





# **ARGUMENTUM**

A EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA E AS TENDÊNCIAS NO  
ESTADO CONTEMPORÂNEO

**REVISTA DE DIREITO**

**14**



UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

# ARGUMENTUM

A EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA E AS TENDÊNCIAS NO  
ESTADO CONTEMPORÂNEO

**REVISTA DE DIREITO**

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ANO 2013// Volume 14 – Publicação Anual

CATALOGAÇÃO NA FONTE

---

ARGUMENTUM– A EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA E AS TENDÊNCIAS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO - Revista de Direito – Universidade de Marília.

Volume 14 – Marília: UNIMAR, 2013.

Anual.

ISSN – 1677-809X

Direito – Periódico. I. Faculdade de Direito de Marília –

UNIMAR

CDDir 340

---

**Editora Arte & Ciência**  
**LDE-Livraria, Distribuidora e Editora LTDA EPP**  
Av. Paulista, 2.200 – 16 andar  
Consolação São Paulo – SP - CEP 01310-300  
Tel.: (011) 3258-3153  
[www.arteciencia.com.br](http://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](http://www.unimar.br)

# Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

**Prof. Márcio Mesquita Serva**

VICE-REITORA

**Prof<sup>a</sup> Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva**

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

**Prof. José Roberto Marques de Castro**

PRÓ-REITORA DE PÓS-GRADUAÇÃO

**Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Suely Fadul Villibor Flory**

COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

**Prof. Dr. Jonathan Barros Vita**

COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> 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](mailto:mestradodireito@unimar.br)

## ARGUMENTUM

A EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA E AS TENDÊNCIAS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO

### REVISTA DE DIREITO UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

#### CONSELHO EDITORIAL

Dr. Achim Ernest Rorhmann

*Membro do Gemeinsame Juristische Prüfungsamt der Länder Berlin und Brandenburg*

Dr. António Carlos dos Santos

*Universidade Autónoma de Lisboa*

Dra. Clotilde Celorico Palma

*Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa – ISCAL*

Dr. Dimitris Christopoulos

*Universidade de Panteion (Atenas)*

Dr. Gustavo José Mendes Tepedino

*Universidade Estadual do Rio de Janeiro*

Dr. Heleno Taveira Torres

*Universidade de São Paulo*

Dr. John Milios

*Universidade Politécnica Nacional (Atenas)*

Dr. Jorge Bravo Cucci

*Universidad de San Marcos*

Dr. Jorge Esquirol

*Universidade Internacional da Flórida – USA*

Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

*Universidade de Marília*

Dr. Luiz Edson Fachin

*Universidade Federal do Paraná*

Dr. Luiz Otávio Pimentel

*Universidade Federal de Santa Catarina*

Dra. Maria de Fátima Ribeiro

*Universidade de Marília*

Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

*Universidade de Marília*

Dra. Suzana Tavares da Silva

*Universidade de Coimbra*

### **PARECERISTAS AD HOC**

Adalberto Antonio Batista Arcelo (PUC/MG)  
Adriana Sena Orsini (UFMG)  
Adriana Migliorini Kieckhöfer (UFOB)  
Adriano Fernandes Ferreira (UFAM)  
Beatriz Souza Costa (ESDHC)  
Alexandre Walmott Borges (UFU)  
André Mendes Moreira (UFMG)  
Bruno Aniceto (Universidade de Amsterdã)  
Claudio Macedo (UFSC)  
Dimas P. Duarte Jr. (PUC/GO)  
Élcio Nacur Rezende (ESDHC)  
Fabiana del Padre Tomé (PUC/SP)  
Farlei Martins Riccio (UCAM)  
Felipe Braga Albuquerque (UNIFOR)  
Frederico Glitz (Unicuritiba)  
Gina Marcílio Vidal Pompeu (UNIFOR)  
Gisela Maria Bester – (UFT/IMED)  
Ilton Robl Filho (UFPR)  
José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR)  
Kiwonghi Bizawu (ESDHC)  
Lucas Gonçalves da Silva (UFS)  
Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva (UFS)  
Marcelo Diniz (PUC/Londrina)  
Marcos Antônio Striquer Soares (UEL)  
Maria Cláudia da Silva A. de Souza (UNIVALI)  
Maria Mendez Rocasolano (UCAM, Espanha)  
Marília Vilhena (UFPB)  
Mônica Bonetti Couto (UNINOVE)  
Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira (PUC/RS)  
Roberto Caldas (PUC/SP)  
Samantha Ribeiro Meyer Pflug (UNINOVE)  
Tânia Lobo Muniz (UEL)  
Valesca Raizer Borges Moschen (UFES)  
Vânia Senegalia Morete (UNOPAR)  
Virginia Colares S. F. Alves (UNICAP)

Direção da Revista *ARGUMENTUM*

*Prof. Dr. Jonathan Barros Vita*

### **COMITÊ DE POLÍTICA EDITORIAL**

*Prof.<sup>a</sup> Dra. Livia Gaigher Bósio Campello*

*Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria de Fátima Ribeiro*

*Prof.<sup>a</sup> Dra. Mariana Ribeiro Santiago*

Coordenação Editorial e Preparação de Texto

*Prof.<sup>a</sup> Dra. Walkiria Martinez Heinrich Ferrer*

### **ARGUMENTUM**

#### **REVISTA DE DIREITO**

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta

Ano 2013 - Volume 14

Marília – Estado de São Paulo – Brasil

E-mail: [mestradodireito@unimar.br](mailto:mestradodireito@unimar.br)



|   |    |
|---|----|
| <b>APRESENTAÇÃO</b> .....   | 15 |
| <br>  |    |
| <b>PARTE TEMÁTICA</b>   |    |
| <b>SISTEMA DE RESSEGURO BRASILEIRO E AMERICANO:<br/>CONVERGÊNCIAS POSSÍVEIS</b>   |    |
| <i>System Brazilian and American Reinsurance: possible convergences</i>   |    |
| Marcela Andresa Semeghini Pereira .....   | 21 |
| <br>  |    |
| <b>A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS COMO INSTRUMENTO PARA<br/>O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL</b>                                |    |
| <i>The social function of contracts as an instrument for sustainable economic development</i>   |    |
| Bruno Ferraz Hazan  |    |
| Luciana Costa Poli.....   | 43 |
| <br>  |    |
| <b>DIREITO E COOPERAÇÃO NOS<br/>JOGOS INSTITUCIONAIS</b>  |    |
| <i>Law and cooperation in institutional games</i>   |    |
| Nuria López .....   | 61 |
| <br>  |    |
| <b>USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE: ANÁLISE A PARTIR DOS PRECEITOS<br/>DE SUSTENTABILIDADE E RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL</b> |    |
| <i>Hydroelectric power station of belo monte: analysis from precepts of<br/>sustainability and corporative social responsibility</i>  |    |
| Flávia Sumaio dos Reis  |    |
| Michel Ernesto Flumian.....   | 77 |
| <br>  |    |
| <b>O NOVO VETOR AXIOLÓGICO NO MOVIMENTO DE<br/>SANEAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL</b>  |    |
| <i>The new axiological vector in resolution of national financial system movement</i>   |    |
| Antonio Augusto Cruz Porto  |    |
| Oksandro Osdival Gonçalves.....   | 97 |

**TRÁFICO DE PESSOAS E O COMBATE À EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL**

*HUMAN TRAFFICKING AND THE BATTLE AGAINST SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN UNDER THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW*

Ana Paula Martins Amaral

Luciani Coimbra de Carvalho

Ynes da Silva Félix ..... 119

**TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE**

*Environmental Taxation and sustainability*

Vânia Senegalia Morete ..... 139

**TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NOS PLANOS INTERNACIONAL E INTERNO**

*Protection of the working environment at domestic and international levels*

Lívia Gaigher Bósio Campello

Carlos Walter Marinho Campos Neto ..... 167

**BASE TRIBUTÁRIA COMUM CONSOLIDADA: UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE UM PARADIGMA MULTIVARIÁVEL**

*Common consolidated tax base: a new overview under a multi-shifting paradigm*

Jonathan Barros Vita

Pedro Paulo Corino da Fonseca ..... 187

**RIFLESSIONI SULL'ACQUISITA SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA**

*Reflexions on the acquisition of the fiscal subjectivity*

Degli Oicr ..... 203

**LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TRIBUTO HACIA FINES EXTRAFISCALES**

*The evolution of the concept of taxation for the means of extrafiscality*

Daniel Yacolca Estares ..... 225

**PARTE GERAL**

**AS TRANSFORMAÇÕES EMPÍRICAS E CONCEITUAS DO ESTADO MODERNO**

*Empirical and conceptual transformations of the modern state*

Gabriela de Moraes Kyrillos

Tiago Menna Franckini ..... 233

**SOLIDARIEDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

*Solidariedade como princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro*

Alberto de Almeida Oliveira Peixoto

Hárrisson Fernandes dos Santos

Alexandre Walmott Borges ..... 255

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIÁLOGO DAS FONTES**

*Constitutional hermeneutics of fundamental rights and the sources dialogue*

Marcus Pinto Aguiar ..... 279

**COSTA VERSUS ENEL - O PRIMADO DO DIREITO  
COMUNITÁRIO E A MUDANÇA DE PARADIGMA:  
O ESTADO EM REDE EUROPEU**

*Costa versus enel – the primacy of the community law and the change of paradigm:*

*The state in european network*

Suélen Farenzena ..... 301

**A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL:  
ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

*A tutela de urgência no procedimento arbitral: análise da experiência brasileira*

Ana Carolina Costabeber Perin..... 323

**O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: COGITAÇÕES SOBRE OS  
PRINCIPAIS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA ESTRUTURA  
TÉCNICO-SISTEMÁTICA DO PROJETO APROVADO NO SENADO**

*The new code of civil procedure: cogitations about positive and negative aspects in  
the technical and systematic structure of the project approved in senate*

Camilla Mattos Paolinelli ..... 351

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA: REFLEXÃO ACERCA DA IMPORTÂNCIA DA  
PARTICIPAÇÃO SOCIAL POR MEIO DAS ASSOCIAÇÕES**

*PUBLIC CIVIL SUIT: REFLECTION ON THE IMPORTANCE OF  
SOCIAL PARTICIPATION BY MEANS OF ASSOCIATIONS*

Paulo Roberto Pereira de Souza

Ewerton Ricardo Messias..... 373

## **RESENHAS**

### **“MONARQUIA”, DE DANTE ALIGHIERI**

Rodrigo Gama Croches

Paulo Sérgio da Silva

Luciana Campanelli Romeu ..... 393

### **“CONTRATO SOCIAL”, JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)**

Murilo Naves Amaral

Debora Regina Pastana

Alfredo José dos Santos..... 399

### **“O QUE É IDEOLOGIA?”, CHAUI, MARILENA**

Luís Alberto da Costa..... 409

RESUMOS DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2013 ..... 413

## APRESENTAÇÃO

A revista *Argumentum* é o veículo científico, por excelência, do desenvolvimento de estudos que se relacionam com as linhas de pesquisa “Relações empresariais, desenvolvimento e demandas sociais” e “Empreendimentos econômicos, processualidade e relações jurídicas”, que são as duas faces da moeda da área de concentração “Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social” do programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, que em 2013 formou 12 novos mestres pelo programa.

