidente; tal ato outorga ao devedor a possibilidade de ter seu pedido de recuperação judicial analisado pelo judiciário e, sobretudo, pelos credores.

Ainda, em tal ato, além de deferir o processamento, deve o juiz determinar certos feitos (como por exemplo proceder a nomeação de administrador judicial). O simples deferimento não fará o processo seguir, certas decisões devem ser tomadas. Assim, refuta-se claramente a ideia de que essa manifestação tem finalidade apenas de dar impulso ao processo; mais que isso, pretende-se que questões sejam consideradas, analisadas.

11 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101, de 9/2/2005*, p. 153.

É importante notar que o TJSP, que, por anos, adotou a teoria do despacho para a natureza jurídica da decisão de deferimento do pedido de recuperação judicial, mudou recentemente seu entendimento; interpreta tal ato como decisão interlocutória, que pode, por consequência, ser desafiada pelo recurso do agravo. Vejamos:

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Pronunciamento judicial que apenas defere o processamento da recuperação judicial. Recurso pretendendo a revogação do deferimento, sob a alegação central de não exercício regular da atividade empresária pela recuperanda há mais de dois anos no momento do pedido. *Ato que tem a natureza de decisão interlocutória com potencial para causar gravame aos credores e terceiros interessados, além de poder afrontar a ordem pública. Alteração do entendimento que proclamava a irrecorribilidade do ato previsto no art. 52 da Lei n. 11.101/2005. [...] Agravo conhecido e desprovido, mantida a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI. n. 604.160.4/8-00/São Paulo. Des. Pereira Calças, j. 04/03/2009). (Grifos nossos).*

Em manifestação do Superior Tribunal de Justiça, em 18 de março de 2008, o ministro Fernando Gonçalves admitiu a recorribilidade da decisão que apenas defere o processamento da recuperação, ao assim se manifestar, após transcrição de doutrina sobre requisitos do processamento do pedido de recuperação judicial, conforme lição de Fabio Ulhoa Coelho:

Da análise do texto acima transcrito é possível chegar à conclusão de que na fase postulatória é analisada a legitimidade ativa da empresa para a recuperação judicial, enquanto na fase deliberativa é apurada a viabilidade econômica do benefício. Nesse contexto, os recursos questionando a condição de sociedade empresária requerente do benefício, bem como a ausência de certidão de sua regularidade junto ao Registro Público de Empresas devem ser tirados contra decisão que defere o processamento da recuperação judicial.¹²

E, após a primeira decisão transcrita acima sobre a mudança de posicionamento e com o respaldo do STJ, continua o tribunal paulista a reconhecer a recorribilidade da decisão que defere o pedido de processamento da recuperação judicial:

Agravos de instrumento. Recuperação judicial. Pedido formulado por produtor rural não inscrito na Junta Comercial. Conhecimento de agravo tirado contra decisão que defere o processamento de

12 RESp. n. 1.004.910 – RJ (2007/026591-9), p.8.

recuperação judicial. Decisão que reconhece que o produtor rural é empresário rural inscrito no CNPJ e tem legitimidade para requerer a recuperação. Precedente do STJ que admite a recorribilidade da decisão que examina a legitimidade ativa do requerente da recuperação judicial. [...]. Agravos conhecidos e providos para reformar a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial. Extinção do processo de recuperação judicial, sem resolução de mérito, com base no art. 267, I, do CPC. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI. n. 647.811-4/4-00 e 648.198-4/2-00/ Palmital. Des. Pereira Calças, j. 15/09/2009).

6.3 Sentença

Quanto à natureza jurídica do ato que defere o processamento da recuperação judicial, para finalizar, cumpre-nos informar que há também interpretação de que tal manifestação se trata em verdade uma sentença. Assim entendem as professoras Vera Helena Mello Franco e Rachel Sztajn que, ao enfrentarem brevemente aspectos relacionados ao pedido de recuperação, assim dizem:

Completa o conjunto de medidas resultantes da sentença concedendo a recuperação judicial a sua notícia para o Ministério Público e Fazendas da União, Estados e Municípios, e a remessa para publicação mediante edital que contenha os requisitos exarados na norma do parágrafo primeiro deste artigo (art. 51). A finalidade é levar ao conhecimento dos credores atingidos, e ainda inscientes, a notícia da concessão da medida e o prazo que terão para, eventualmente, habilitarem seus créditos e, se quiserem, constituir o comitê de credores.¹³

Parece-nos da leitura do acórdão em questão que este também é o entendimento do magistrado que analisou a recuperação judicial da Mandamentos, pois há menção à sentença de deferimento do processamento de recuperação judicial.

Em pesquisa de jurisprudência realizada, foi possível encontrar acórdão que, apesar de não ter por objeto principal a natureza jurídica deste ato, como sentença a ele fez menção, conforme segue:

Agravo regimental. Agravo de instrumento interposto contra sentença que defere o processamento de recuperação judicial. Decisão do relator que indefere o efeito suspensivo ou defere, em antecipação de tutela,

13 FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparações com as posições do direito europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 244.

a pretensão recursal (art. 527, III, do CPC). Interposição de agravo regimental. Decisão irrecurável. Inteligência do artigo 527, parágrafo único, do CPC. Agravo regimental não conhecido. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Ag. Reg. em AI. n. 643.796.4/7-01/São Paulo. Des. Pereira Calças) (Grifo nosso).

Cumpramos finalizar este tópico informando que, em obediência ao Código de Processo Civil, se for do entendimento de que tal ato judicial tem natureza de sentença, o recurso apropriado para desafiá-lo será o recurso de apelação.

7 O ato de indeferimento do pedido de processamento de recuperação judicial e a sua recorribilidade

Qual a natureza jurídica do ato que indefere o pedido de recuperação judicial? O ato que indefere o pedido de recuperação judicial pode trazer manifestação do juiz para que o devedor emende sua petição inicial e complete a documentação (e aí tem-se uma decisão interlocutória) ou simplesmente extinguir o feito, com ou sem julgamento de mérito, caso em que teremos uma sentença.

Na hipótese de ausência da totalidade dos documentos indicados pela lei para instruir a petição inicial, o juiz deverá determinar que o devedor a emende no prazo de 10 (dez) dias, conforme artigo 284 do CPC. Tal prazo, entretanto, não é peremptório, mas dilatatório, podendo o juiz fixar prazo que entender pertinente.

Em análise comparativa feita por Sérgio Campinho sobre a natureza jurídica do ato que defere para o ato que indefere a recuperação judicial, coloca o autor que:

Diferentemente será aquele ato do juiz que denegar o processamento da recuperação, indeferindo o pedido do devedor, seja porque não é legitimado para fazê-lo, seja porque não atende às condições do artigo 48, ou, ainda, por apresentar seu requerimento com instrução deficiente, após instado a corrigi-lo pelo juiz, desatendendo o comando do art. 51. Nas hipóteses, o magistrado extinguirá o processo sem a análise de seu mérito. Da decisão caberá apelação do devedor.¹⁴

Este tem sido o entendimento dos tribunais acerca do indeferimento por instrução insuficiente:

Recuperação Judicial. Petição inicial que não atende os requisitos do artigo 51 da Lei n. 11.101/2005. Concessão pelo magistrado de

¹⁴ CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa*, p.142.

diversas oportunidades para complementação da documentação, sem que passados mais de um ano do pedido, haja atendimento pelo requerente. Indeferimento do processamento. Decisão mantida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Inexistência de maltrato ao princípio da isonomia. Recurso desprovido. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Ap. n.504.105.4/9-00/Brotas. Des. Pereira Calças, j. 31.10.2007).

Há doutrina no sentido de que o indeferimento do pedido de processamento da recuperação judicial concede ao magistrado a possibilidade de decretação da falência, como nos ensina Paulo Sergio Restiffé:

Não atendendo ao pedido do devedor, seja porque o pedido não está formulado nos termos da lei, seja porque não veio instruído devidamente, seja porque a fraude está inequivocamente caracterizada, o juiz, de ofício, pode – e não deve, frise-se bem – se a fala não for sanável, nos moldes do art. 284 do CPC, decretar a sua falência¹⁵.

Na mesma linha segue Fábio Ulhoa Coelho:

Em princípio, o devedor não tem interesse no retardamento da fase postulatória, na medida em que ele começa a usufruir mesmo dos benefícios do instituto apenas após o despacho de processamento da recuperação judicial. Mas se o juiz considerar que o requerente está deliberadamente procrastinando o feito, poderá fixar-lhe prazo peremptório para a adequada instrução do pedido, advertindo-o de que decretará a falência na hipótese de descumprimento.¹⁶

Uma possível explicação para a possibilidade de falência no caso de indeferimento do pedido pode estar na análise do diploma anterior que tratava de falências, pois estabelecia que, se não estivesse em termos o pedido de concordata, seria decretada a falência.

Considerando que a decretação da falência ou a convolação em recuperação judicial tem previsão legal expressa e caráter sancionador, não nos parece ser possível ao juiz, ao indeferir o processamento da recuperação judicial, decretar a falência. Admite-se a falência apenas nas situações estabelecidas em lei.

15 RESTIFFE, Paulo Sergio. Despacho liminar na ação de recuperação judicial de empresas. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 29, p. 91-92, 2005.

16 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: lei nº 11.101, de 9/2/2005*, p. 151.

À luz do princípio da preservação da empresa e da não possibilidade de o juiz analisar os aspectos econômicos do devedor no atual sistema da recuperação judicial, papel que cabe aos credores, também não nos parece ser possível esta hipótese de decretação de falência.

Ainda que tal possibilidade houvesse, parece-nos que não foi a intenção do legislador permitir ao juiz, neste momento, a possibilidade de decretação de quebra do devedor. Neste sentido, ensina-nos Manoel Justino Bezerra Filho:

A Lei optou por abandonar o sistema que estava mantendo até as últimas versões do projeto, que previa que, se não deferido o processamento, seria decretada a falência do devedor. Havia nas redações anteriores um inciso V no art. 73 que estipulava que, “se o juiz julgar improcedente o pedido inicial, por qualquer motivo, decretará a falência”. Este inciso foi suprimido, de tal forma que o pedido inicial, se não estiver em termos, será indeferido, sem que haja o decreto de falência, ao contrário do que ocorria na lei anterior.¹⁷

Parece-nos ser este um posicionamento acertado, da não decretação da falência no caso de indeferimento do pedido de processamento da recuperação judicial, pois sob a égide da legislação anterior, em que havia tal previsão legal, induziu-se a bancarrota devedores viáveis e que podiam produzir regularmente.