É notável que este programa de pós-graduação agora atinge sua maturidade com nota 4 na CAPES (Triênio 2010/2012), o que é contraparte, também, da avaliação máxima obtida pela graduação em Direito da UNIMAR.

Da mesma forma, a revista é avaliada como B2 no Qualis, o que a coloca dentro de um elevado extrato, reflexo da qualidade dos colaboradores desta revista, o que inclui os autores, editores e pareceristas, que congregam professores de todas as regiões do Brasil e de quase 10 países, todos do mais alto nível acadêmico mundial.

A revista *Argumentum* de número 14 traz como grande tema “A Empresa na Ordem Econômica e as Tendências no Estado Contemporâneo” e está estruturada em 4 grandes grupos de textos, seguidos de uma apresentação do programa e das normas de submissão para o próximo volume:

- 18 Artigos científicos, subdivididos em dois grandes grupos:
- 11 da parte temática – interesse público, livre iniciativa e regulação estatal; e
- 7 da parte geral.
- Resenhas de obras, com três colaborações; e
- Resumo das 12 defesas do programa em 2013.

Cabe destacar que temos artigos em 3 línguas estrangeiras (inglês, espanhol e italiano), sendo dois deles produzidos por renomados professores estrangeiros, o Dr. Daniel Yacolca, da PUC do Peru, que colaborou com o artigo “La evolución del concepto de tributo hacia fines extrafiscales” e Andrea Ballancin,

da Universidade de Novara (Piemonte Orientale), que escreveu “Riflessioni sull’acquisita soggettività tributaria degli OICR”.

Prospectivamente, algumas novidades devem ser apresentadas para o próximo volume da revista, cujo tema será “Empreendimentos econômicos, sustentabilidade e justiça social”, lembrando que a revista *Argumentum* passa a ter periodicidade semestral.

Secundariamente, todo o sistema de submissão e operacionalização da revista será baseado na plataforma SEER/OJS, no endereço eletrônico <http://ojs.unimar.br/>

Adicionalmente, mantém-se a concomitância desde o primeiro volume da revista (editado em 2001) entre a revista impressa e digital, que pode ser acessada na home page do Mestrado ([http://www.unimar.br/pos/mestrado\\_direito.php](http://www.unimar.br/pos/mestrado_direito.php)), que possibilita, também, maior acesso às publicações do Núcleo de Pesquisa e demais informações sobre o Programa.

Conclusivamente, reitera-se que é um prazer apresentar esta revista, que coloca em destaque pesquisas relacionadas a problemas da contemporaneidade, além de parabenizar todos os envolvidos neste projeto.

Marília, outono de 2013.

**Prof. Dr. Jonathan Barros Vita – Editor-chefe**

Comitê de Política Editorial

Prof.<sup>a</sup> Dra. Livia Gaigher Campello

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Prof.<sup>a</sup> Dra. Mariana Ribeiro Santiago

---

DOCTRINA



---

PARTE TEMÁTICA  
A EMPRESA NA ORDEM ECONÔMICA E AS TENDÊNCIAS NO ESTADO  
CONTEMPORÂNEO



# SISTEMA DE RESSEGURO BRASILEIRO E AMERICANO: CONVERGÊNCIAS POSSÍVEIS

SYSTEM BRAZILIAN AND AMERICAN  
REINSURANCE: POSSIBLE CONVERGENCES

.....  
Marcela Andresa Semeghini Pereira<sup>1</sup>

## Sumário

1 Introdução 2 definição de seguro, cosseguro, resseguro e retrocessão 2.1 Seguro 2.2 Cosseguro 2.3. Resseguro 2.4. Retrocessão 3 contexto da atividade resseguradora no brasil 3.1 Histórico do resseguro 3.2 A origem do irb – instituto de resseguro brasileiro 3.3 Lei complementar 126 – abertura do mercado de resseguro 3.4 Restrições impostas pela lei complementar 126 3.4.1 Direito de preferência 3.5. Percepções do mercado de resseguro no brasil – pós-lei complementar 4 o mercado de resseguro nos estados unidos da américa 4.1 Momentos marcantes na história do resseguro americano 4.2 Cláusulas obrigatórias nos contratos de resseguro americano 5 paraísos fiscais e tendências da regulação americana de resseguro 6 considerações finais 7 referências bibliográficas

## Summary

1 Introduction. 2 Definition of insurance, coinsurance, reinsurance and retrocession. 2.1 Insurance. 2.2 Coinsurance. 2.3. Reinsurance. 2.4. Retrocession. 3 Context of activity in brazil reinsurer. 3.1 History of reinsurance. 3.2 The origin of irb – brazilian institute of reinsurance. 3.3 Additional law 126 – reinsurance market opening. 3.4 Restrictions imposed by law additional 126. 3.4.1 Right of first refusal. 3.5. Perceptions of reinsurance market in Brazil – post additional law. 4 Reinsurance market in the united states of america. 4.1 Landmark moments in the history of american reinsurance. 4.2 Mandatory clauses in contracts of

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília/SP.

american reinsurance. 5 Tax havens and trends of adjustment of american reinsurance. 6 Conclusions. 7 REFERENCES.

### **Resumo**

Este trabalho objetiva apresentar definições e características de seguro e resseguro enfatizando a representação desses temas no Brasil e a relação entre o sistema de resseguro brasileiro e o americano. Apresentaremos os principais momentos dos dois sistemas, até o momento atual, no qual o Brasil passa de um sistema monopolista, iniciado com a criação do Instituto de Resseguro Brasileiro – IRB –, na Era Vargas, para a abertura de mercado, com a sanção da Lei Complementar 126, em 2007. Essa abertura possibilita integração do Brasil com os mercados internacionais, destacando o mercado americano, além de maior concorrência e busca de melhor preço, o que indica necessidade de adequações do sistema atual. O sistema de resseguro americano, aberto para o mercado mais tempo, possuindo, portanto, maior *know how* nesse serviço, tem como desafio a evasão de divisas, ou seja, a fuga de dinheiro para paraísos fiscais e, conseqüentemente, o não recolhimento de impostos e a necessidade de unificar a normatização do resseguro nos dois países. Os dois países, no cenário atual, têm muito a ajustar e desenvolver nesse mercado, e as modificações que estão por vir gerarão conseqüências mundiais nesse segmento.

Palavras-chave: resseguro; concorrência; Lei Complementar 126; mercado internacional.

### **Abstract**

This study presents definitions and characteristics of insurance and reinsurance, emphasizing the representation of these issues in Brazil and the relationship between the reinsurance scheme in Brazil and in the USA. We will present the key moments of the two systems, up to the present, in which Brazil is a monopolistic system started with the creation of the Brazilian Institute of Reinsurance – IRB –, in the Vargas Era, for the opening of the market, with the sanctioning of the Complementary Law 126, in 2007. This openness enables an integration between Brazil and the international markets, highlighting the American one, and increased competition and search for the best price that indicates need for adjustments of the current system. The American system of reinsurance, open to having more time to market, therefore greater expertise in this service, is to challenge the tax evasion, i.e., the leakage of money to tax havens and

therefore the nonpayment of taxes and the need of unifying the regulation of reinsurance in the country. The two countries, in the current scenario, have a lot to adjust and develop this market, and the changes to come, this segment will generate consequential world.

Keywords: reinsurance; competition; Complementary Law 126; international market.

## Introdução

Com a promulgação da Lei Complementar 126, em 2007, inicia-se a abertura do mercado de resseguro no Brasil. Neste artigo, trataremos do tema seguro e, em especial, do sistema de resseguro brasileiro, sua história e o caminho percorrido para alcançar o monopólio.

O tema “seguro” é corriqueiro na vida de todo ser humano; o seguro do carro é o mais comum, além do seguro de vida e seguro residencial/patrimonial. No entanto, um tema que vem ganhando destaque nos noticiários e debates de economistas é o resseguro, ou seja, o seguro do seguro, ou seguro em segundo grau, contratado para diluir risco de grande monta, como o caso das petrolíferas da Petrobras. Esses debates, ocasionados pelas modificações na legislação, necessitam, também, de adequações.

Destacando, também, a importância das obras do PAC e do pré-sal como impulsionadores dessas mudanças, visto que o país não possuía condições de atender as operações específicas para segurar e ressegurar esses investimentos.

Tendo em vista a mudança de paradigma do sistema de resseguro nacional, trataremos, neste trabalho, das principais características dessa nova sistemática, incluindo o Direito de Preferência, que causou polêmica em países como os EUA. Destacamos também que, com a queda no monopólio que surgiu na Era Vargas desde a criação do IRB (Instituto de Resseguro Brasileiro), a prática dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência surgem para ampliar e aperfeiçoar a contratação de resseguros.

Algumas das vantagens que podem ser alcançadas com o fim do monopólio: abertura para a negociação entre seguradores nacionais e estrangeiros; oferta mais ampla de produtos; diminuição dos preços dos prêmios praticados, pois haverá maior concorrência; fluxo de *know how*, visto que a experiência dos resseguradores estrangeiros é superior à nacional; o Brasil tornar-se-á mais atrativo para a entrada de capital estrangeiro.

Mesmo apresentando inúmeras vantagens, para que sejam efetivadas, é essencial o desenvolvimento desse mercado e de sua regulamentação no Brasil, evitando, assim, problemas futuros. Em momento semelhante, os EUA também estão readequando a legislação ressecuritária no país como forma de evitar a evasão de divisas para paraísos fiscais e unificar as leis desse segmento no país, visto que cada estado americano possui legislação própria.

Essa é uma valiosa oportunidade de troca de experiências e de conhecimentos, em que há, também, a possibilidade de ganho de mercado, tanto americano como mundial, visto que se as leis americanas se apresentarem muito rigorosas, o Brasil poderá assimilar uma fatia do mercado que não aceitar, ou não se adequar às novas normas americanas. Para tanto, analisaremos nos itens seguintes os dois sistemas na atualidade, destacando a importância no acompanhamento das modificações que estão por vir.

Com essas elucidações, no desenvolvimento do artigo, analisar-se-á o processo histórico de desenvolvimento do sistema de resseguro nos dois países, levando-os ao momento atual, e, possivelmente, prevendo alterações legislativas que serão determinantes para tomadas de decisão de todas as empresas ligadas a essa atividade.

## **1 Definição de seguro, cosseguro, resseguro e retrocessão**

### **1.1 Seguro**

Para a compreensão do presente artigo, principalmente em relação ao entendimento das operações de resseguro, apresentaremos as principais definições e informações sobre o tema.

De acordo com o *Código Civil*, art. 757, de 2002, o contrato de seguro é aquele em que a parte seguradora assume, mediante o recebimento de determinados valores, que é o prêmio, a obrigação de garantir direito legítimo do segurado. Esse interesse refere-se à exigência do pagamento de um possível sinistro, se ocorrer. O principal motivo que leva o segurado a contratar o seguro é a prevenção de um possível dano ou perda.

Nesse negócio jurídico, o valor a ser pago pelo segurado, a título de prêmio, é calculado com base em métodos estatísticos desenvolvidos pela matemática atuária, que determina a probabilidade de ocorrência dos eventos futuros, incertos e danosos garantidos pelo contrato de seguro, de modo que o valor arrecadado seja suficiente para constituir fundo capaz de indenizar os

prejudicados pela verificação de sinistros e cobrir as despesas operacionais da sociedade empresária.

A função da atividade securitária é, em termos gerais, a socialização entre as pessoas expostas a determinados riscos, como por exemplo: o roubo de um carro ou um acidente de trabalho que cause invalidez permanente. Segundo Lambert-Faivre (1985, p. 37), essa atividade se configura como “uma operação antialeatória de luta coletiva”, cuja característica mais marcante é o mutualismo de suas relações, pois “emprender e assumir responsabilidades exige certa confiança no futuro, e se o seguro não evita os sinistros, dilui os seus efeitos entre todos os segurados”.

Paulo Piza (2002) informa que “o seguro implica uma comunhão de interesses, uma mutualidade de pessoas que se cotizam para garantir coletivamente as consequências do conjunto de sinistros que ocorrem em seu seio por meio do diafragma da empresa”. De acordo com o mesmo autor, “ao seguro não se antepõe; mas, o seguro, antes, pressupõe a formação de um fundo comum de proteção dos segurados mediante um levantamento estatístico, tanto quanto possível e exato, das probabilidades de sinistro, em razão de fatos precisos”.

Calmon de Passos aponta a natureza jurídica da atividade seguradora, enfatizando sua correlação com os interesses coletivos e transindividuais:

A doutrina contemporânea já precisou a natureza peculiar do contrato de seguro. É ele um contrato comutativo, em verdade um negócio jurídico coletivo, integrado pelos muitos atos individuais que aportam para o fundo comum os recursos tecnicamente exigidos para a segurança de todos em relação às incertezas do futuro. A massa comum dos recursos financeiros a ninguém pertence, em termos de propriedade individual, sendo algo em aberto e permanentemente disponível para atender às necessidades que surjam e para cuja satisfação foi constituída. (1999)

A operação de seguro não está livre de riscos que comprometam a possibilidade de adimplemento de todas as indenizações a sinistros que porventura ocorram, o que pode afetar, por fim, a solvência das seguradoras. Os riscos podem ocorrer devido a desvios entre os cálculos sobre a frequência e intensidade históricas dos sinistros empregados na precificação dos prêmios e a verificação dos sinistros que efetivamente ocorreram durante a vigência do contrato de seguro.

## 1.2 Cosseguero

O desequilíbrio causado à atividade securitária pelos riscos impossibilita seu desenvolvimento de forma isolada, o que impõe às seguradoras a necessidade de, em conjunto de medidas com finalidade de se protegerem contra esses riscos para garantirem sua solvabilidade. Essa proteção é assegurada pela ampliação do sistema mutualístico estabelecido pela seguradora entre segurados, o que pode ocorrer de inúmeras formas; dentre as quais destacam-se o cosseguero e o resseguero.

Conforme definição trazida pela Lei Complementar nº 126/07, o cosseguero consiste em “operação de seguro em que 2 (duas) ou mais sociedades seguradoras, com anuência do segurado, distribuem entre si, percentualmente, os riscos de determinada apólice, sem solidariedade entre elas” (art. 2º, §1º, II da Lei Complementar nº 126/07). Por meio do contrato de cosseguero, duas ou mais seguradoras dividem o risco do seguro contratado; cada uma é responsável por uma cota de risco.

Avaliando algumas vantagens e desvantagens do cosseguero em relação ao resseguero, Pedro Alvim (1999) conclui que aquele “poderia criar dificuldades para o segurado, que teria de tratar com diversos seguradores e seria comercialmente contraproducente para o próprio segurador ao revelar suas limitações de negócio, expondo-se a concorrência de congêneres”, enquanto o resseguero, por não depender da atuação direta do segurado, “oferece condições de operar-se com eficiência e rapidez, sem prejuízo da atividade comercial do segurador”. Também em tom de crítica ao cosseguero, Paulo Piza (*Idem*) afirma que “por melhor que possa ser desempenhado, longe estará de promover uma acomodação integral e generalizada que possa evitar até mesmo os mais corriqueiros desníveis quantitativos das carteiras de negócios securitários”.

## 1.3 Resseguero

A Lei Complementar nº 126/07, define resseguero como a “operação de transferência de riscos de uma cedente para um ressegurador” (art. 2º, §1º, III da Lei Complementar nº 126/07). Pelo contrato de resseguero, o ressegurador, mediante o pagamento de um prêmio, se obriga a garantir direito legítimo do segurador contra os riscos próprios de sua atividade, decorrentes da celebração de um ou vários contrato(s) de seguro. Para Ariel Dirube (1990, p.7):

[...] o resseguero é uma forma seguradora de segundo grau em que, através das diversas modalidades, as entidades seguradoras procu-

ram homogeneizar e limitar suas responsabilidades para normalizar o comportamento da carteira de riscos assumidos, por meio da cobertura dos desvios ou desequilíbrios que afetem a frequência, a intensidade, a distribuição temporal ou o valor individual dos sinistros que a afetem.

O resseguro pulveriza o risco, dividindo-o com a(s) seguradora(s), destacando sua relevância no mercado internacional, visto os valores que envolve.

#### 1.4 Retrocessão

A retrocessão é o seguro do resseguro, diluindo ainda mais o risco, de acordo com Paulo Piza:

Trata-se de um contrato que pode ser celebrado com um outro ressegurador, por riscos individuais ou mediante tratados, valendo aduzir para o retrocessionário, que, por sua vez, pode repartir os compromissos por ele assim assumidos mediante a celebração de tratados de segunda ou terceira retrocessão, por exemplo. (2002, p. 294)

Como exemplo de resseguradoras, podemos citar Lloyd's<sup>2</sup>, JMalucelli, Swiss.RE, Munich.RE, Hannover.RE, Mapfre.RE, IRB Brasil.RE.

---

<sup>2</sup> O Lloyd's é o principal mercado especializado em seguros do mundo. Possui 44 agentes e 62 sindicatos que oferecem uma incomparável concentração de subscrição especializada. Lloyd's é a marca de seguro mais conhecida do mundo, mas provavelmente a menos compreendida. Isso porque a Lloyd's não é uma companhia de seguros, mas uma sociedade de pessoas, tanto físicas quanto jurídicas, que subscreve em sindicatos; cujos profissionais de seguro aceitam ou não riscos. O capital de lastro é fornecido por instituições de investimento, investidores especializados, companhias de seguro internacionais e por indivíduos. Os corretores da Lloyd's levam os negócios ao mercado. Os riscos colocados nos *underwriters* originam-se de clientes, de outros corretores e intermediários, de todas as partes do mundo. Juntos, os sindicatos tornam o Lloyd's um dos maiores Seguradores/Resseguradores do mundo. A estrutura do mercado incentiva inovação, rapidez e valorização, sendo, assim, atrativa para os segurados. O acesso imediato aos responsáveis pelas decisões significa que as "respostas sobre a aceitação dos riscos são rápidas, permitindo ao corretor fornecer soluções rápidas e de qualidade". Informações disponíveis em: <<http://www.ascunhabueno.com.br/htmls/resseguro/quemsomos/lloyds.htm>>. Acesso em: 05.out. 12.

## 2 Contexto da atividade resseguradora no Brasil

### 2.1 Histórico do resseguro

A atividade seguradora no Brasil teve início em 1808 com a abertura dos portos ao comércio internacional. A primeira sociedade de seguros a funcionar no país foi a Companhia de Seguros Boa-Fé, que tinha por objetivo operar no seguro marítimo. Somente em 1850, com a promulgação do Código Comercial Brasileiro, por meio da Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, é que o seguro marítimo foi pela primeira vez estudado e regulado em todos os seus aspectos<sup>3</sup>. Com a expansão do setor, as empresas de seguro estrangeiras começaram a se interessar pelo mercado brasileiro, surgindo, em 1862, as primeiras sucursais de seguradoras sediadas no exterior.

Em 1901, o Decreto nº 4.270, e seu regulamento anexo, conhecido como regulamento Murtinho, apresentam regulamentos referentes ao funcionamento das companhias de seguro de vida, marítimo e terrestre, nacionais e estrangeiras, já existentes ou que viessem a se organizar no território nacional. Além de estender as normas de fiscalização a todas as seguradoras que operavam no país, esse regulamento criou a Superintendência Geral de Seguros, ligada diretamente ao Ministério da Fazenda.

Com a criação dessa superintendência, em uma única repartição especializada foram concentradas todas as questões referentes à fiscalização de seguros, antes distribuídas entre diferentes órgãos. Essa jurisdição alcançava todo o território nacional e, de sua competência, constavam as fiscalizações preventivas, exercidas por ocasião do exame da documentação da sociedade, que requeria autorização para funcionar sob a formação de inspeção direta e periódica das sociedades. Em 1906, foi promulgado o Decreto nº 5.072, que substituiu a Superintendência Geral de seguros por uma Inspetoria de Seguros, também ligada diretamente ao Ministério da Fazenda.

Durante as três primeiras décadas do século XX, a regulação da atividade de resseguro foi tratada de forma desigual. Conforme estipulou o art. 8º do Decreto nº 5.072, as companhias preexistentes a esse regulamento estariam somente obrigadas a observar a legislação em vigor no momento de seu estabelecimento. O desequilíbrio em favor das companhias de seguro estrangeiras

---

<sup>3</sup> Informações disponíveis em: <<http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/historia-do-seguro>>. Acesso em: 02.out. 12.

foi muito contestado enquanto vigorou, sendo responsável pelo aumento das demandas por uma nacionalização da atividade de seguros<sup>4</sup>.