Reforça a argumentação da doutrina acima posta a completa lição de Jorge Lobo sobre o ato de processamento:

Se a petição inicial preencher os requisitos do art. 282 do CPC, e estiver instruída com os documentos essenciais especificados no art. 51 da LRE, conforme exposto nos comentários ao art. 51, itens 2.1 a 2.5, o juiz proferirá despacho de processamento da recuperação (art. 52, *caput*); caso contrário, mandará que o devedor “a emende ou a complete” (CPC, art. 284) ou a instrua com os documentos essenciais que faltarem, especificados no art. 51, sob pena de indeferimento da petição inicial (CPC, art. 284, parágrafo único), sendo vedado ao juiz decretar, de ofício, a quebra, a uma por não estar prevista em lei; a duas, porque o devedor poderá desistir da ação antes do despacho de processamento (art. 52, parágrafo quarto, *a contrario sensu*) e, até mesmo, após este despacho de processamento, se obtiver a aprovação da assembleia geral de credores (art. 52, parágrafo quarto); a três, porque a declaração de falência é prevista somente nas hipóteses taxativas: a) se o plano não for apresentado no prazo improrrogável de sessenta dias da publicação que deferir o processamento da ação

17 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.120.

(art. 53); b) se o plano for rejeitado (art. 56, parágrafo quarto); c) se não forem cumpridas as obrigações assumidas no plano (arts. 61, parágrafo primeiro, e 62); e d) por deliberação da assembleia geral (art. 73, I).¹⁸

Neste sentido, trazemos acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que reformou decisão de primeiro grau que determinou a falência de sociedade ao analisar o pedido de processamento de recuperação judicial. Nota-se que tal decisão não tratou da questão de serem as hipóteses de falências “*numerus clausus*”. Entretanto, bem demonstrada restou a preocupação do legislador com o princípio da preservação da empresa e também com a possibilidade de eventual saneamento dos autos:

Processual Civil. Recuperação Judicial. Objetivo primordial. Decretação antecipada da falência por alegado não cumprimento de requisitos anteriores ao plano de recuperação. Lei n. 11.101/2005. Escopo de privilegiar a recuperação judicial em relação à falência. Ausência de requisitos insanáveis. Necessidade de oportunizar, no caso concreto, o saneamento. Recurso provido. A doutrina e a jurisprudência atuais, tendo em vista a legislação atual que rege a espécie (Lei n. 11.101/2005) são no sentido de privilegiar e dar preferência à recuperação judicial da empresa em relação à falência, que só deve ser decretada em último caso e depois de esgotados os esforços para o objetivo principal da recuperação. Se há ausência momentânea de requisitos que possam ser sanados, deve-se dar oportunidade processual extensiva para o saneamento. (TJMG, 1ª. Câmara Cível, AI n. 1.0024.08.166343-7/001-1/Belo Horizonte, rel. Des. Geraldo Augusto, j. 13/07/2010).

Já quanto aos recursos cabíveis para enfrentamento do ato de indeferimento do pedido de recuperação judicial, quer-nos parecer que, tendo em vista ter tal ato natureza terminativa, o recurso de apelação o instrumento mais adequado.

Se o ato do juiz, entretanto, não tratar do deferimento ou indeferimento do pedido de recuperação judicial e apenas solicitar documentação adicional, parece-nos ser mais apropriado, àquele que discordar desta decisão, interpor agravo de instrumento, na linha do julgado que trazemos:

18 LOBO, Jorge, “Comentários ao art. 52”, In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 207.

Agravo de instrumento – Recuperação judicial – Emenda à inicial – Possibilidade. Inexiste, portanto, justificativa para que se impeça, neste momento, o prosseguimento do pedido, até porque, uma vez complementada a instrução inicial, o juízo analisará se é o caso de deferimento da recuperação judicial ou não. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI n. 660.043-4/4-00/Santo André, rel. Des. Lino Machado, j. 17/11/2009).

No caso em questão, viu-se que o desembargador Fernando Braulio entende que o recurso de agravo é o recurso próprio para atacar decisão de indeferimento do pedido de processamento, decorrente do art. 52 da Lei n. 11.101/2005.

8 Fungibilidade recursal

Embora discordemos da opinião do relator do acórdão, por entendermos que o ato que indefere o pedido de processamento tem caráter de sentença e, portanto, recorrível por apelação, tendo em vista não haver previsão legal do recurso cabível na LREF e da utilização supletiva do CPC, parece-nos ser possível aplicar o princípio da fungibilidade recursal.

Embora não haja previsão expressa no CPC¹⁹, a despeito da inexistência de regra expressa e em benefício do princípio da instrumentalidade das formas, este princípio permite a utilização de um recurso em casos que outro é cabível, desde que não seja o caso de erro grosseiro ou preclusão de prazo. Tal princípio deve nortear a parte ou o terceiro interessado que desejar se insurgirem face da decisão de deferimento do processamento ou indeferimento do processamento do pedido de recuperação judicial e não ter certeza do melhor remédio para tanto. Deve-se notar, porém, que o recurso deve ser interposto no menor prazo entre aqueles que se entendem aplicáveis.

Confirmando a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, colacionamos alguns julgados:

- Recurso. Fungibilidade recursal. Recuperação judicial. Petição inicial. Indeferimento. Apelação. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Interposição. Conhecimento. Admissibilidade. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI n. 426.678-4-4/São Carlos, rel. Des. José Roberto Lino Machado, j. 03/05/2006.

19 O Código de Processo Civil de 1939, revogado, dispunha em seu artigo 810: Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento.

- Agravo de instrumento. Pedido de recuperação judicial formulado por empresa declarada falida. Indeferimento do processamento do pedido, com extinção do processo. Decisão que tem natureza de sentença e, por isso, deve ser recorrida por apelação. Agravo de instrumento, no entanto, conhecido, com aplicação do princípio da fungibilidade recursal, eis que a LRF é recente e não prevê, expressamente, qual o recurso cabível em tal caso. No mérito, sendo a empresa falida, impõe-se o indeferimento do processamento da recuperação judicial, a teor do artigo 48, I, da Lei n. 11.101/2005. Agravo conhecido e desprovido. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI n. 511.834.4/1-00/Vinhedo, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 26/03/2008).

No caso analisado diz o acórdão que o agravo é o recurso próprio e que foi interposto no prazo de 15 (quinze) dias exigido para a interposição de apelação. Parece-nos que, mesmo sendo o agravo o recurso entendido como cabível e tendo sido interposto em prazo de apelação, o juiz o recebeu, excepcionando orientação, quanto ao prazo, com o fito de aceitar o princípio da fungibilidade recursal e acatar tal processamento.

9 Breve nota sobre a antecipação de tutela e decisões de caráter liminar em processos de recuperação judicial

À luz do princípio da preservação da empresa e tendo em vista o risco, a ser avaliado no caso concreto, de falência do devedor e sua irreversibilidade, parece-nos que bem decidiu o acórdão ao antecipar os efeitos da tutela.

Ainda, presentes circunstâncias que possam prejudicar o processamento e a obtenção das vantagens da recuperação judicial, tem entendido o tribunal paulista ser possível, antes do deferimento do processamento da recuperação judicial, antecipar seus efeitos, como se vê do acórdão abaixo transcrito, que confirmou decisão que liminarmente suspendeu as ações e execuções de pretensa recuperanda, antes do deferimento do pedido de seu processamento:

Recuperação judicial. Suspensão da exigibilidade de todas as dívidas e obrigações sujeitas a seus efeitos. Cabimento de medida liminar. Impossibilidade de rescisão automática de contrato em face do requerimento ou deferimento do processamento da recuperação judicial. Crédito não excepcionado pela lei. Recurso desprovido. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI n. 642.534-4/3/Jundiaí, rel. Des. Elliot Akel, j. 18/08/2009).

10 Outras medidas para enfrentamento da decisão de deferimento do pedido de processamento de recuperação judicial

Há doutrina que entende que qualquer credor pode objetar o deferimento da recuperação judicial. Por exemplo, pode-se alegar que o pedido foi instruído com documentos fraudulentamente confeccionados. Neste caso, a depender da interpretação acerca da natureza do ato judicial que defere o processamento da recuperação judicial, pode-se apresentar petição para objetar o ato perante o juízo de primeiro grau (se a interpretação for no sentido de que o ato é simples despacho) ou agravo de instrumento (se decisão interlocutória).

Outra interpretação, ainda, deriva de tal objeção à luz da natureza jurídica do ato: se despacho, pode o interessado, a qualquer momento (sem a fixação de prazo máximo para tanto) apresentar este pedido. Não há que se falar em preclusão. Já se a interpretação for de que temos uma decisão interlocutória, o prazo legal para propositura de agravo de instrumento deve ser observado.

Na lição de Jorge Lobo, podem, ainda, os credores, oferecer contestação, em razão do direito assegurado pela Constituição Federal (art. 5, XXXIV, a XXXV e LV), se entenderem, por exemplo, que o autor carece de legitimidade ativa ou falta de documentos na exordial. Assim ensina o autor:

A contestação deverá ser apresentada no prazo de quinze dias, contado da publicação do edital contendo a decisão que deferir o processamento da ação (art. 52, parágrafo primeiro), prosseguindo-se na forma do CPC, conforme dispõe o art. 189 da LRE, até a decisão final, a qual, se acolher a contestação, cassará o despacho de processamento e anulará todos os atos processuais até então praticados, sem, entretanto, decretar a falência, visto que o art. 73 da LRE é *numerus clausus*²⁰

Ainda, aproveitamos a oportunidade para trazer interessante acórdão que analisou agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público contra decisão que deferiu o processamento do pedido de recuperação judicial e que confirma:

- a. a possibilidade de sua recorribilidade,
- b. traz a limitação do poder do juiz – legitimidade ativa e instrução em termos da inicial;

20 LOBO, Jorge. LOBO, Jorge, “Comentários ao art. 52”, In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, Op. cit., p.205.

c. trata da não possibilidade de decretação da falência se não deferido o pedido de processamento; e,
d. como questão incidental e não principal para o exame do acórdão do TJMG, admite a possibilidade de terceiro interessado (neste caso o Ministério Público) insurgir-se face a decisão.

Recuperação judicial. Decisão que apenas defere o processamento da recuperação judicial. Agravo interposto pelo Ministério Público, pretendendo a revogação da decisão e o decreto da falência das empresas-requerentes. Recurso conhecido. Inaplicabilidade da Súmula 264 do STJ. Inteligência do art. 52 da Lei n. 11.101/2005. Despacho que não tem natureza de mero expediente. Verificada a legitimidade e estando em termos a petição inicial, o juiz deve deferir o processamento da recuperação. O exame da documentação que instrui a inicial é formal e não material ou real. A eventual prática de ilícitos civis ou criminais por administradores de sociedade anônima não obstaculiza o processamento da recuperação judicial. Havendo indícios da prática de crimes pelos administradores da companhia, compete ao Ministério Público tomar as medidas processuais e penais pertinentes. Princípio constitucional da presunção de inocência. A irrecuperabilidade real da empresa ou a inviabilidade econômica da recuperação não pode fundamentar recurso contra o deferimento do processamento da recuperação judicial. O indeferimento do processamento da recuperação judicial não acarreta o decreto de falência da requerente. Agravo conhecido e desprovido. (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, AI n. 612.654.4/6-00/São Paulo, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 18.08.2009).