Os anos em que as companhias estrangeiras operaram em desigualdade de condições com as nacionais proporcionaram hegemonia destas sobre o mercado nacional de seguros. Além do simples repasse realizado por companhias de seguro estrangeiras a suas matrizes, normalmente em outros países, destaca-se o contrato de resseguro como mecanismo também utilizado para perpetrar a evasão dos valores recebidos a título de prêmio para o exterior.

Por meio principalmente desse mecanismo, que permaneceu livre de regulamentação e fiscalização durante a República Velha, as companhias estrangeiras de seguro e resseguro exerciam importante influência sobre o mercado brasileiro de seguros, controlando, inclusive, seu desenvolvimento, conforme explica Pedro Alvim.

Para esse autor, é importante aos países em vias de desenvolvimento, que precisam se defender do domínio de outros mais adiantados, a interferência do Estado no domínio econômico para fortalecer seus mercados nacionais de seguros e restringir a atuação do empresário estrangeiro, pois, segundo o autor, somente por meio dessa intervenção pode-se: **(a)** manter equilibrada a balança cambial de pagamentos; **(b)** fomentar a previdência contra os riscos que ameaçam o sucesso de empreendimentos, a vida e os bens das pessoas; e **(c)** orientar a aplicação dos fundos arrecadados em proveito do desenvolvimento econômico do país. No contexto em que se encontrava o Brasil, essa foi a melhor opção; no entanto, não apenas o país, mas o mundo mudou e se chegou a um ponto em que o monopólio já não era mais a melhor escolha.

## **2.2 A origem do IRB – Instituto de Resseguro Brasileiro**

A Constituição Federal de 1934, conforme a tendência intervencionista e nacionalista praticada pelo presidente Getúlio Vargas, delegou à União a possibilidade, motivada no interesse público, de constituir monopólio público sobre qualquer indústria ou atividade econômica.

Persistindo no esforço de diminuir a influência estrangeira sobre o mercado brasileiro de seguros e de criar condições para o fortalecimento das seguradoras nacionais, Getúlio Vargas, com base no artigo 135 da CF/37, determinou a absorção, pelo Estado brasileiro, do setor de resseguros em abril de 1939 por intermédio do Decreto-Lei n° 1.186/39, conferindo ao recém-criado

---

<sup>4</sup> (ALVIM, 1980).

Instituto de Resseguros do Brasil (IRB)<sup>5</sup> o monopólio sobre a exploração da atividade ressecuritária no país.

Marly Silva da Motta (2001, p. 103) explica que, segundo avaliação de Frederico Rangel, a necessidade que orientou a decisão do governo Vargas de criar um órgão ressegurador oficial se configurou não somente na averiguada evasão de lucros para o exterior, mas principalmente nos riscos e restrições trazidos ao comércio internacional pelo clima de guerra sentido à época. Assim, “a possibilidade de que os efeitos de um iminente conflito mundial desestruturassem o circuito segurador fortaleceu as posições daqueles que defendiam propostas nacionalizadoras e monopolistas, principalmente no setor do resseguro”, no intuito de proporcionar adequada guarida ao mercado brasileiro de seguros.

Em 1988, a *Constituição Federal*, no art. 192, inciso II, homologou o monopólio do mercado de resseguros no Brasil, prevendo a figura do “órgão oficial ressegurador”, e a edição da Emenda nº 13/96 abriu caminho para mudanças, excluindo o texto acima. Enfim, o Brasil estava se adequando às mudanças mundiais.

### **2.3 Lei complementar 126 – Abertura do mercado de resseguro**

Somente em 2007, com a promulgação da Lei Complementar nº 126, o Estado optou por abrir o mercado, findando, assim, o monopólio do IRB (Instituto de Resseguro Brasileiro).

O fim do monopólio possibilitou uma maior oferta de resseguros e maiores eram as chances de seguradoras menores competirem em melhores condições com as seguradoras de grande porte, na medida em que, com a ampliação de sua capacidade de subscrição de risco, fruto da contratação de resseguro, podiam oferecer garantias melhores ao empresariado nacional. A consequência decorrente das inovações ao mercado ressegurador nacional foi a obtenção de vantagens competitivas por parte dos novos resseguradores.

Com a edição da Lei Complementar 126, destaca-se a valorização de dois princípios: livre concorrência e livre iniciativa.

---

<sup>5</sup> Discurso de Vargas no início das operações do IRB: “Vejo com grande satisfação hoje, aqui realizado, um dos propósitos mais antigos e persistentes do meu governo. Meus esforços foram sempre ludibriados, ora pelo conluio de interesses estranhos aos do país, ora pela resistência de espíritos de boa-fé iludidos nos seus intuitos, ou julgando talvez temerário um empreendimento como este. Não estava nos meus objetivos prejudicar interesses de capitais estrangeiros aqui empregados e que foram, nesta organização, devidamente respeitados. Pretendia apenas organizar, sob a égide de uma fiscalização eficiente, as legítimas atividades industriais que se desenvolvem no país, procurando, porém, evitar que fossem drenadas para o exterior as nossas economias que constituem o sangue e a vida da nacionalidade.”

Os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa estão presentes no art. 170 da *Constituição Federal*. No concernente à organização da nossa ordem econômica, parece inegável o predomínio dos dois princípios.

A livre iniciativa garante a todos a prerrogativa de se lançar no mercado, na exploração de uma determinada atividade, por sua própria conta e risco, não assegurando a prevalência das leis de mercado.

A livre concorrência assegura ao agente econômico a possibilidade de desfrutar da exploração de um setor submetido a regras que permitem uma competição em condições de igualdade, de isonomia com relação aos demais concorrentes.

A livre concorrência envolve a competitividade, a disputa por mais de uma empresa em torno da conquista do mercado, o que gera maior produtividade, melhoria dos preços e qualidade dos produtos.

Com a quebra do monopólio de resseguro brasileiro, esses dois princípios são ratificados e valorizados, indicando oportunidade para o desenvolvimento desse segmento e, conseqüentemente, do país.

Com a abertura do resseguro à livre concorrência, surgiram diversas inovações, fosse em matéria de coberturas diferentes das atuais, em matéria de serviços mais específicos inerentes à regulação de sinistros, o que, possivelmente, resultara em uma redução tanto dos prêmios de seguro pagos pelos consumidores quanto dos prêmios de resseguro, pagos pelos seguradores, visto que tiveram maiores opções de cotação.

Também no que se refere à globalização, favoreceu a abertura do caminho para que houvesse uma maior integração dos mercados resseguradores no âmbito do MERCOSUL, podendo surgir parcerias com empresas de países como a Argentina e o Chile.

Ilan Goldberg (2006, p. 95-96) destaca outros benefícios decorrentes do término do monopólio. Nesse cenário, haverá: (i) abertura para a negociação entre seguradores nacionais e resseguradores estrangeiros; (ii) impacto positivo do resseguro no mercado segurador primário e, por certo, em toda a economia; (iii) oferta mais ampla de produtos; (iv) diminuição dos preços dos prêmios praticados, visto maior concorrência; (v) fluxo de *know how* (conhecimento), considerando que o *expertise* dos resseguradores estrangeiros é consideravelmente superior ao *expertise* acumulado pelo corpo de técnicos do IRB-Brasil Re, seja pelo maior amadurecimento dos resseguradores estrangeiros, ou, até mesmo, pelo tempo em que já vêm exercendo suas funções; (vi) com o mercado ressegurador aberto, acredita-se que o Brasil, como um todo, tornar-se-á mais atrativo para a entrada de capital estrangeiro, o que, na mesma direção, contribuiria para que

fosse melhorada a classificação de risco do país, pois haveria a ampliação de compartilhamento desse *ranking*.

Um dos motivos que levou o governo a promulgar a Lei Complementar 126 foi a preocupação na contratação de seguros das obras do PAC e, principalmente, dos investimentos no pré-sal.

O governo e o mercado aguardam a criação de uma nova empresa estatal, a ser denominada Empresa Brasileira de Seguros S.A. (EBS), que tem como finalidade realizar operações de seguro em qualquer modalidade. A justificativa do governo para essa criação é a suposta incapacidade do setor privado de seguros de garantir grandes projetos governamentais, como as obras oriundas do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e o pré-sal. A depender da forma e atribuições dessa nova empresa, o mercado de resseguros pode vir a se tornar ainda mais atraente para a entrada de novos *players*, ou determinante para a consolidação dos atuais.

A previsão de investimento total da Petrobras para o período 2011-2015 é de US\$ 224,7 bilhões, e somente para a execução dos investimentos do pré-sal, a empresa deverá destinar US\$ 53,4 bilhões até 2015. Diante desse cenário otimista, o setor de resseguros terá grandes oportunidades nos próximos anos, já que o trabalho da indústria petrolífera envolve uma série de proteções, que vão desde o seguro de riscos de engenharia até o seguro-saúde aos colaboradores.

O desenvolvimento da relação existente, no país, entre o Estado e o mercado, de maneira geral, demonstrou que a ordem econômica constitucional brasileira não guarda mais espaço para que prevaleça um regime monopolista em nenhum segmento. Nos segmentos voltados à distribuição de gás canalizado, ao fim da reserva de mercado na navegação de cabotagem, às telecomunicações, à distribuição de energia elétrica e ao petróleo e gás natural, foram dados passos importantes rumo à flexibilização dos monopólios outrora existentes, sendo certo que a recém-sancionada Lei Complementar nº. 126, de 15 de janeiro de 2007, representou o marco que carecia ser alcançado para os mercados segurador e ressegurador brasileiros.

## **2.4 Restrições impostas pela Lei Complementar 126**

Ao impor algumas restrições, o legislador ponderou a avaliação econômica e procurou proporcionar um ambiente estável e favorável ao desenvolvimento do mercado de resseguro nacional ao longo de um determinado período. Esse incentivo, na visão do legislador, à época, seria determinante não apenas no momento inicial de captação de negócios como também no período de

estabilização de sua atividade empresarial, na medida em que permitiria um melhor planejamento, em longo prazo. A principal restrição é a praticada pelo Direito de Preferência, comentado no tópico a seguir.

### 2.4.1 Direito de preferência

Dentro do marco regulatório apontado na Lei Complementar 126, optou-se, em um primeiro momento, por conceder um direito de preferência aos resseguradores locais<sup>6</sup>.

É importante destacar que em marco de 2011 existiam, no país, 7 resseguradoras locais, 27 resseguradoras admitidas, 53 admitidas e 33 corretoras de resseguro.

De acordo com o art. 11 da Lei Complementar nº 126/07, durante os 3 (três) primeiros anos de vigência da norma (finda em janeiro de 2010), as resseguradoras locais tiveram preferência na oferta de 60% (sessenta por cento) dos seguros cedidos; após esse período, esse direito foi reduzido para 40%, nos termos do inciso II do citado dispositivo legal. O direito de preferência, apontado pelo legislador, gerou indisposições com o governo americano, que tem grande interesse no mercado brasileiro.

De acordo com a revista *Isto É*, o escritório de negociação comercial dos Estados Unidos, o USTR, citou o setor de seguros e resseguros como um dos que tem barreiras à presença de companhias estrangeiras; os profissionais desse ramo alegam que as empresas americanas que queiram entrar no mercado brasileiro de seguro e resseguro devem estabelecer à subsidiária, entrar em uma parceria ou adquirir uma empresa local, dificultando a inserção do país.

O governo norte-americano reivindicou ao Ministério da Fazenda mudanças nas regras da regulamentação do setor de resseguros no Brasil após a privatização do Brasil Resseguros S/A (IRB, o antigo Instituto de Resseguros do Brasil).

Os EUA querem que o governo acabe com o depósito de US\$ 5 milhões que será exigido das seguradoras internacionais, que passarão a poder operar no Brasil sem abrir uma empresa aqui. O governo norte-americano também solicitou que fosse aumentado de 10% para 20% o limite máximo de participação no

---

<sup>6</sup> A redação da Lei Complementar apresenta a definição das empresas locais, como: a empresa que abre um escritório no país, com CNPJ próprio, com capital mínimo de R\$ 60 milhões; as empresas eventuais como aquelas que operam no país de origem há mais de 5 (cinco) anos, possuem patrimônio líquido maior do que US\$ 100 milhões, nível mínimo de classificação de risco, e possuem US\$ 5 milhões para garantir suas operações internas; e as empresas admitidas, que são as eventuais, que recebem autorização para operar de acordo com suas necessidades de negócio no Brasil, operam no país de origem há mais de 5 (cinco) anos, possuem patrimônio líquido maior do que US\$ 150 milhões e nível mínimo de risco.

mercado permitido às chamadas seguradoras “eventuais” – empresas que farão operações de resseguro no Brasil sem manter uma representação no país.

Dessa forma, reivindicam maior liberdade de negociação e participação no mercado de resseguro brasileiro. Para o Brasil, o interesse americano é uma grande oportunidade de alavancar os negócios; portanto, para empresários, governantes e legisladores de grande relevância, o conhecimento do sistema de resseguro americano pode destacar pontos estratégicos para o desenvolvimento desse mercado.

## **2.5 Percepções do mercado de resseguro no Brasil – Pós Lei Complementar**

No ano de 2007 foi promulgada a Lei Complementar nº 126; com ela houve a abertura do mercado brasileiro de resseguros, em pesquisa realizada pela KPMG. No ano de 2011, já completados 3 (três) anos de vigor da lei, constataram que seu saldo foi positivo, mesmo com as dificuldades apresentadas.

Os eventos esportivos (Copa do Mundo e Olimpíadas), o pré-sal e os programas governamentais de investimentos em infraestrutura demonstram um forte crescimento da indústria nacional de seguros, para a qual é necessário contar com o apoio do mercado internacional de resseguros.

Os benefícios que vêm sendo colhidos evidenciam o acerto da mudança implementada e as discussões fazem parte desse processo de consolidação. Na pesquisa realizada pela KPMG, em termos numéricos, constatou-se que 100% dos respondentes concordam que a gestão de risco das seguradoras melhorou; e 83% informaram que as seguradoras estão mais lucrativas. Outro aspecto observado foi que a crise econômica, que atingiu muitos países ricos, pouco afetou as seguradoras brasileiras, como destaca a opinião de 70% dos entrevistados. Quanto às perspectivas do segmento, 83% acham que nos anos de 2012 e 2013 as seguradoras vão crescer, pelo menos, 10% ao ano; e as resseguradoras crescerão 50%.

Em 2011, o faturamento do mercado de resseguros no país foi de US\$ 2,5 bilhões, com possibilidade de triplicar nos próximos 10 ou 20 anos. Em 2010, a IRB-Brasil foi líder, com 54% de faturamento.

Aspectos destacados na abertura do mercado de resseguros:

- percepção de 100% dos entrevistados de que as seguradoras ficaram mais lucrativas e que têm uma melhor gestão de seus riscos;

- como ponto fraco, a criação de novos produtos resultantes da abertura tanto de pessoas como de ramos elementares, possuindo oferta pequena;
- as respostas indicaram que os agentes acham que os custos de resseguro estão menores;
- necessidade urgente de aumento da mão de obra qualificada; e
- desenvolvimento da cultura de disseminação do conhecimento com a participação dos segurados e corretores de seguro, troca de *know how* entre seguradoras e resseguradoras.

Portanto, embora a melhora pós-abertura de mercado seja visível, acredita-se que adequações e melhorias são cruciais para a consolidação desse segmento no Brasil. Para tanto, um estudo minucioso sobre a regulamentação do mercado americano faz-se de grande valia, visto que esse mercado também passa por um momento de adequações e adaptações ao cenário mundial atual.

### **3 O mercado de resseguro nos Estados Unidos da América**

#### **3.1 Momentos marcantes na história do resseguro americano**

Conforme comenta Ilan Goldber (2006, p. 190-191), o mercado norte-americano passou por três momentos importantes no que se refere ao resseguro.

O primeiro ocorreu no século XIX, porque praticamente não existia preocupação com a rigorosidade econômico-financeira.

A oferta de coberturas a preços baixos, aliada à aceitação de riscos ruins, isto é, suscetíveis a sinistros de grandes proporções, colocou o mercado em uma situação muito delicada, o que motivou a preocupação estatal para que se iniciasse a regulação.

O segundo momento foi marcado por um julgamento realizado pela Suprema Corte dos EUA, em 1914, em uma demanda movida pela German Alliance Insurance Company contra Lewis em que, de maneira diferente para os padrões da época, aquela Corte concluiu que a regulação da atividade seguradora estava relacionada com o interesse público.

O terceiro momento ocorreu na década de 1980, pois, seduzidos pelos altos rendimentos pagos pelo mercado financeiro, sobretudo os decorrentes dos altos juros praticados nos anos 1970, os seguradores decidiram direcionar suas reservas de capitais para aplicações no mercado financeiro. Para que pudessem captar mais recursos e, conseqüentemente, investir mais, concordaram com riscos

de quaisquer naturezas, inclusive riscos ruins, deixando, em segundo plano, a operação securitária.

Nos anos 1980, as taxas de juros começaram a baixar de maneira vertiginosa, ou seja, o retorno decorrente das aplicações também começou a declinar – o que motivou a necessidade de que as preocupações se voltassem especificamente às operações de seguro propriamente ditas, não as operações financeiras. Nessa ocasião, a aceitação de quaisquer riscos fez com que os seguradores sentissem dificuldades em administrar suas reservas técnicas frente aos sinistros ocorridos. A opção pelas operações financeiras em detrimento das operações securitárias ficou conhecida como *cash flow underwriting*, ou “subscrição de fluxo de caixa”, e colocou o mercado em uma grave crise.

Portanto, analisando os três momentos acima identificados, nota-se que as experiências vividas nos EUA tornaram claríssima a necessidade de o mercado segurador e ressegurador serem regulados, já que estavam intrinsecamente relacionados ao interesse público.

Cumpra-se a importância destinada pelas autoridades competentes às restrições impostas aos seguradores, objetivando que não subscrevessem riscos que excedessem suas capacidades de retenção, evitando-se, dessa maneira, problemas potenciais em sua origem.

Desde 1945, cada estado integrante dos EUA apresentava regulamentações específicas referente ao seguro e ao resseguro, ou seja, para que seguradores e resseguradores pudessem exercer suas atividades, deveriam ser observadas normas diferentes, conforme fosse o estado em que estivessem atuando.

O interesse pela padronização das normas inerentes à regulação fez com que, em 1871, fosse criada a National Association of Insurance Commissioners<sup>7</sup> – NAIC.

Mesmo não dispondo de autoridade para normatizar diretamente os resseguradores estabelecidos nos diversos estados do país, a NAIC foi bem-sucedida em sua tarefa de fazer com que suas normas passassem a ser observadas (WANG, 2003, p. 35).

As principais vertentes sobre as quais incide a regulação do resseguro nos EUA são as seguintes (*Ibid idem*, p. 36):

- (i) **Condução dos negócios de resseguro mediante autorização:** o primeiro passo a ser dado para que um ressegurador possa atuar livremente no território norte-americano consiste na obtenção de autorização em seu estado de origem. Após sua obtenção, em regra

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.naic.org/>>. Acesso em: 04.out. 12.

haverá liberdade para que o estado em questão ofereça coberturas ressecutárias tanto em seu estado de origem quanto em outros estados;

- (ii) **Restrições à retenção de riscos:** é comum restringir a capacidade de retenção de riscos por parte dos seguradores cedentes a fim de evitar exposição excessiva de sua capacidade patrimonial na hipótese de ocorrência de sinistro de grandes proporções;
- (iii) **Os contratos de resseguro celebrados pelos seguradores cedentes:** a regulação do resseguro nos EUA está essencialmente focada nas coberturas ressecutárias obtidas pelos seguradores. A contratação de uma cobertura proveniente do resseguro somente é considerada como um ativo, ou como uma redução de reserva técnica quando o resseguro é oferecido por aquele que tenha autorização para atuar no estado em que foi realizado o negócio; à hipótese de a cobertura ser oferecida por um ressegurador que tenha filial nos EUA, haverá necessidade de que ele submeta sua documentação contábil à conferência das autoridades competentes; o ressegurador deverá manter sólidas aplicações financeiras em instituição financeira norte-americana reconhecida;
- (iv) **Regulação do conteúdo dos contratos de resseguro:** diferentemente do que se sucede com os contratos de seguro, nos quais há intensa regulação por parte das autoridades estabelecidas nos diversos estados dos EUA, no contrato de resseguro inexistente regulação incisiva sobre o conteúdo dos contratos.

Essas vertentes demonstram que, apesar de possuírem experiência no mercado de resseguros, os EUA ainda precisam dar alguns passos à frente, como a regulação dos conteúdos de contratos de resseguro.

### 3.2 Cláusulas obrigatórias em contratos de resseguro norte-americanos

Seja em razão da especificidade, seja em razão da complexidade e, além disso, considerando que as coberturas ressecutárias deverão, em última instância, trazer benefícios aos próprios segurados, as autoridades regulatórias do resseguro nos EUA costumam obrigar a inserção de três cláusulas nos contratos celebrados, quais sejam: 1ª) **Insolvency clause:** (cláusula de insolvência), que importa na impossibilidade de que o ressegurador se exima de suas responsabilidades caso o

segurador primário torne-se insolvente; 2<sup>a</sup>) *Service of process clause* (cláusulas de representação processual), cujo significado é o de que caberá ao ressegurador dispor de um representante nos EUA que atue em seu nome; 3<sup>a</sup>) *Intermediary clause* (cláusula de intermediação), estipulando que o intermediário é um agente do ressegurador com o objetivo de receber e pagar quantias (*Ibid idem*, p. 37).