11 Considerações finais

A manifestação do juiz sobre o pedido de processamento da recuperação judicial deve levar em consideração apenas os aspectos elencados nos arts. 48 e 51 e o cabe ao juiz tomar as providências indicadas no art. 52. Da análise dos julgados verifica-se vedação à análise de mérito e formulação de pedidos não constantes da lei.

Neste caso específico houve a quebra da sociedade após mais de dois anos do início do processo de recuperação judicial. Será que o magistrado não vislumbrou que este seria o término da história e, por isso, indeferiu o pedido de recuperação? Parece-nos ser o caso de permitir ao juiz de primeiro grau uma certa flexibilização em tal análise.

Não se trata de possibilitar a decretação da quebra do devedor, mas minimamente de tentar, à luz do princípio da preservação da empresa, salvá-la do mau empresário. O ato do juiz que defere o pedido de processamento de

recuperação judicial é despacho interlocutório e, portanto, cabe agravo. O ato do juiz que indefere o pedido de processamento de recuperação judicial é sentença e, portanto, cabe apelação. Caso haja dúvida acerca da natureza do ato e recurso cabível poderá ser arguido o princípio da fungibilidade recursal.

Por fim, cumpre esclarecer que, tendo em vista que houve o deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial antes mesmo do julgamento do recurso, este restou prejudicado.

Referências

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Jurisprudência da nova lei de recuperação de empresas e falências*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMPINHO, Sergio. *Falência e recuperação de empresa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. vol 3.

_____. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas: (lei nº 11.101, de 9-2-2005)*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto. *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coords.). *Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Salvador: Editora Jus Podium, 2009. vol. 3.

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparações com as Posições do Direito Europeu*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. “Do despacho de processamento da recuperação judicial de empresas na nova lei n. 11.101/2005. Cabe recurso?” *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Malheiros, n. 146, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

IMHOE, Cristiano. *Lei de falências e de recuperação de empresas e sua interpretação jurisprudencial – Anotado artigo por artigo*. Conceito Editorial, 2009.

MANDEL, Julio Kahan. “Da convalidação da recuperação judicial em falência”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, n. 36, 2007

MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Anotações sobre os limites do poder jurisdicional” *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo: RT, n. 36, 2007.

PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). *Direito falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Recuperação de empresas*. São Paulo: Manole, 2008.

_____. “Despacho liminar na ação de recuperação judicial de empresas”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 29, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA, Daniel Adensohn. “A recuperação judicial: disposições gerais, pedido e processamento”, *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Malheiros, n. 147, 2007.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. Lei 11.101/2005 – artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEBET, Ramez. *Relatório sobre o Projeto de Lei da Câmara*, n. 71, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.vol. 11.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coords.). 4. ed. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANEXO I:

Número do processo: 1.0024.07.543139-5/001(1) Numeração Única: 5431395-04.2007.8.13.0024

Relator: FERNANDO BRÁULIO

Relator do Acórdão: FERNANDO BRÁULIO

Data do Julgamento: 15/05/2008

Data da Publicação: 25/06/2009

Inteiro Teor:

EMENTA: PEDIDO DE PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INDEFERIMENTO. RECURSO CABÍVEL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DETERMINAÇÃO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - O ato que efetuou o processamento da recuperação judicial, pelo que se infere do art. 52 da Lei nº 11.101/05, é decisão interlocutória, que desafia o recurso de agravo de instrumento. - Preenchidos os requisitos legais de legitimidade ativa e adequada instrução do pedido de recuperação judicial, impõe-se o seu processamento nos termos dos arts. 48, 51, 52, 53, 70 e 71, da Lei nº 11.101/2005.

AGRAVO Nº 1.0024.07.543139-5/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): LIVRARIA MANDAMENTOS EDITORA LTDA - RELATOR: EXMO. SR. DES. FERNANDO BRÁULIO
ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na

conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de maio de 2008.

DES. FERNANDO BRÁULIO - Relator

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. FERNANDO BRÁULIO:

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação de tutela, interposto por LIVRARIA MANDAMENTOS EDITORA LTDA. contra a decisão de fls. 277/280-TJ, que indeferiu o processamento da recuperação judicial requerida pela agravante.

Entendeu o douto magistrado primevo que, para o processamento da recuperação judicial, “torna-se imprescindível que a sociedade empresária demonstre, já inicialmente, a capacidade técnica e econômica de se organizar, com vistas ao efetivo cumprimento da faculdade que lhe é legalmente outorgada”.

Concedi a antecipação da tutela recursal, nos termos do art. 527, II, do Código de Processo Civil, para determinar o processamento da recuperação judicial da empresa agravante até julgamento final do presente agravo de instrumento (fls. 287-TJ).

Informações prestadas pelo MM. Juiz de 1ª instância às fls. 292/294-TJ.

A agravante informou às fls. 299-304-TJ que o douto magistrado primevo sentenciou no processo principal, deferindo o processamento da recuperação judicial da recorrente, com o trânsito em julgado sem interposição de recurso, conforme certidão de fls. 301-TJ.

Parecer do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Márcio Luís Chila Freyesleben, pela manutenção da decisão agravada.

Primeiramente, cumpre examinar o cabimento ou não do agravo de instrumento contra a decisão de fls. 277/280-TJ, que indeferiu o processamento da recuperação judicial requerida pela LIVRARIA MANDAMENTOS EDITORA LTDA. - EPP.

Na recuperação judicial, o poder do juiz se limita a deferir o processamento sem julgá-lo quanto ao mérito. O ato judicial que decide o pedido de recuperação judicial pelo que se infere do art. 52, da Lei nº 11.101/05, é agravável:

“Determinar o processamento da recuperação” - ensina Waldo Fazzio Júnior, em lição transcrita na petição de agravo - não significa deferimento do pedido. É o marco inicial do exame do pedido de recuperação judicial efetuado pelo devedor. Em outras palavras, o despacho de processamento inaugura o procedimento verificatório da viabilidade da proposta ... (fls. 41-TJ).

O agravo é, portanto, recurso próprio.

A decisão de fls. 277/280-TJ foi publicada no “Minas Gerais” do dia 10/07/07. Portanto, a interposição do presente recurso ocorreu no prazo de 15 (quinze) dias exigido para a interposição de apelação.

Por tais razões, conheço do presente agravo.

A Lei nº 11.101/05 criou o instituto da Recuperação Judicial, que poderá ser requerida pelo devedor, nos termos do art. 48, visando a manutenção da empresa e, conseqüentemente, dos empregos, e até mesmo resguardar os interesses dos credores.

Conforme fundamentação constante da decisão por mim proferida às fls. 287-TJ, verifico que, com os documentos de fls. 51/274-TJ, a recorrente preencheu os requisitos legais para o processamento do pedido de recuperação judicial, não sendo adequado o momento para emitir juízo de valor sobre a sua possibilidade ou não de soerguimento, vez que, para tanto, torna-se imprescindível a apresentação do plano de recuperação, conforme arts. 53 e 71, da Lei nº 11.101/05.

A propósito, estes os comentários de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery aos artigos 51 e 52 da Lei nº 11.101/2005 (in *Leis Civis Comentadas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 440/441):

“3. Causas da crise. As causas expostas devem apresentar uma correlação lógica com as medidas propostas para solucioná-las. O juiz não entrará no mérito das razões expostas para deferir o processamento da recuperação judicial, mas uma exposição detalhada pode auxiliar no convencimento dos credores em aprovar o plano. Nesse sentido, Coelho, *Coment. LF*, p. 146).”

“2. Despacho de processamento. ‘O pedido de tramitação é acolhido no despacho de processamento, em vista apenas de dois fatores - a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. Ainda não está definido, porém, que a empresa do devedor é viável e, portanto, que ele tem o direito ao benefício. Só a tramitação do processo, ao longo da fase deliberativa, fornecerá os elementos para a concessão da recuperação judicial’ (Coelho, *Coment. LF*, p. 154/155).”

O MM. Juiz a quo entendeu que a recorrente instruiu adequadamente o seu pedido de processamento de recuperação judicial, preenchendo os requisitos subjetivos previstos pelos artigos 48 e 51 da Lei de Falências (fl. 278-TJ).

Vislumbro, também, a legitimidade ativa da requerente, nos termos dos artigos 48 e 70 da Lei de Falências.

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO E DOU PROVIMENTO,

Custas pela agravante.

A SR^a. DES^a. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO:

VOTO

Acompanho o voto proferido pelo eminente Desembargador Relator, levando em consideração, por ora, a necessidade de se privilegiar a tentativa de recuperação da empresa, reservando-me, contudo, a oportunidade de um exame mais acurado sobre o assunto.

O SR. DES. FERNANDO BOTELHO:

VOTO

De acordo.

SÚMULA : DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AGRAVO Nº 1.0024.07.543139-5/001

ENTREVISTA

Desigualdade aumenta após explosão de crescimento

Entrevista concedida pelo economista e professor James Galbraith, ao jornalista Sílio Boccanera, para o programa Milênio¹, da Globo News.

Desigualdade tornou-se um tópico de preocupação, pesquisa e estudos de muitos economistas, com atração maior entre os profissionais de inclinação ideológica mais de centro para a esquerda. São os que tendem a se abalar com as diferenças crescentes entre ricos e pobres. Fenômenos que os de centro-direita se inclinam a aceitar como resultado natural da competitividade do mercado. Alguns nessa categoria insinuam até que os mais pobres merecem sua condição porque não se esforçaram para avançar na sociedade. Essa é uma posição popular entre a ala mais conservadora do Partido Republicano nos Estados Unidos, representada por Paul Ryan, companheira de chapa do candidato presidencial Mitt Romney, ele mesmo alvo da acusação de pensar da mesma forma. A preocupação com desigualdade social atrai uma quantidade crescente de estudos não só pelo que o tema representa do ponto de vista moral, como ofensa a um senso de justiça, mas também pelo impacto que provoca no bem estar da sociedade como um todo, seja desagregação, problemas de saúde e educação, confronto entre classes sociais, criminalidade. Esse é o tema de estudo do economista americano James Galbraith. Sim, o sobrenome é inconfundível e refere-se ao falecido pai dele, John Kenneth, igualmente formado na Universidade de Harvard e também seguidor de uma visão da economia onde o Estado tenha um papel significativo e mantenha uma regulamentação eficiente do mercado na proteção dos menos favorecidos e em busca de menor desigualdade na sociedade. Galbraith Filho estudou ainda em Yale e Cambridge. Hoje dá aulas na Universidade do Texas.