Nota-se preocupação em harmonizar as normas de regulação do resseguro visando facilitar a atuação de seus resseguradores em âmbito internacional, e, havendo possibilidade, não só no continente europeu ou no continente americano, mas em âmbito mundial. Quanto ao mercado ressegurador norte-americano, convém esclarecer que, não obstante a realização da regulação com nuances distintas de estado para estado, o papel da NAIC – National Association of Insurance Commissioners – consiste em, justamente, buscar uma padronização dos aspectos regulados, zelando por: (i) proteção ao interesse público; (ii) promoção da concorrência no mercado; (iii) tratamento justo e igualitário aos consumidores; (iv) solvência dos seguradores; e (v) apoio e desenvolvimento da regulação<sup>8</sup>.

A inserção obrigatória da cláusula de insolvência mencionada presta-se justamente para evitar que com a insolvência do segurador primário o segurado venha a ser sacrificado, podendo-se valer, em uma situação como essa, de iniciativa a ser diretamente tomada contra o ressegurador.

#### **4 Paraísos fiscais e tendências da regulação americana de resseguro**

Ao longo das duas últimas décadas, tem havido um aumento notável no uso de paraísos fiscais para permitir a corporações multinacionais reduzir ou evitar os impostos norte-americanos. Esses paraísos fiscais *off-shore* esgotam os cofres públicos de receitas.

Empresas responsáveis e sustentáveis estão em desvantagem competitiva quando outras empresas escondem seus ativos em paraísos fiscais e evitam o pagamento de impostos.

Sonegação priva a nação americana de receitas necessárias para manter e modernizar a infraestrutura subjacente a uma economia forte. O progresso econômico americano é prejudicado quando as empresas são recompensadas por manipulação financeira, ao invés da criação de inovação, investimento e trabalho produtivo. Além disso, o uso dos paraísos permite que os riscos sistêmicos

---

<sup>8</sup>Trata-se da missão da National Association of Insurance Commissioners. Disponível em: <[http://www.naic.org/index\\_about.htm](http://www.naic.org/index_about.htm)>. Acesso em: 02.out. 12.

fiquem escondidos. Como exemplo, em 2008 os EUA tiveram uma quantidade de US\$ 33 bilhões em contratos de resseguro. Desses, US\$ 21 bilhões foram para as Bermudas. Para se tornarem competitivas, empresas de seguro nacionais formam empresas *off-shore* em paraísos fiscais com o objetivo principal de evitar impostos, mantendo apenas presença superficial nesses países.

Em reportagem publicada no jornal *Valor Econômico*, Martin Feldstein relata que, além dos problemas enfrentados com a sonegação fiscal, visto a redução nos recolhimentos de impostos, os EUA enfrentam uma calamidade fiscal, reforçada pelo fato de que estão focados no “abismo fiscal” que ameaça se materializar em 2013, quando todas as alíquotas de impostos subirão, subtraindo o equivalente a mais de 3% do PIB das famílias e empresas. Os cortes automáticos de gastos do governo com programas de defesa e não defesa subtrairão outro 1% do PIB.

Como exemplo da preocupação do país em minimizar, e até mesmo sanar os desafios alhures, os EUA estão aumentando a regulação fiscal. Em 2010 criaram o FATCA, lei de conformidade tributária para contas estrangeiras. Também estão mais rigorosos na fiscalização de operações de seguros e resseguros, destacando que essa fiscalização e restrição podem indicar oportunidade de negócios para o Brasil.

A recente legislação americana indica uma tendência do congresso daquele país em avocar para a esfera federal a regulação do mercado de seguro, o que poderá vir a alterar substancialmente as regras aplicáveis a grandes seguradoras e resseguradoras.

No que tange ao mercado de resseguro propriamente dito, a redação incentiva um ambiente regulatório mais uniforme para esse setor, o que pode indicar, já nesse momento, a preocupação do governo federal daquele país em estabelecer regras mais claras e precisas para o sistema financeiro nacional.

Assim, a depender de desdobramentos legislativos nos Estados Unidos, que podem vir a criar barreiras ou estipular exigências de difícil cumprimento, é possível que o Brasil venha a se tornar ainda mais competitivo como outra opção no mercado de resseguros para novos investimentos. O Brasil e os Estados Unidos, em se tratando de dois mercados razoavelmente novos no que diz respeito à regulação Federal, são necessários e enriquecedores para um acompanhamento das inovações regulatórias deste país, podendo revelar-se apropriado e útil na medida em que poderão, de alguma forma, influenciar o desenvolvimento legislativo e o comportamento do mercado de resseguros brasileiro.

## Considerações finais

1. A Lei Complementar nº. 126, de 15 de janeiro de 2007, foi o marco essencial e necessário para os mercados segurador e ressegurador brasileiros. Dificilmente um país se desenvolve com a monopolização de um segmento;

2. A abertura de mercado de resseguros possibilita o surgimento de inovações, como coberturas diferentes, serviços mais específicos inerentes à regulação de sinistros, o que pode resultar na redução tanto dos prêmios de seguro pagos pelos consumidores quanto dos prêmios de resseguro, pagos pelos seguradores, visto que terão maiores opções de cotações, fazendo valer os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência;

3. A regulação do resseguro no país deverá ficar sob a responsabilidade de agência reguladora independente, a cujos diretores sejam assegurados mandatos fixos com a finalidade de que a mão de obra lotada nessa agência possa se especializar com maior profundidade e, além disso, para que o próprio Governo Federal possa transferir as responsabilidades regulatórias que ordinariamente lhes são características, garantindo-se, com isso, a imparcialidade e a liberdade necessárias para que a regulação do resseguro esteja livre das capturas pública e/ou privada;

4. Após sancionada a Lei Complementar nº 126, é necessário que o Brasil estude e execute algumas experiências de países, como os Estados Unidos da América, que não exerciam o monopólio e possuem experiência nesse mercado;

5. As principais vertentes sobre as quais incide a regulação dos contratos de resseguro nos EUA estão bem delimitadas e poderiam servir de base para o mercado brasileiro;

6. Os EUA estão dispostos a unificar as normas de regulação do resseguro visando facilitar a atuação dessas empresas em âmbito internacional e, havendo possibilidade, não só no continente europeu ou no continente americano, mas em âmbito mundial, o que influenciará sobremaneira o mercado brasileiro. Nesse aspecto, é de grande valia observar as implementações e modificações que estão por vir, para o desenvolvimento de nosso próprio sistema e para ganho de mercado.

## Referências

ALVIM, P. *O Contrato de Seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02.out. 12.

- BRASIL. Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007. Dispõe sobre a política de resseguro, retrocessão e sua intermediação, as operações de cosseguro, as contratações de seguro no exterior e as operações em moeda estrangeira do setor securitário; altera o Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp126.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp126.htm)>. Acesso em: 02.out. 12.
- BRASIL. *Código Civil*: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: confrontado. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Jones F. Alves e Mario Luiz Delgado. 3. ed. São Paulo: Método, 2003.
- BOTTI, P. E. de F. *Introdução ao Resseguro (para brasileiros)*. São Paulo: Nobel, 1995.
- DIAS, A. O. “Resseguro e Desenvolvimento: entre Estado e Mercado, Lei e Contrato.” 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8386/61080200031.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24.set. 12.
- DIRUBE, A. F. *Manual de Resseguros*. Buenos Aires: General Cologne Re, 1990.
- FELDSTEIN, M. “Para corrigir problema fiscal dos EUA”. *Valor Econômico*, São Paulo, 02/10/2012, Caderno A-15.
- GOLDBERG, I. “Do Monopólio à livre concorrência: a Criação do Mercado Ressegurador Brasileiro”. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Cândido Mendes. Disponível em: <[http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=23](http://www.pmd-ucam.org/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=23)>. Acesso em: 24.set. 12.
- HILL PRADOS, M. C. *El Reaseguro*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995.
- KPMG Auditores Independentes. “Abertura do Mercado de Resseguro no Brasil: Percepções do mercado”, 2001. Disponível em: <[http://www.kpmg.com/BR/PT/Estudos\\_Analises/artigosepublicacoes/Documents/Financial-Services/Abertura\\_do\\_Mercado\\_de\\_Resseguro\\_no\\_Brasil.pdf](http://www.kpmg.com/BR/PT/Estudos_Analises/artigosepublicacoes/Documents/Financial-Services/Abertura_do_Mercado_de_Resseguro_no_Brasil.pdf)>. Acesso em: 03.out.12.
- LAMBERT-FAIVRE, Y. *Droit des Assurances*. Paris: Dalloz, 1985, p. 37 *apud* PIZA, P. L. de T. *O Contrato de Resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*. São Paulo: IBDS, 2002.
- MARTINS-COSTA, J. “O Cosseguro no Direito Brasileiro: entre a Fragilidade da Prática e a Necessidade de Reconstrução Positiva do Instituto”. In: Instituto Brasileiro de Direito do Seguro (org.). II Fórum de Direito do Seguro José Sollero Filho. São Paulo: IBDS, 2002.
- PIZA, P. L. de T. *O Contrato de Resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*. São Paulo: IBDS, 2002.
- PASSOS, J. J. C. de. “A Atividade Securitária e sua Fronteira com os Interesses Transindividuais: responsabilidade da SUSEP e Competência da Justiça Federal”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 88, v. 763, mai de 1999.
- RANGEL, F. “A Organização do Instituto de Resseguros do Brasil”. *Revista do IRB*. Ano 1, nº I, jun de 1940.

REIS, M. M. & VIANNA, F. V. A. “O Resseguro Após Janeiro de 2010”. *Revista Opinião*. Disponível em: <<http://www.siqueiracastro.com.br/downloads/newsMidia/349.pdf>>. Acesso em: 24.set.12.

REVISTA ISTO É. Disponível em: <[http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/93120\\_VIDA+MILIONARIA](http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/93120_VIDA+MILIONARIA)>. Acesso em: 25.set.12.

TZIRULNIK, E.; CAVALCANTI, F. de Q. B.; PIMENTEL, A. *O Contrato de Seguro: De Acordo Com o Novo Código Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WANG, W. H. *Reinsurance Regulation: a Contemporary and Comparative Study*. London: Kluwer Law International, 2003.

Unfair Advantage – The Business Case Against Overseas Tax Havens. Disponível em: <<http://businessagainsttaxhavens.org/time-to-close-the-tax-haven-loophole/>>. Acesso em: 27.set. 12.

---

Recebido em: 17/12/2012

Aprovado em: 22/11/2013

# A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS COMO INSTRUMENTO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL

THE SOCIAL FUNCTION OF CONTRACTS AS AN INSTRUMENT  
FOR SUSTAINABLE ECONOMIC DEVELOPMENT

---

Bruno Ferraz Hazan<sup>1</sup>

Luciana Costa Poli<sup>2</sup>

## Sumário

1 Introdução; 2 O contrato contemporâneo: uma visão funcional; 3 Função social do contrato: visão geral; 4 Buscando um horizonte interpretativo para a função social dos contratos; 5 Meio ambiente e função social dos contratos: interface necessária; 6 Considerações finais; Referências.

## Summary

1 Introduction; 2 The contemporary contract: a functional view; 3 Social function of contracts: overview; 4 Seeking a fourth interpretive horizon for social function of contracts; 5 Environmental and social function of contracts: required interface; 6 Final considerations; References.

## Resumo

O trabalho faz uma releitura do contrato e procura traçar um perfil funcional e promocional do instituto em busca de um desenho contratual que exprima a principiologia constitucional. O estudo do tema procurará demonstrar que o contrato não cabe mais em uma moldura individualista, que procura a satisfação apenas de interesses das partes. O modelo contratual que se propõe é aquele em que está presente, também,

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Privado pela PUC/MG.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Privado pela PUC/MG. Coordenadora do curso de Direito de Família no CAD – Centro de Atualização em Direito.

a preocupação com uma finalidade solidarista que orienta o ordenamento constitucional. O trabalho abordará de forma breve a evolução histórica do contrato e analisará as funções que deve desempenhar na contemporaneidade, em especial a função social. Nesse contexto, analisaremos a dinamicidade da relação contratual que a conecta diretamente à sociedade e ao meio ambiente. Dessa forma, permeando a função social do contrato, defendemos a ideia de que o contrato é instrumento que deve espelhar os ideais solidaristas da ordem constitucional que deve colaborar para o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Função Social dos Contratos; Princípio da Solidariedade; Desenvolvimento Econômico Sustentável.

### **Abstract**

The work is a reinterpretation of contract and seeks to draw a functional and promotional profile of the institute, seeking a contract design that expresses the constitutional principles. The study of the subject will seek to demonstrate that the contract no longer fits into an individualistic frame, which seeks only the satisfaction of interests of the parties. The contractual model that is proposed is one in which also contains the concern with a solidaristic purpose that guides the constitutional system. The work will address briefly the historical evolution of the contract and will examine the roles it should play in contemporary society, especially the social function. In this context, we analyze the dynamics of the contractual relationship that connects directly to society and to the environment. Thus, permeating the social function of the contract, we defend the idea that the contract is an instrument that should reflect the solidaristic ideals of the constitutional order that should collaborate for the sustainable development.

Keywords: Social Function of Contracts; Principle of Solidarity; Sustainable Economic Development.

## **Introdução**

O trabalho se propõe a analisar o papel funcional que o contrato pode desempenhar na sociedade. Pretende-se demonstrar que contrato, hoje, é instrumento dinâmico, voltado não apenas à satisfação dos interesses ou necessidades individuais das partes, mas direcionado também à produção de efeitos externos às partes contratantes.

Partindo de uma visão histórica, que perpassa o modelo contratual que adentrou o movimento oitocentista de codificação por meio da ideologia burguesa, que apregoava a não intervenção do Estado e elevava a manifestação da vontade dos contratantes ao caráter de dogma, passa-se a analisar o contrato sob sua feição atual, que estabelece novos parâmetros para a contratação.

Nesse contexto, a funcionalização do contrato é visível com a adoção de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002, que claramente tiveram inspiração nos valores e princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Da autonomia da vontade, marca do Estado liberal, passa-se ao conceito de autonomia privada. A liberdade de contratar sofre limitações, como a função social, a boa-fé objetiva, os princípios e valores constitucionais. O contrato, agora, é palco para que os atores individuais atuem em prol de interesses outros que não meramente alcançar a finalidade econômica do contrato.

A função social, segundo a concepção que se apresentará, preconiza, sobretudo, que as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram voluntariamente, mas também porque interessa à sociedade a tutela das situações jurídicas geradas com a contratação.

A liberdade contratual, na acepção atual, passa a ser compreendida como um poder-dever. Ao facultar ao indivíduo o poder de contratar, impõe-lhe o ordenamento jurídico o dever de fazê-lo de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido.

Impõe às partes o dever de perseguir, não apenas seus próprios interesses, mas, ainda, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se inter-relacionam com o contrato de alguma forma ou são por ele atingidos.

A contratação, segundo a concepção que se apresentará, acompanha todo o processo econômico e dele não se desvincula, exercendo uma influência direta no meio ambiente, seja no natural ou artificial.

Assim, procurar-se-á demonstrar que o entrelaçamento entre o desenvolvimento sustentável e o fenômeno contratual é estreito: o contrato há de se revelar como instrumento útil a fomentar relações saudáveis e úteis entre indivíduo e meio ambiente. Relações que devem se estreitar principalmente se considerarmos a responsabilidade que temos com as gerações futuras.

## **1 O contrato contemporâneo: uma visão funcional**

A teoria contratual atual sustenta que o contrato é:

[...] relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiro. (NALIN, 2007, p. 253)

A conformação do contrato contemporâneo em muito se difere do modelo contratual romano, marcado pelo rigor formal, observância de ritos específicos a cada tipo contratual<sup>3</sup>, visão estática e função essencialmente econômica.

O contrato hoje é instrumento dinâmico, voltado não apenas à satisfação dos interesses ou necessidades individuais das partes, mas direciona-se também à produção de efeitos externos às partes contratantes.

Atenua-se, conseqüentemente, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, princípio clássico cultuado no Estado Liberal que pregava que o contrato só interessava aos próprios contratantes. Não se considerava, nesse contexto, a extensão dos efeitos do contrato à sociedade. Se o Estado Liberal não intervencionista não se preocupava em materializar o equilíbrio contratual entre as partes, bastando a observância da justiça formal, sequer voltava os olhos para os possíveis nefastos efeitos que a contratação poderia exercer em seu entorno.

Nessa perspectiva, o contrato, exaltado por Roppo (2009, p. 32) como a “mola propulsora do capitalismo” assume novas funções, ao lado da tradicional função econômica. Fala-se em função pedagógica, o contrato como meio de aproximação do cidadão comum com o ordenamento jurídico, já que a contratação desperta ou deveria despertar a curiosidade, ou mesmo a necessidade de consulta à legislação pertinente. O contrato educa, ensina, civiliza o homem (FIÚZA, 2011, p. 315).

Formando a tríade, há a função social, tema de acalorados debates, dada sua enorme relevância, repercussão e miríade de nuances – tema a ser analisado no capítulo seguinte.

O contrato, na moldura da ideologia do Estado Liberal, era palco de uma pretensa liberdade “ilimitada” das partes para autogerirem seus interesses privados. Cunhou-se o princípio da autonomia da vontade como “o poder ou a possibilidade de o indivíduo produzir direito que, no campo contratual, corresponde à chamada *liberdade contratual*” (MELO, 2011, p. 82).

---

<sup>3</sup>“Não bastava o enunciado da lei. Tornava-se preciso, também, um conjunto de sinais exteriores, como que ritos de uma cerimônia religiosa, chamada contrato, ou processo judicial. Por esse motivo, para haver qualquer venda, deviam usar um pedaço de cobre e a balança; para comprar algum objeto, era necessário tocá-lo com a mão, *mancipatio*; quando se disputava qualquer propriedade, tratava-se de um combate fictício, *manuum consertio*” (COULANGES, 1995, p. 74).

Consequentemente, a liberdade de contratar passou a ser conjugada com a obrigatoriedade contratual. Quem contrata, contrata porque quer, estabelece as próprias regras (o contrato faz lei entre as partes), e, por conseguinte, obriga-se a seu cumprimento – daí a máxima *pacta sunt servanda*.

Encobre-se o contrato, nessa época, de inviolabilidade, seja perante o Estado, seja perante a sociedade. Cria-se, assim, um vínculo negocial dotado de legitimidade e verdadeira normatividade entre as partes, demonstrando a hegemonia da ética individualista, dominante no ambiente impulsionado pela burguesia (ROPPO, 2009, p. 32), que via no contrato o meio para propagar a aquisição de bens. O ideário liberal, concentrado em suas metas não intervencionistas, proclama: “quem diz contratual diz justo” (MELO, 2011, p. 78).

Nesse contexto, o contrato está a salvo de qualquer intervenção, já que o direito reduzia-se quase que exclusivamente a uma função legislativa, não havendo espaço para uma atividade verdadeiramente interpretativa. Os modelos legais, a exemplo o *Code Napoléon*, deveriam ser aplicados quase que automaticamente, ignorando a complexidade do tecido social. Vagava-se por uma racionalidade esmagadora de qualquer exercício dialético com a realidade existente.

O papel do magistrado, segundo a célebre expressão de Montesquieu, era apenas de *bouche de la loi*, a aplicação da lei era meramente por subsunção àquilo que havia sido previsto pelo legislador. Nada mais deveria ser realizado pelo juiz além da indicação da lei. Tudo em prol da segurança jurídica e do respeito às esferas individuais invioláveis dos particulares.

Esse é o modelo contratual que adentrou o movimento oitocentista de codificação, primeiro na França, depois na Alemanha. Fruto da vitória política da classe burguesa, o *Code Napoléon* é o primeiro grande código da Idade Moderna, refletindo uma França pós-revolucionária, mantendo-se fiel às diretrizes desse movimento. A igualdade, a liberdade e a fraternidade, no campo político, se tornariam, no campo jurídico-contratual, liberdade de contratar, de escolher com quem contratar e de estipular o conteúdo do contrato. “O legislador francês do *code civil* concebeu o contrato como mero instrumento de aquisição e transferência da propriedade, não sendo aquele um instituto autônomo, mas servil a esta” (MELO In: LOTUFO; NANNI, 2011, p. 78).

Décadas após a promulgação do *Code*, o Código Civil alemão de 1896 (*Bürgerliches Gesetzbuch*), inspirado ainda no pensamento liberal-burguês e baseado no estudo da Escola Pandectista alemã, desenvolveu uma teoria do contrato, identificando-a a uma categoria geral e abstrata, a do negócio jurídico. Segundo Amaral:

A categoria do negócio jurídico surge, assim, como produto de uma filosofia político-jurídica que, a partir de uma teoria do sujeito, com base na sua liberdade e igualdade formal, constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo da sua atividade jurídico-patrimonial. (2008, p. 387)

A sistematização da teoria do negócio jurídico formou um arcabouço teórico que enclausurou o contrato a uma categoria hermética e impermeável, a uma mera espécie do gênero negócio jurídico, impenetrável às nuances que o contrato de fato assume. Essa visão míope do que seria o contrato não poderia prosperar, pois ignorava todos os elementos dinâmicos da relação contratual.