Sílio Boccanera: Seu livro diz que a desigualdade pode levar à instabilidade. Como essas duas questões estão relacionadas? Há uma relação direta ou forte?

James Galbraith:

Eu achei interessante tratar a questão nesses termos, dizer que medir a desigualdade é semelhante a medir a pressão arterial nos seres humanos. E uma subida vertiginosa na desigualdade é sinal de que teremos problemas, assim como

¹ O Milênio é um programa de entrevistas, que vai ao ar pelo canal de televisão por assinatura Globo News às 23h30 de segunda-feira, com repetições às 3h30, 11h30 e 17h30.

uma subida vertiginosa na pressão arterial é sinal de que você terá problemas. Na verdade, pode haver um momento de prosperidade aparente, como aconteceu nos EUA no final dos anos 1990, quando houve um aumento rápido na desigualdade como resultado do *boom* na indústria de informática e tecnologia. Mas foi um fenômeno temporário, que culminou em uma quebra.

Silio Boccanera: Todos já ouvimos o velho clichê: os ricos ficam mais ricos, os pobres ficam mais pobres. Isso não é uma tendência em toda parte? Não é assim independente de onde se esteja?

James Galbraith:

Nem sempre. Na verdade, uma das coisas que mostro em um capítulo do meu livro é que houve um declínio substancial na desigualdade no Brasil e em outros países da América do Sul, especialmente na Argentina, desde a crise do início da última década. As políticas de governo que o Brasil têm adotado nos últimos 12, 16 anos implementaram uma expansão de programas direcionados aos pobres e consolidaram a classe média. Além disso, a parcela da renda do setor financeiro tem diminuído, bem como a desigualdade.

Silio Boccanera: O que você concluiu — se puder separar as duas coisas — que é mais fácil ajudar os pobres ou segurar os ricos? Ou é preciso atacar nas duas frentes?

James Galbraith:

É preciso, basicamente, fazer as duas coisas. Vamos analisar o exemplo dos Estados Unidos no início dos anos 1980, quando se aumentaram os impostos sobre os ricos, mas também se diminuiu a pobreza. As duas coisas eram parte do mesmo processo, porque, se você reduz a contribuição de pessoas de renda alta, você cria condições políticas em que é muito difícil construir e manter uma classe média.

Silio Boccanera: O que nos leva a perguntar qual é o papel do Estado nisso. Até que ponto o Estado interfere para tentar ser mais igualitário? Ele taxa mais, controla mais?

James Galbraith:

A responsabilidade do setor público é atuar como uma força estabilizadora. Ele não existe para eliminar a desigualdade, é claro, mas para moderá-la. E essa é uma função importante, que, de tempos em tempos, pode ser atacada e efetivamente subvertida, quando uma sociedade estiver tendo problemas.

Silio Boccanera: Há momentos específicos no ciclo dos negócios, no caminho de uma economia, em que as desigualdades tendem a aumentar?

James Galbraith:

Há. Elas tendem a aumentar nas fases finais de uma explosão de crescimento. Mais uma vez, isso foi visto claramente nos EUA, após crescimento liderados pelo setor financeiro, pelo aumento no crédito. Nessas situações, há um crescimento enorme da renda de duas classes de pessoas no alto da pirâmide: as que dirigem o setor financeiro — os banqueiros tendem a se dar muito bem — e as indústrias ou setores que eles apoiam naquele momento. No final da década de 1990, foi a indústria da informática. Em meados da década de 2000, foi o setor militar, claro, que também contava com um grande apoio do governo. No final da década de 2000, antes da crise, o setor imobiliário.

Silio Boccanera: Antes os CEOs das grandes empresas ganhavam 30 vezes mais do que seus operários. Hoje em dia, eles ganham 300 vezes mais. O que mudou tão de repente?

James Galbraith:

Esse é um fenômeno muito peculiar. É preciso ter em mente que o número de CEOs é muito pequeno. Temos a lista das 500 maiores empresas da *Fortune*, então são apenas 500 CEOs. Mas o que buscamos analisar é o efeito da remuneração dos CEOs, que está profundamente enraizada no mercado de ações, sendo composta por opções de ações, e o valor dessas opções depende fortemente do preço das ações da empresa. Então, nos períodos de alta no mercado de ações, a remuneração dos CEOs aumenta muito. Ela também cai nos momentos de quebra na bolsa. Ela está intimamente relacionada com o valor das ações de um número bem pequeno de grandes corporações.

Silio Boccanera: A desigualdade significa necessariamente mais pobreza? É possível os ricos serem mais ricos, e os pobres, menos pobres ao mesmo tempo, mas em taxas diferentes?

James Galbraith:

Não ao mesmo tempo. O que nós observamos com muita frequência é que a desigualdade aumenta durante a explosão de crescimento. E isso porque a renda é composta pela soma da remuneração do trabalho e do capital, e, para os que estão lá no alto, o valor dos ativos de capital aumenta exponencialmente. É por isso que tomo o cuidado de não dizer que o aumento da desigualdade constitui, necessariamente, um sinal de perigo. Ele não quer dizer, necessariamente, que a pobreza está crescendo naquele momento específico. É um sinal de que haverá problemas mais à frente, é um sinal de que há um processo em marcha que não poderá se sustentar.

Silio Boccanera: A desigualdade é uma consequência inevitável do sistema econômico, do sistema capitalista?

James Galbraith: Certamente.

Silio Boccanera: Com base na premissa de que ele incentiva a desigualdade.

James Galbraith:

É claro que é uma consequência. E alguma taxa de desigualdade é absolutamente essencial para criar motivação e para distinguir níveis diferentes de recompensa. O problema todo é moderá-la, mantê-la controlada. É como qualquer tipo de motor, de sistema: é preciso ter certo grau de diferença de temperatura, mas, se ela for grande demais, os materiais não terão capacidade de aguentá-la, e o motoro irá fundir. E é isso que temos observado nos EUA e no mundo no setor financeiro nos últimos 4 anos.

Silio Boccanera: Há essa expressão que descreve essa situação. É uma expressão cunhada nos EUA, mas que ganhou impacto mundial, a ideia da “política da inveja”, que os representantes da direita utilizam quando os ricos são criticados, ao dizer que essas críticas não tem fundamento, que advém do fato de eles serem ricos.

James Galbraith:

Em minha opinião, os EUA continuam sendo, basicamente um país de classe média no que diz respeito às atitudes. As instituições criadas no New Deal e na Great Society continuam a funcionar. Elas estão sob pressão, mas continuam a funcionar. Por isso eu acho que ainda estamos em um estágio em que o futuro ainda deve ser determinado.

Silio Boccanera — O debate ideológico nos EUA parece estar mais polarizado, mais radicalizado. A direita, a extrema-direita do Partido Republicano chega a chamar o atual governo de “socialista”, o que intriga o resto do mundo, que vê o socialismo como algo totalmente diferente. Qual é a força e a influência desses grupos? Eles estão impedindo os avanços?

James Galbraith:

Bem, a ala direitista do Partido Republicano agora controla a Câmara dos Deputados e, assim, tem um poder enorme nos Estados Unidos. Ela ainda não controla o Senado, muito embora, após a próxima eleição, é bem possível que isso aconteça. E, no momento, ela ainda não controla a presidência. Ela já se

tornou a força dominante dentro do Partido Republicano, com uma influência substancial no ramo legislativo.

Silio Boccanera: Certamente, você deve sentir isso, como sentem os economistas que pensam como você... Assim como economistas da geração anterior, como seu pai, são chamados de “liberais”, não é surpresa que alguns grupos chamem vocês de “socialistas”. Isso acontece com você?

James Galbraith: Não.

Silio Boccanera: Eles não vão tão longe.

James Galbraith:

Eu não fui atacado... Não fui envolvido em nenhuma discussão política. Nem mesmo quando me convocaram para depor no Congresso. Não aconteceu isso.

Silio Boccanera: Eles não acham que você é muito de esquerda? Não acusam você disso?

James Galbraith;

Eu não fui acusado da nada. É interessante. Sei que acontece, mas...

Silio Boccanera: Bem, do jeito que vão as coisas, algumas pessoas estão chamando as eras Reagan e Nixon de “republicanismo moderado”, o que era difícil pensar na época.

James Galbraith:

A filha de Richard Nixon, Julie, esteve em Austin, fazendo uma palestra na minha universidade há algumas semanas, e ela descreveu o pai como “o último presidente liberal”.

Silio Boccanera: É exatamente do que estou falando.

James Galbraith:

E Reagan também era uma figura muito mais complexa do que muitos de nós, contrários a ele, percebíamos na época. Nós não compreendemos totalmente, até o final dos anos 1980, como era sutil a política dele para com a URSS e Gorbachev, e acho que houve avanços que ninguém pode negar.

Silio Boccanera: Há quem diga que algumas políticas do Reagan não o identificam com o seu partido, que seriam totalmente rejeitadas pelos republicanos hoje em dia.

James Galbraith:

Eu tenho um colega que trabalhou comigo no Comitê de Economia e que foi dirigente do grupo do Partido Republicano na época do Reagan, e ele afirmava exatamente isso, que os republicanos hoje rejeitariam Reagan.

Silio Boccanera: Ele se afastou da direita.

James Galbraith:

É interessante, mas Reagan era um produto do New Deal. Então, até certo ponto, ele não estava preparado para concordar com a destruição das principais instituições do New Deal, especialmente com a seguridade social. Eu acho que isso o distingue do Partido Republicano atual.

Silio Boccanera: Como você sabe, o Brasil tem uma das maiores taxas de desigualdade de rendas do mundo. É um assunto que você tem estudado recentemente. Talvez você possa nos falar das consequências da desigualdade, além do fato óbvio de que algumas pessoas ganham mais dinheiro que outras.

James Galbraith:

Eu acho que, de maneira geral, meu trabalho é um estudo comparativo da economia mundial. Nós descobrimos que, mantendo um alcance razoável, níveis mais baixos de desigualdade produzem uma economia mais eficiente, mais constante e com maior taxa de emprego. Normalmente, ela é um indicador bastante bom do desempenho, e eu acho que, em termos sociológicos mais amplos, é sempre possível dizer que ela é um indicador da força da classe média de um país. E isso tem sido associado ao bom funcionamento da sociedade e também a processos democráticos.

Silio Boccanera: O crescimento generalizado do setor financeiro nos EUA e em outros países preocupa você?

James Galbraith:

Acho que deveria preocupar qualquer pessoa, tendo em vista o que acontece. O setor financeiro se retirou do papel de força motriz da expansão econômica global, e foi por isso que não houve uma recuperação da crise que começou em 2008. Ainda estamos em uma fase da história econômica em que

o setor bancário não atua como força motriz por trás da expansão econômica. Nem nos EUA, nem na Europa, de forma alguma. Na Europa, na verdade, há uma verdadeira guerra entre o setor financeiro e o setor público, o Estado, que tem feito a economia europeia contrair muito rápido.

Sílio Boccanera: Vimos os abusos cometidos pelo setor financeiro em toda parte após a falência do Lehman Brothers. Mas não vemos as pessoas responsáveis sendo punidas. Por quê?

James Galbraith:

A maioria não foi punida. E boa parte dos responsáveis foram afastados das organizações, mas não houve, nos EUA, investigações criminais que lidassem efetivamente com as grandes fraudes na constituição e no repasse das hipotecas. E as pessoas vítimas dessas fraudes, que compraram os papéis podres das instituições financeiras, tiveram que confiar nas ações cíveis, na justiça cível, para conseguirem o mínimo de compensação a que têm direito. Esse é um grande problema da Justiça americana. E, infelizmente não será resolvido, por causa da prescrição. O prazo para se processar e julgar esses crimes está passando. Mas eu acho que o problema é mais profundo ainda. O problema é que o setor financeiro perdeu a confiança. Ele não é mais considerado confiável por parte das pessoas que têm bens a investir. Então elas investem esses bens em títulos do Tesouro dos EUA, da Alemanha, do Reino Unido, em títulos do Tesouro das maiores economias. E, enquanto elas fizerem isso, não haverá crescimento econômico que seja durável e oriundo do setor financeiro privado. Então temos que perguntar: para que ele serve? Temos um setor bancário que, em seu auge, pagava 10% dos salários e ganhava 40% dos lucros das empresas. E isso é um custo enorme para o resto do setor privado. Esses lucros não irão para pequenas e médias empresas, que dariam emprego e forneceriam bons serviços à população. Elas ficam com os banqueiros. E a pergunta é: isso é sustentável? Eu não creio.

Sílio Boccanera: E quanto às tentativas de resolver essa distorção desde o início da crise? Elas não foram muito longe, não é?

James Galbraith:

Bem, não... A política do governo Obama, na verdade, foi fazer caixa para os bancos, deixá-los funcionarem como instituição, na esperança de que liderassem a recuperação econômica. Ao menos essa era a esperança, mas isso não aconteceu. Talvez possamos dizer até que foi uma ilusão achar que instituições que ficaram tão comprometidas voltariam a emprestar dinheiro. Para quem? As famílias, a grande classe média americana, teve seus bens econômicos destruído. Milhões de famílias, cujo principal bem era sua casa, tinham esse bem hipotecado, e o valor da casa passou a ser menor do que deviam por ela, e elas não tinham mais

capacidade de pegar empréstimos, de refinar sua dívida. Elas não podem se tornar fontes de consumo para sustentar uma recuperação econômica. Então você pergunta se isso virá das empresas privadas. Não, não serão elas. Então o que vai ser? Nós temos atividade especulativa de curto prazo no setor energético, e isso é... Isso é praticamente o que tem acontecido nos últimos anos.

Silio Boccanera: Voltando à questão da desigualdade social, uma das características da sociedade americana era a mobilidade social, as pessoas ascendiam socialmente e podiam progredir e enriquecer. Isso não acontece mais, acontece?

James Galbraith:

Eu acho que, com um crescimento rápido nas desigualdades, na verdade, grandíssimas compensações vão para um pequeno número de pessoas. Um número muito pequeno de pessoas. Pessoas que estão nos cargos dirigentes do setor financeiro, no setor de tecnologia da informação. É uma fração minúscula das pessoas empregadas. Essas pessoas podem vir de qualquer lugar, não são necessariamente os filhos dos ricos. Durante o boom do setor de tecnologia da informação, pessoa que tinha uma formação técnica se deram muito bem. Era preciso ter formação técnica para ter sucesso nessa área. Durante o *boom* do setor financeiro, não era uma má ideia ser matemático. Pessoas que formularam modelos de gerenciamento de risco acabaram sendo contratadas pelos bancos. Mas é um número muito pequeno de pessoas. Então, do ponto de vista da população em geral, é um mercado totalmente inacessível. E, nesse sentido, sim, a mobilidade social diminuiu. Porque é um número muito pequeno de vagas de emprego, e elas são muito concorridas. As pessoas dizem que é preciso desenvolver novas habilidades para ter acesso a esses empregos, mas a verdade é que o número de vagas de emprego nunca chegará nem perto do número de pessoas capazes de ocupá-las, de pessoas com a formação apropriadas. E o resultado disso é visto de maneira muito concreta. Eu dou aula na Universidade do Texas, e nós fizemos grandes investimentos, como muitas universidades, no programa de Ciência da Computação no final dos anos 1990 e nos anos 2000, mesmo depois do *boom* da internet. Nós treinamos as pessoas para entrar nessa indústria, mas isso não significa que elas terão emprego.

Entrevista publicada na Revista **Consultor Jurídico**
em 26 de outubro de 2012:

<http://www.conjur.com.br/2012-out-26/ideias-milenio-james-galbraith-economista-professor-texas>

(texto original sem correções)

RESUMOS DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2012

Responsabilidade social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro

SIMONE GENOVEZ

Banca Examinadora:

Prof^a. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (orientadora)

Prof^a. Dr^a. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Prof^a. Dr^a. Soraya Regina Gasparetto Lunardi

Defesa realizada em 05/06/2012

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar a atuação da empresa consoante aspectos jurídico, econômico e social. Toda investigação tem por base os fundamentos e princípios constitucionais da ordem econômica, com ênfase na função social da empresa, requisito indispensável para se atingir a responsabilidade social. A empresa que visa ser responsável socialmente deve adotar uma postura ética, transparente e comprometida não só com suas obrigações legais, positivadas no Art. 170 da Constituição Federal e nas normas jurídicas, trabalhista, ambiental e consumerista, mas ir além, vez que não encontra limite na legislação existente para buscar concretizar os direitos sociais das pessoas. A empresa cidadã, mesmo atuando num mercado altamente competitivo, não prioriza apenas o lucro, mas o integra em suas ações com o objetivo de atender, concomitantemente, as necessidades sociais, ambientais e jurídicas, elementos indispensáveis para alcançar a sustentabilidade. O crescimento e o desenvolvimento econômico sustentável estão atrelados às atividades empresariais que visam a sustentabilidade e à responsabilidade social em seus negócios, e priorizam a atuação conjunta com os demais órgãos existentes na sociedade. O novo perfil empresarial é aprimorar o modelo de instituição existente, desenvolver as atividades que já realizavam, porém de um jeito diferente, preocupado com as questões sociais, ambientais e econômicas, a fim de possibilitar às pessoas maior dignidade, igualdade material e justiça social almejadas pelo ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Empresa. Responsabilidade social. Sustentabilidade empresarial.

Pagamento dos serviços ambientais no Brasil: aspectos legais

.....
AILTON CHIQUITO

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza (orientador)

Prof^a. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Prof. Dr. Osmar Vieira Silva

Defesa realizada em 22/03/2012

Resumo: A ação humana, com o seu desenfreado e acelerado modo de produção e consumo, está causando danos irreversíveis ao meio ambiente. A resposta da natureza é clara e já produziu enormes catástrofes e prejuízos à humanidade, projetando para o futuro consequências imprevisíveis, advindas do aquecimento global. O desafio contemporâneo é criar meios e instrumentos para frear esse avanço indiscriminado de degradação da natureza sem prejudicar o desenvolvimento econômico sustentável. Sabendo que os países altamente industrializados são os que mais degradam e poluem o planeta, devem ser chamados a se comprometer com a política mundial de preservação do meio ambiente e apoiar iniciativas de adaptação dos países em desenvolvimento, os mais vulneráveis aos impactos das mudanças climáticas. A presente pesquisa visa estudar e indicar os meios legais possíveis e vigentes em nosso ordenamento jurídico, para instituir alternativas de geração de renda àquele que preserva a natureza, através de incentivos positivos, que têm respaldo na função promocional do direito, estimulando a preservação dos recursos naturais para manter e até mesmo aumentar a oferta dos serviços ambientais, em quantidade e qualidade, esses que são indispensáveis à sobrevivência humana. Esse incentivo deve ser de tal magnitude que possa inibir o avanço da degradação do meio ambiente e gerar em seu lugar o aumento dos serviços ambientais. Há necessidade de mostrar ao degradador ambiental que a conservação e manutenção dos ecossistemas geram maior valor econômico da forma natural existente do que o resultado da atividade produtiva oriunda da sua eliminação. A Constituição Federal do Brasil estabelece como princípio da ordem econômica (art. 170 c.c. art. 225) a defesa do meio ambiente através de limitação e fiscalização da atividade econômica, que deve desenvolver-se de maneira sustentável. Torna-se imprescindível à sociedade e ao poder público encontrar formas e meios, bem como incentivos, para a proteção e uso racional dos recursos naturais, que assegurem o desenvolvimento econômico sem degradação do meio ambiente e da oferta dos serviços ambientais, aprimorando a qualidade de vida da população e o equilíbrio do meio ambiente,

afinal esse é o seu habitat. Nesse cenário de desafios, surge então a necessidade de demonstrar, como forma adequada de atingir o equilíbrio ecológico, os aspectos legais do pagamento dos serviços ambientais (PSA) no Brasil. A servidão ambiental surge como uma alternativa de contratação desses serviços e poderá ser considerada a grande solução do sistema de preservação ambiental no futuro. A efetivação dessa alternativa poderá se constituir em um dos programas mais relevantes de conservação do meio ambiente, com um componente ambiental claro de adoção concreta do conceito de serviço ambiental, para redução de emissões de gases de efeito estufa, de mudança conservacionista do uso da terra, da água, de inclusão social e da tão sonhada sustentabilidade.

Palavras-chave: Aspectos legais. Função promocional do direito. Pagamento dos serviços ambientais.

Agência nacional de política fundiária: alternativa para a efetividade da função social da propriedade privada rural

ALFREDO PEREIRA DA COSTA

Banca Examinadora:

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro (orientadora)

Profa. Dra. Marlene Kempfer

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Defesa realizada em 14/09/2012

Resumo: A estrutura fundiária do Brasil, desde o seu descobrimento, é organizada de modo a proporcionar o acesso à propriedade somente para aqueles que disponham de condições hereditárias, financeiras e de relacionamento político, tendo como uma das consequências à existência de propriedades improdutivas. De outra feita existem no Brasil inúmeros posseiros que não obtêm o título dominial das áreas que ocupam. Ambas as realidades resultaram em subaproveitamento do potencial econômico e social das áreas rurais com consequências sociais graves (invasões etc.). Entretanto, desde meados da segunda metade do Século XX, foi outorgada às propriedades rurais a necessidade do cumprimento de sua função social, com arcabouço legal suficiente para alteração da situação agrária, o que acabou não ocorrendo dada a conjuntura econômica mundial, a política nacional de exportações, a ausência de vontade política, dentre outros motivos. O fato é que a reestruturação agrária – chamada de Reforma Agrária – e a regularização fundiária têm suporte constitucional e infraconstitucional que permitem sua realização, com status de política pública fundamental, mas são dependentes de políticas de governo e não de Estado. Tradicionalmente os governos recorrem à estrutura administrativa centralizada para executar as políticas fundiárias nacionais. A realidade comprova que por esta opção não foram cumpridos os parâmetros constitucionais, entre eles, de acesso e permanência à propriedade rural com função social e a regularização fundiária. A ideia de republicização do Estado para possibilitar a efetividade das políticas de Estado voltadas ao interesse público tem como esteio uma nova realidade da questão da soberania e a mitigação da dicotomia entre o privado e público. De fato, os pilares do Estado Moderno foram o Direito Constitucional e o Direito Administrativo e, na contemporaneidade, é preciso reconsiderar esta doutrina tradicional em face dos seguintes principais fatores: fragmentação social (emergência e afirmação dos grupos de interesse), reflexos da globalização e da fragmentação do poder decisório

(crise do Estado Nacional, crise da noção de soberania e a crise da dicotomia público/privado). Diante destas análises desenvolveram-se estudos no sentido de apontar como política de estado as questões fundiárias do Brasil, desde antes de seu descobrimento sendo que os parâmetros para enfrentá-las estão previstos nos artigos 184 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e que nenhum governo deve deixar de incluí-las como suas políticas. Assim, tendo em vista a proposta de republicização em que se aponta como caminho possível a criação de agências reguladoras, modo de intervenção do Estado previsto no artigo 174 da Constituição brasileira, em face de suas principais características (intervencionismo indireto, independência administrativa, política e financeira, independência executiva, autonomia, poder normativo), tem respaldo histórico e constitucional uma proposta de agência reguladora para a propriedade rural (ANPF – Agência Nacional da Política Fundiária), que tenha por competência a autonomia regulatória e a execução de política estatal fundiária, possibilitando efetividade deste direito fundamental: direito de propriedade com função social

Palavras-chave: Agência Reguladora. Política fundiária constitucional. Republicização do Estado.

A efetivação de faixas de segurança em reservatórios artificiais de hidrelétricas e os seus aspectos legais

.....
ELTON FERNANDO ROSSINI MACHADO

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza (orientador)

Prof^a. Dr^a. Marisa Rossignoli

Prof. Dr. Nelson Borges

Defesa realizada em 20/04/2012

Resumo: O presente trabalho analisa o grau de efetividade da faixa de domínio dos reservatórios de hidrelétricas no Brasil. Sob a luz do direito ambiental, há a abordagem acerca da real necessidade da definição de áreas de segurança, bem como o estudo de seus impactos na natureza e respectivas soluções, sejam elas em seara administrativa ou judicial. São verificadas, ainda, as intervenções existentes em áreas de preservação permanentes (APPs), localizadas no entorno destes lagos, e quais as possibilidades de intervenção por particulares nestas terras protegidas. A apreciação da natureza jurídica destas áreas revela-se imprescindível para a discussão das medidas judiciais a serem adotadas em cada caso, notadamente nas hipóteses de expropriação de terras particulares pela concessionária responsável pelas atividades. Utiliza-se o método analítico dedutivo, inobstante casos pontuais também estudados. Realiza-se, ainda, uma abordagem histórica, resgatando, assim, o momento em que as atribuições da geração de energia elétrica foram delegadas a particulares, e as consequências desta transferência. Sob o aspecto econômico, são buscados os impactos do empreendimento no país e, sob o aspecto social, as principais consequências na vida da população ribeirinha. As leis e resoluções CONAMA são imprescindíveis para a proteção e regulamentação do uso destas áreas ambientalmente protegidas, motivo pelo qual também são estudadas no presente trabalho. A análise resultante deste estudo demonstra que a obediência a todos os procedimentos previstos para a implantação da usina hidrelétrica é fundamental, bem como que a existência da faixa de segurança no entorno dos reservatórios visa afastar qualquer empecilho ao correto funcionamento da usina, assegurando a preservação ambiental, desenvolvimento sustentável do país, e proteção à população que esteja próxima às áreas inundáveis. Apontam-se, ainda, interessantes sugestões visando melhorar o bom relacionamento da concessionária com a população ribeirinha, a fim de afastar conflitos no tocante à exploração sustentável da área sob concessão.

Palavras-chave: Meio ambiente. Direito Ambiental. Faixa de segurança de reservatórios de hidrelétricas.

Empresa e ordem econômica: inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho

DÉBORA CAMARGO DE VASCONCELOS

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (orientadora)

Prof^ª. Dr^ª. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Prof. Dr. Osmar Vieira Silva

Defesa realizada em 22/03/2012

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar a relação entre a empresa e a Ordem Econômica, considerando a imperativa observância constitucional aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, como a sua inclusão social pelo trabalho, com vistas à garantia de existência digna. A empresa é sujeito de direito capaz de cooperar com o Estado na realização desse mister, na medida em que interage com a sociedade que a circunda, tendo por dever o cumprimento de sua função social. Os desafios para a efetivação da função social da empresa no tocante a inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho competitivo ultrapassam a tutela legal, notadamente quando se depara com um rico arcabouço jurídico pertinente à espécie e uma realidade de exclusão. As políticas públicas de inclusão social vinculam a empresa e sociedade e devem servir para promover a autonomia das pessoas com deficiência. A mudança de postura dos sujeitos que integram a Ordem Econômica, atendendo aos ditames constitucionais e convenções internacionais, é meio de efetivação da igualdade de oportunidades na inclusão social pelo trabalho das pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Função social da empresa. Inclusão da pessoa com deficiência. Ordem Econômica.

A segurança humana ambiental, sua dimensão e a intervenção do estado: o sistema de tutela paranaense

.....
AMAURY DE MELLO

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira (orientador)

Prof^a. Dr^a. Marisa Rossignoli

Prof. Dr. Flávio Luis de Oliveira

Defesa realizada em 15/06/2012

Resumo: A presente pesquisa está centrada na segurança humana ambiental, na sua dimensão, na intervenção estatal e no sistema de tutela paranaense, tendo por norte os estudos realizados por Juan Pablo Fernández Pereira. São abordados, durante o desenvolvimento desta, os aspectos relacionados à intervenção estatal em prol da mesma e a forma que esta se dá, assim como os mecanismos utilizados para tanto, como no caso da instituição dos entes estatais, especificamente criados para este fim, a exemplo do Instituto Ambiental do Paraná, do Instituto das Águas do Paraná, da Secretaria Estadual do Meio Ambiente, ou seja, em linhas gerais, o Sistema de Tutela Paranaense. São, ainda, apreciados, por meio da presente, os aspectos relacionados à segurança humana e o ambiente as políticas públicas ambientais e os mecanismos estatais para sua efetividade e o Sistema Paranaense de Proteção Ambiental. Resultando, referido estudo, na conclusão de que o sistema paranaense de tutela do meio ambiente, se encontra dotado dos mecanismos necessários para promover a efetividade da segurança humana ambiental no seu âmbito territorial e que o direito a esta segurança, paulatinamente, em termos globais, vem sendo reconhecido no mundo jurídico como direito fundamental, não estando, portanto, restrito ao território paranaense, ou brasileiro, transcendendo, assim, sua territorialidade, ao planeta como um todo. Por derradeiro, quanto a metodologia adotada, apropriou-se do método dedutivo, com pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, de forma a produzir estudo que possibilitasse analisar, no plano da eficácia, a aplicação in concreto da normativa referente a proteção ambiental.

Palavras-chave: Efetividade. Intervenção do Estado. Segurança humana ambiental.

Da necessidade da construção de um ambiente de trabalho criativo para a efetiva valorização do trabalho humano no Brasil

.....
LINA ANDREA SANTAROSA MUSSI

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira (orientador)

Prof^a. Dr^a. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Prof^a. Dr^a. Tânia Lobo Muniz

Defesa realizada em 27/04/2012

Resumo: O presente estudo traz reflexões sobre o meio ambiente de trabalho criativo, construído como forma de valorização do trabalho humano. Ficou demonstrado que o conceito de meio ambiente do trabalho criativo engloba o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da valorização do trabalho humano, tratando-se da concretização dos dois princípios. A responsabilidade pelo meio ambiente recai sobre a empresa, mas o o Estado é agente interventor e regulador, em relação à sociedade como um todo, o que torna público essa responsabilidade. O trabalho decente, na forma como é apresentado pelas organizações internacionais, se constitui em um ambiente laboral que cumpre com o requisito criatividade, qualidade de vida e equilíbrio entre o trabalho e o tempo livre. A ordem econômica por sua vez, na forma como se encontra consubstanciada no artigo 170 da Constituição Federal, deve promover a valorização do trabalho humano, o que significa cumprir com todos os requisitos que compreendem um trabalho de qualidade, o qual pressupõe a geração de um ambiente criativo. O presente trabalho revelou a importância da implementação do meio ambiente de trabalho criativo sendo que o modelo organizacional da maioria das empresas veda o processo criativo, dos seus trabalhadores, podendo resultar em patologias físicas e psicológicas. Sugere a reavaliação do tema pelas empresas, uma vez que um ambiente equilibrado que prima pela confiança e comunicação alavanca as condições necessárias ao desenvolvimento e crescimento do trabalhador, gerando criatividade e inovação. Produzir um ambiente de trabalho criativo requer a concretização de mudanças empresariais, que se iniciam pela própria democratização da empresa e suas formas de ação.

Palavras-chave: Ambiente de trabalho. Criatividade. Valorização do trabalho humano.

Aspectos legais da logística reversa nos termos da Lei nº12.305 de 2 de agosto de 2010

.....
GISELE LOPES DE OLIVEIRA

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza (orientador)

Prof^a. Dr^a. Marisa Rossignoli

Prof. Dr. Flávio Luis de Oliveira

Defesa realizada em 13/04/2012

Resumo: A presente pesquisa, por meio dos métodos dedutivo, lógico e histórico e das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, tem por objetivo o estudo da logística reversa, instituto consagrado na nova legislação de Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº12.305 de 2 de agosto de 2010, que estabelece a responsabilidade compartilhada dos poderes públicos, sociedade e fornecedores, e, nesse particular, a obrigação, atualmente legal, das empresas de se responsabilizarem pela gerencia do fluxo reverso dos produtos e materiais utilizados na linha de produção e dispensados após o consumo. A discussão sobre a destinação adequada dos resíduos sólidos se insere, entre as principais preocupações mundiais, no enfrentamento das mudanças climáticas, no questionamento do atual padrão de produção, consumo e na preservação dos recursos naturais, tendo todos os esforços nacionais sido direcionados para a busca do meio ambiente equilibrado, nos termos dos princípios constitucionalmente elencados e, em especial, na harmonia dos art. 225 e 170 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Logística reversa. Meio ambiente. Lei 12.305 de 2 de agosto de 2010.

Boa-fé nos contratos bancários

.....
AROLDO BUENO DE OLIVEIRA

Banca Examinadora:

Prof^a. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (orientadora)

Prof^a. Dr^a. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Prof. Dr. Nelson Borges

Defesa realizada em 26/04/2012

Resumo: O avanço do comércio negocial tem suscitado no Sistema Financeiro a criação de várias figuras contratuais para atender à diversidade de negócios originados na esfera produtiva que, invariavelmente, necessitam de crédito para sua viabilização. Entretanto, no âmbito contratual, necessário se faz verificar qual a real importância e alcance do princípio da boa-fé. Pretende-se, nesta pesquisa, estudar a boa-fé do no direito contratual brasileiro no plano dos Contratos Bancários, dos diversos operadores do Mercado Financeiro e sua atuação no mercado de crédito, bem como as consequências do abuso do direito e a ausência de fiscalização; apresentar-se-á análise da atuação dos organismos responsáveis pelo controle do conteúdo contratual sob a ótica deste axioma principiológico. Justifica-se o estudo do tema pela sua importância diante das novas tendências do direito contemporâneo, levantando o interesse de intérpretes de diversas áreas de atuação da dogmática jurídica, uma vez que será arguida questão de grande importância na consecução e manutenção do direito das partes, influenciando principalmente na intenção real da manifestação de vontade e seus efeitos no mundo, seu efetivo resultado naturalístico. Como metodologia será adotado o método indutivo e dialético, com pesquisa documental e bibliográfica. Estudar-se-á, ainda, seus princípios formadores, sua evolução histórica, a natureza jurídica do instituto, sua valoração nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, bem como a dinâmica dessas relações, sob o prisma do Direito Econômico, da atuação da boa-fé do início até a extinção do processo negocial, dentro dessa nova ordem hermenêutica de justiça contratual.

Palavras-chave: Boa Fé. Contratos. Sistema Financeiro.

Análise do tratamento do resíduo eletro eletrônico sob a Vigência da Lei nº. 12.305/2010

.....
JOSYANE MANSANO

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza (orientador)

Prof^a. Dr^a Maria de Fátima Ribeiro

Prof. Dr. Nelson Borges

Defesa realizada em 09/03/2012

Resumo: Estando o Estado de Direito Ambiental em conflituosidade, devido ao alto risco ocasionado pela má gestão do homem, é que se depara com a situação emblemática de que, hoje, o tratamento dos resíduos sólidos, em especial os resíduos oriundos dos equipamentos eletro eletrônicos, não é feito de forma a minimizar os impactos no ambiente. A recente legislação, Lei 12.305, que dispõe sobre tratamento e disposição dos resíduos sólidos, de agosto de 2010, traz alternativas para a solução deste problema, tais como implementar a coleta seletiva, as cooperativas de catadores, a reciclagem, bem como, a responsabilidade compartilhada entre o Poder Público, fabricantes e toda a sociedade, para com o tratamento e disposição ecologicamente correta de tais resíduos. No caso dos resíduos sólidos eletrônicos, a rápida obsolescência destes, motivada pelo avanço em exponencial da tecnologia, bem como do consumo de supérfluos, faz com que a velocidade com que se formam em resíduos não seja a mesma com que eles passam pelo processo de reciclagem. É neste ponto que a logística reversa, que também é alternativa proposta pela nova legislação, vem com o intuito de ser solução para o problema. A logística reversa, por meio da reciclagem, faz com que tais resíduos retornem para o interior das fábricas de modo a se tornar matéria prima secundária, a ser utilizada na fabricação de novos eletrônicos, não sendo assim esses resíduos dispostos no solo, nas águas, ou em aterros não controlados, de forma aleatória, contaminando o meio com seus metais pesados. As alternativas acima expostas trazem excelente retorno econômico, haja vista que a maioria dos metais existentes nesses resíduos eletrônicos são limitados na natureza, e por isso há vantagem competitiva para empresas que utilizam matéria-prima secundária a partir da reciclagem, ao invés de adquirí-la por meio da extração. Outro apelo ambiental e econômico a ser destacado também, é a inserção dos catadores de material reciclável no eixo econômico da sociedade por meio do trabalho que realizam. A manutenção do ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como prevê a Constituição Federal em seu

artigo 225, é meta a ser implementada com a participação de todos. Foi isso o que se procurou verificar com o estudo de caso realizado em uma cooperativa que coleta todo tipo de material reciclável e em uma ONG que recolhe apenas resíduo eletro eletrônico. Por meio de um questionário, buscou-se saber respostas sobre o processo de coleta, depósito, separação e reciclagem dos resíduos, bem como a inserção dos catadores no ciclo econômico, obtida a partir do trabalho com a reciclagem. Assim, mitigar a eclosão do passivo gerado pelo resíduo eletrônico é uma das preocupações que marcam a sociedade de risco formada ao entorno desse resíduo. Dessa forma, internalizar as externalidades negativas advindas da atividade industrial, comercial e de consumo é tarefa de todos e conta com apoio da atual legislação para sua efetividade, na ânsia de obter uma sociedade consciente e sustentável.

Palavras-chave: Resíduo eletro eletrônico. Impactos. Meio Ambiente. Lei de Resíduos Sólidos. Sustentabilidade.

Cartão de crédito: relação contratual

.....
ALESSANDRA CELESTINO DE OLIVEIRA

Banca Examinadora:

Prof^a. Dr^a. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (orientadora)

Prof^a. Dr^a Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Prof. Dr. Osmar Vieira Silva

Defesa realizada em 14/09/2012

Resumo: A utilização dos cartões de crédito na economia brasileira é de suma importância, sendo forma de negociação utilizada nas operações comerciais, movimentando cifras incalculáveis de valores, o que o torna de primeira necessidade para os usuários. Neste contexto, pretende-se estudar o instituto, analisando a relação contratual e a responsabilidade civil das administradoras de cartão de crédito no mercado de consumo. Pretende-se demonstrar, nesta pesquisa, a praticidade de seu uso, os benefícios de segurança em relação aos meios tradicionais de transação bancária e a relação contratual entre consumidor e as operadoras de cartões. Justifica-se o estudo do tema devido às peculiaridades da vida moderna, econômica e social e do modelo capitalista contemporâneo, trazendo a celeridade e modernização às operações financeiras e aos meios de se ofertarem créditos. Como metodologia, será adotado o método indutivo e dialético, com pesquisa documental e bibliográfica. Serão estudados, ainda, os princípios norteadores do instituto e sua valoração no âmbito doutrinário e jurisprudencial, bem como a dinâmica tripartite da relação existente entre consumidor, fornecedor e o estabelecimento comercial.

Palavras-chave: Operadoras de Cartões de Crédito. Relação Contratual. Responsabilidade Civil Contratual.

Plano diretor e a regularização fundiária como instrumento de justiça social

PERLA LILIAN DELGADO

Banca examinadora

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza (orientador)

Prof^a. Dr^a. Maria de Fátima Ribeiro

Prof. Dr. Luiz Ricardo Guimarães

Defesa realizada em 05/10/2012

Resumo: Um dos problemas da atualidade no âmbito urbano é o crescimento desorganizado em grande parte do território, mediante a formação dos “loteamentos clandestino”, construídos à margem da legislação urbanística, ambiental, civil e administrativa. O crescimento urbano desorganizado de alguma forma inviabiliza a cidade no desempenho das suas funções sociais e priva seus habitantes das condições de vida digna. Os bairros irregulares constituem bairros adjacentes e traçam divisor em uma mesma cidade com diferenças sociais marcantes. Oficialmente, não existem e por isso, são carentes de infraestrutura capaz de assegurar a fruição dos direitos necessários à dignidade humana. O desafio contemporâneo é a efetivação de política de regularização fundiária plena, articulada com uma política pública habitacional, a partir da aplicação dos instrumentos urbanístico-jurídicos previstos no Estatuto da Cidade para o desenvolvimento da política urbana. A política de regularização fundiária plena deve integrar o plano diretor como instrumento do planejamento municipal para que a cidade nasça e cresça de forma equilibrada, harmoniosa, com respeito aos cidadãos que devem ter seus direitos sociais constitucionalmente assegurados. O presente trabalho volta-se para estudo das soluções das questões específicas e diretas, referentes aos assentamentos informais, de modo a orientar as políticas públicas de desenvolvimento e expansão urbana a partir da legalização, por intermédio do direito de propriedade e da urbanização, com implantação de infraestrutura básica apta a viabilizar o desenvolvimento urbano. Tal desenvolvimento preveria melhorias nas condições de vida nas favelas e sua integração em um contexto urbano mais amplo, de modo a resgatar a cidadania dessa comunidade localizada à margem da sociedade, em busca de uma justiça social. Um exemplo disto é o município de Campo Grande/MS, que promoveu programas sociais de intervenção urbana em habitações subnormais e, ao final, alcançou resultados positivos ao conferir condições de infraestrutura adequada. A cidade que não

proporciona o mínimo de direito à moradia, à liberdade, à igualdade, à segurança, que não proporciona vida digna aos seus habitantes, é qualificada como cidade insustentável e, portanto, inconstitucional. A irregularidade nos assentamentos influencia a função socioeconômica da cidade, o que acaba por privar o homem do pleno emprego, estabelecido como princípio da ordem econômica nos termos do art. 170 da Constituição Federal. Diante do exposto, se faz necessário que as autoridades públicas se conscientizem da importância da concretude da política de desenvolvimento e expansão urbana com soluções específicas para os assentamentos informais, importância desempenhada pelo ente municipal em trabalho conjunto com os demais entes da federação, com a finalidade de que a situação geográfica e demográfica brasileira não se agrave ainda mais, e almejando evitar a formação de outros bairros irregulares que estão por vir diante do crescente aumento demográfico do nosso País, pois que o desenvolvimento socioeconômico de cada município há de se refletir em âmbito nacional. A efetivação da política de regularização fundiária articulada com a política de habitação há de interferir de forma positiva em todos os demais programas socioeconômicos da área pública, com o propósito de construir uma cidade sustentável nos padrões constitucionais.

Palavras-chave: Ausência de infraestrutura. Cidade inconstitucional. Loteamento clandestino.

O trabalho informal à luz do desenvolvimento social e econômico

EMERSON OLIVEIRA DE FARIA

Banca examinadora

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira (orientador)

Prof^a. Dr^a. Tâni Lobo Muniz

Prof^a. Dr^a. Marisa Rossignoli

Defesa realizada em 07/12/2012

Resumo: O mercado de trabalho, da metade do último século até os dias atuais, tem sofrido uma acelerada transformação e a informalidade no trabalho tem despertado atenção de pesquisadores que a apontam como uma das características do fenômeno chamado globalização. O trabalho informal está inserido dentre as consequências que contribuem para a precarização do trabalho humano. No Brasil, a falta de políticas públicas efetivas voltadas para a valorização do trabalho humano pode ser considerado como um dos principais fatores para a ampliação ou crescimento da informalidade. Conclui-se que a informalidade no trabalho contribui significativamente para diversos resultados sociais danosos. É importante destacar que a informalidade no trabalho contraria os principais princípios insculpidos no artigo 170 da Constituição Federal, valendo citar a função social da empresa e o pleno emprego. Este trabalho tem por objetivo identificar profundamente a situação do trabalho informal e seus reflexos no âmbito social e econômico. Ao final, não se poderia deixar de apresentar sugestões com vistas a combater a informalidade no Brasil, no sentido de se retirar da informalidade trabalhadores que se encontram desprovidos do mínimo de segurança nas suas relações de trabalho e previdenciárias. A redução da desigualdade social necessariamente passa pelo combate à informalidade no trabalho, como forma de efetivação do Estado Democrático de Direito. A metodologia utilizada foi dedutiva.

Palavras-chave: Desenvolvimento Social e Econômico. Estado. Trabalho Informal.

Situações análogas ao trabalho escravo: reflexos na ordem econômica e nos direitos fundamentais

.....
DANIELLE RIEGERMANN RAMOS DAMIÃO

Banca Examinadora

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira (orientador)

Prof. Dr. José Carlos Oliveira

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Defesa realizada em 07/12/2012

Resumo: Esta pesquisa teve como objetivo observar como ocorrem as situações análogas da escravidão trabalhista, buscando analisar seus atuais conceitos e os requisitos para a sua caracterização. Foram demonstradas violações nos direitos fundamentais e na ordem econômica. Esquadrinharam-se parâmetros em legislações nacionais e internacionais para justificar as argumentações, bem como para demonstrar os fatores que concorrem para a existência de trabalho degradante. Após a identificação dos sujeitos responsáveis pela erradicação do trabalho forçado, comentaram-se as medidas processuais cabíveis. Foram demonstradas as possibilidades de indenização por danos morais coletivos e da realização de denúncia ao CADE, por interferência na economia e na concorrência. Mostraram-se as possibilidades de expropriação da propriedade particular e da responsabilidade da cadeia produtiva, em razão do labor forçado. Analisaram-se as ações de combate a tal forma de trabalho, e sugeriram-se propostas para a erradicação. Realizou-se uma reflexão histórica e jurídica no âmbito constitucional, voltada ao tema. Neste contexto, pretendeu-se demonstrar que a realidade de labor forçado permanece em dias atuais, tendo o trabalhador a sua liberdade cerceada e sua dignidade subjugada por seu empregador. A metodologia de pesquisa escolhida se justifica pela natureza do tema e pelos objetivos alçados e foi realizada pelo método dedutivo. Desta forma, a conquista dos objetivos propostos demonstrou a importância do combate ao trabalho forçado, que, mesmo com a evolução do Direito Trabalhista, ainda se destaca no Brasil contemporâneo. Ao final, foram sugeridas propostas que podem corroborar com a erradicação do trabalho forçado. As propostas consistem no incremento de maiores investimentos em projetos voltados à erradicação da pobreza no Brasil, à criação de um selo nacional para certificar a inexistência de trabalho forçado na cadeia produtiva, a proibição, via lei ordinária, de inscritos na “lista suja” do Ministério do Trabalho e Emprego de participarem de contratações com o Poder Público e ao maior oferecimento de qualificação profissional para os trabalhadores libertados. Ao final, conclui-se com

a possibilidade de expropriação de terras onde foram encontrados trabalhadores análogos aos antigos escravos, bem como com a discussão acerca de ser possível responsabilizar toda a cadeia produtiva que, em alguma fase, tenha utilizado o labor escravizador.

Palavras-chave: Direitos fundamentais do trabalhador. Trabalho análogo ao de escravo. Trabalho forçado.

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

INFORMAÇÕES GERAIS

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, em face das 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 consequente divulgação, visando fornecer aos mestrandos subsídios para expandirem e aprofundarem conhecimentos técnicos na área de concentração.

Público alvo:

Bacharel em Direito, professores, advogados, magistrados, promotores de justiça e outros profissionais da área jurídica com bacharelado em Direito.

Área de concentração:

EMPREENDIMENTOS ECONÔMICOS, DESENVOLVIMENTO E MUDANÇA SOCIAL

Linhas de pesquisas:

Linha 1 – Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais

Esta linha envolve 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 2 – Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas

A segunda linha de pesquisa está dirigida 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.

GRADE CURRICULAR:

DISCIPLINAS FORMATIVAS

Carga horária 45 horas cada disciplina

- História das Ideias Econômicas
- Direito Constitucional Econômico
- Estado, Direito e Relações Empresariais
- Teoria da Empresa

DISCIPLINAS DA LINHA DE PESQUISA 1 - Relações Empresariais,

Desenvolvimento e Demandas Sociais:

Carga horária – 45 horas cada disciplina

- Gestão de Políticas Empresariais e Financiamento Estatal
- Políticas Tributárias e o Papel do Estado no Desenvolvimento Social
- Capital e Trabalho no Estado Contemporâneo

DISCIPLINAS DA LINHA DE PESQUISA 2 - Empreendimentos

Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas:

Carga horária – 45 horas cada disciplina

- Tutela Jurídica das Relações Empresariais
- Direito das Relações de Consumo
- Teoria Geral das Obrigações Empresariais

DISCIPLINAS OPTATIVAS (02 disciplinas)

Carga horária 30 horas por disciplina

- Direito e Globalização Econômica
- Teoria do Estado Contemporâneo
- Sociologia das Relações Empresariais
- Metodologia da Pesquisa Jurídica
- Pedagogia Jurídica e Estágio Docência
- Repercussões Jurídicas do Comércio Eletrônico
- Meio Ambiente e Desenvolvimento
- Direito da Concorrência das Relações Empresariais
- Relações Mercantis na Sociedade Contemporânea

DISCIPLINAS DE ORIENTAÇÃO DE DISSERTAÇÃO

- Orientação de Dissertação I
- Orientação de Dissertação II

DURAÇÃO: 24 meses

NÚMERO DE VAGAS:

São ofertadas 20 vagas, sendo:

- 10 (dez) vagas na Linha de Pesquisa 1

- 10 (dez) vagas na Linha de Pesquisa 2

O candidato será selecionado na respectiva linha de pesquisa, informada no ato da inscrição.

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, Espanhol, Italiano. Deverá apresentar, defender e ser aprovado na Dissertação de Mestrado realizada de acordo com as normas regimentais.

SITUAÇÃO INSTITUCIONAL: (Curso recomendado pela CAPES/MEC)

A Portaria do MEC nº 4.310 de 21.12.04, publicada no D.O.U nº 246 de 23.12.04, seção I, p. 33, reconheceu inicialmente o Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR. O reconhecimento foi renovado na Avaliação Trienal 2007/2009.

INFORMAÇÕES E INSCRIÇÕES:

Secretaria do Programa de Mestrado em Direito

Endereço:

Programa de Mestrado em Direito - Campus Universitário

Av. Hygino Muzzi Filho nº 1001 - Bloco II – CEP 17.525-902 –
MARILIA – SP

Telefone: (14) 2105-4028

E-mail: mestradodireito@unimar.br

COORDENAÇÃO DO PROGRAMA:

Profa. Dra. *Maria de Fátima Ribeiro* - Coordenadora

Profa. Dra. *Walkiria Martinez Heinrich Ferrer* - Vice-coordenadora

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista *ARGUMENTUM*, indexada em base de dados RVBI (Senado Federal) e ISSN - 1677-809X, tem como objetivo divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade de Marília - UNIMAR, assim como de estudiosos do direito e das ciências sociais de Universidades, Centros de Pesquisa e de outras Instituições.

Os trabalhos podem ser publicados em português, espanhol, francês, alemão ou inglês.

Podem ser enviados trabalhos de DOCTRINA (artigos), de RESENHAS e de COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA.

A Comissão Editorial da Revista só avaliará trabalhos inéditos.

TEMÁTICA Nº 14 – Ano 2013: *A Empresa na Ordem Econômica e as tendências no Estado Contemporâneo*

1. Os **ARTIGOS** devem conter:

a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula, negrito;

b) Sumário (Introdução, desenvolvimento, considerações finais, referências) apresentado em português e inglês;

c) Resumo de até 250 palavras em português e em inglês: espaço simples, fonte 12;

d) 03 (três) palavras-chave em português e em inglês;

e) Número de páginas: de 15 a 25 páginas

f) Os artigos devem ser digitados em:

- Editor de texto: Microsoft Word

- Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical

- Letra: Times New Roman

- Fonte: 12

- Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas

- Espaçamento entre linhas: 1,5 cm

- Parágrafo: 1,25 cm

- Margens: superior e esquerda - 3 cm; inferior e direita - 2 cm

g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé, em fonte 10.

h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas.

i) Ao final do texto, nas Referências, deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

2. As **RESENHAS** devem ser apresentadas com até 03 (três) páginas, sem a identificação dos autores.

3. Os **COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA** devem ser apresentados com até 10 (dez) páginas, sem a identificação dos autores.

4. Cada trabalho encaminhado poderá constar, no máximo, com 02 (dois) autores.

5. Os autores não deverão indicar, no corpo do trabalho, seus nomes e titulações, dados estes que deverão constar de arquivo anexo, junto com a autorização expressa para publicação, bem como o endereço completo, telefones e e-mail para contato com o autor.

6. Os trabalhos devem ser submetidos a uma revisão de linguagem e de digitação, e, constar a data de sua elaboração, antes de serem encaminhados para a Revista.

7. Todos os trabalhos serão analisados por 02 (dois) avaliadores externos ad hoc, bem como pela Comissão Editorial. Os que necessitarem de modificações serão devolvidos aos autores, com as respectivas sugestões para alteração.

8. Serão publicados os trabalhos avaliados pelos Consultores que indicarem a publicação e que forem selecionados pela Comissão Editorial.

9. Para cada trabalho publicado serão destinados aos autores 02 (dois) exemplares da Revista como Direito Autoral.

10. Os autores que tiverem seus artigos selecionados para a Revista deverão enviar a declaração de cessão de direitos autorais, conforme modelo da UNIMAR.

11. O envio dos trabalhos será considerado participação voluntária e gratuita dos autores, com os direitos autorais cedidos para a UNIMAR.

12. A Comissão Editorial da Revista reserva-se o direito de não analisar os trabalhos enviados FORA DAS ESPECIFICAÇÕES MENCIONADAS ACIMA.

13. Os trabalhos para a publicação deverão ser encaminhados pelo sistema Double Blind Peer Review, constante no site da Unimar (www.unimar.br) ou pelo e-mail mestradodireito@unimar.br