O contrato assim concebido, como fruto da autonomia da vontade e justiça formal, tornou-se escravizador, já que mero instrumento de sujeição de um indivíduo sobre outro, criou-se uma relação de submissão dadas as enormes discrepâncias: econômicas, sociais e culturais dos contratantes. O limbo abstrato no qual o direito permanecia era incapaz de dar concretude a qualquer pretensão equilíbrio contratual.

A deficiência desse modelo, dessa teoria negocial estruturada, científica, mas afastada da realidade, embora tardia, manifestou-se: o contrato não se encaixa em categorias estruturais pré-definidas, é o “ocaso do negócio jurídico” (FIÚZA, 2011, p. 205).

A constatação dessa deficiência foi sentida após a deterioração do Estado Liberal. O panorama apresentado marcou a modernidade e o século XIX, imerso no contexto de ruptura com os Estados absolutos e na necessidade de afirmação do capitalismo como sistema econômico e da burguesia como classe dominante (ROPPO, 2009, p. 122).

A pós-modernidade se caracteriza por uma feição intervencionista e pela positivação de regras jurídicas, principalmente por uma construção principiológica que tem a pretensão de garantir direitos sociais, econômicos e culturais, demonstrando uma alteração de foco: da igualdade formal para a igualdade substancial (AMARAL In: NAVES; FIÚZA; SÁ, 2003, p. 72).

Abalam-se as estruturas conceituais sobre as quais o conceito clássico de contrato se assentava, já que “o Estado social, desde seus primórdios, afetou exatamente os pressupostos sociais e econômicos que fundamentaram a teoria clássica do contrato” (LÔBO, 2011, p. 20). Abrem-se novas bases para um desenho contemporâneo de contrato.

Ao contrato, como dissemos no início deste capítulo, são atribuídas outras funções, mirando não apenas as partes contratantes, mas a coletividade. Nessa perspectiva, de “figura jurídica central do capitalismo” (ROPPO, 2009, p. 22), passa a sofrer alterações em sua base principiológica, que começa a lhe impor restrições e formatações que o levam a cumprir não apenas um “papel de vestimenta jurídica para as operações econômicas” (*Ibid idem*, p. 23), mas também de concretização da almejada justiça social (BARROSO & MORRIS, 2008, p. 41). “A intangibilidade da vontade individual cede frente à exigência de justiça social” (BIANCA, 2007, p. 56).

A funcionalização do contrato é visível com a adoção de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002<sup>4</sup>, de caráter cogente, incidem na formação, conteúdo e realização dos contratos, fomentando “formas de intervenção legislativa sobre o regulamento contratual, particularmente incisivas, e a *formas de restrição da autonomia privada particularmente penetrantes*” (ROPPO, 2009, p. 34).

De acordo com Canaris (1996, p. 143), a cláusula geral se caracteriza por “ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo”.

Da autonomia da vontade, marca do Estado Liberal, passa-se à autonomia privada, a liberdade de contratar sofre limitações, como a função social, a boa-fé objetiva, os princípios e valores constitucionais. A liberdade dos contratantes encontra-se “*fundamentalmente subordinada à solidariedade social*” (BIANCA, 2007, p. 57).

Aduz Neves (2010, p. 62) apregoa que:

[...] por um lado, a concreta e material realização do direito faz com que as normas legais se vejam duplamente transcendidas, relativamente às possibilidades normativas que objetivam, pela simultânea e constitutiva referência aos princípios fundamentantes do direito enquanto tal (do normativamente integral sistema do direito) e ao *concretum* problemático dessa realização, e que, por outro lado, o direito que legalmente se realiza é ele próprio um *continuum* constituindo em função de uma dialética normativa que articula os princípios normativo-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais.

<sup>4</sup> Em especial os artigos 421 e 422. Art. 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A intervenção do Estado no universo contratual, ou dirigismo contratual, pretende direcionar o contrato como instrumento de implementação das políticas e valores sociais almejadas pelo Estado. O direito civil dito constitucional (TEPEDINO In: *Idem*, 1999, p. 349), por conseguinte, figura como “corolário de uma revolução epistemológica nucleada pela esfera *existencial* que se agregou à civilística por influência da Constituição democrática do Estado social avançado” (BARROSO, 2012, p. 155).

## 2 Função social do contrato: visão geral

A atribuição de uma função social ao contrato, segundo a aceção de Reale (2002, p. 13) demonstra claramente o caráter de socialidade do Código Civil de 2002. A função social foi erigida pelo legislador como cláusula geral, o que revela que o sistema, hoje, mostra-se aberto. Não mais pretende o legislador que os códigos sejam o repertório quase que exclusivo de todas as normas jurídicas, bastando ao magistrado apenas a aplicação literal da lei.

A cláusula geral permite a construção de uma decisão mais coerente com o caso concreto, pois permite ao julgador uma participação ativa na formulação da prestação jurisdicional, na medida em que deverá buscar erigir sua sentença preenchendo o conteúdo da norma dadas as especificidades de cada caso. A cláusula geral, por não ter o conteúdo pré-definido, é mais permeável às vicissitudes sociais.

Poder-se-á dizer que, ao trazer vantagens, a adoção das cláusulas gerais é, ao menos em parte, contrabalanceada pela possível instabilidade e insegurança jurídica que podem introduzir no ordenamento jurídico. A esse respeito, Canaris (1996, p. 143) já afirmou ser “evidente que um sistema móvel garante a segurança jurídica em menor medida do que um sistema imóvel, fortemente hierarquizado com previsões normativas firmes”, razão pela qual o desaconselha, entre outros, no direito cambiário ou sucessório, isto é, “nos âmbitos onde exista uma necessidade de segurança jurídica mais elevada”.

No estado atual, a segurança jurídica, com muito cuidado, pode ser mitigada em prol de outros valores ou princípios, como a equidade contratual e o princípio da solidariedade, mas Dallari (1980, p. 26) nos lembra que:

[...] entre as principais necessidades e aspirações das sociedades humanas encontra-se a segurança jurídica. Não há pessoa, grupo social, entidade pública ou privada que não tenha necessidade de

segurança jurídica, para atingir seus objetivos e até mesmo para sobreviver.

Nessa perspectiva, considerando o panorama civil constitucional, a função social do contrato deve ser compreendida tendo como parâmetros hermenêuticos os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da República – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I).

Impõe às partes o dever de perseguir não apenas seus próprios interesses, mas, ainda, interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se inter-relacionam com o contrato de alguma forma, ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, entre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio-ambiente, às relações de trabalho (TEPEDINO In: *Idem*; FACHIN, 2008, p. 397). O mesmo autor continua:

A função social é aqui definida textualmente como a razão da liberdade de contratar. Disto decorre poder-se afirmar que a funcionalização constitui dado essencial à situação jurídica, qualifica-a em seus aspectos nucleares, em sua natureza e disciplina. [...] Toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social. (*Ibid idem*, p. 398).

A norma jurídica não se limita a obrigar; também faculta, atribui um âmbito de atividades autônomas a um ou mais sujeitos, legitimando pretensões ou exigibilidades (REALE, 2000, p. 211), ou, em outras palavras, a interferência do Estado na autonomia contratual não há de ser apenas restritiva, deve ser vista como necessária para a promoção da dignidade, da solidariedade, entre outros.

O conceito contemporâneo de contrato desafia o intérprete a compreender a função social e a questionar se exerce um papel apenas para promoção de interesses exógenos à contratação ou se a função social seria um novo requisito de validade do contrato.

### **3 Buscando um horizonte interpretativo para a função social dos contratos**

O dispositivo do artigo 421 do novo Código Civil ensejou acirrada controvérsia a respeito de sua mais correta interpretação. Isso porque a interpretação meramente gramatical poderia ensejar a ideia de que para a

validade do contrato seria necessária a observância de um novo requisito de validade<sup>5</sup>, consistente na observância à função social. Nessa perspectiva, somente se celebrado em prol da coletividade é que seria merecedor de tutela jurídica.

Na nossa concepção, a função social preconiza que as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas *porque as partes as assumiram voluntariamente, mas também porque interessa à sociedade* a tutela da situação objetivamente gerada por suas consequências econômicas e sociais.

É importante frisar que a livre manifestação de vontade permanece, mesmo nesse novo conceito contratual, como elemento essencial à formação contratual. Contudo, a possibilidade de manifestação de uma vontade plena é, na prática social, cada vez mais rara<sup>6</sup>, e a função social assume um papel promocional, que deve ser observada em todo o ciclo vital contratual e ainda na ainda na fase pós-contratual.

A liberdade contratual, na acepção atual, pode ser concebida como um poder-dever. Ao facultar ao indivíduo o poder de contratar, impõe-lhe o ordenamento jurídico o dever de fazê-lo de forma a cooperar com a coletividade em que está inserido. O panorama da contratação parece estar atrelado à “grande cláusula constitucional de solidariedade” (NALIN, 2002, p. 54). Sustenta Costa:

Se formos fiéis à descoberta de Sófocles, concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na civitas, em comunidade. O problema está no modo de entender-se a liberdade. Não se trata, a meu ver, nem de uma “liberdade consentida” nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma liberdade situada, a liberdade que se exerce na vida comunitária, isto é: o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado. Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretecidos, gerando uma nova ideia, a de autonomia (privada) solidária. (2002, p. 211).

Essa acepção da função social deve ser analisada com cuidado, sob pena de estabelecer o contrato não como instrumento útil aos contratantes para satisfação de suas necessidades ou desejos, mas apenas no sentido social de utilidade para a

---

<sup>5</sup> Este elemento se somaria à capacidade do agente, à licitude e determinação do objeto e à observância à forma legalmente prescrita (art. 104, CC).

<sup>6</sup> Considerando o dirigismo contratual e a atual conformação da autonomia privada.

comunidade. Assim compreendida, poderia ser legítima a vedação do contrato que não buscase esse fim.

Esse raciocínio é equivocado porque o interesse particular não se opõe necessariamente ao interesse social. Essa dicotomia não mais subsiste. Indivíduo e sociedade não são opostos. O indivíduo encontra-se inserido no contexto social e dele não se desvincula:

[...] o princípio da autonomia da vontade protege a liberdade contratual do indivíduo e também resguarda o interesse social. Indivíduo e sociedade não são opostos, e afirmar uma adversidade entre homem e sociedade é exagero que induz à inversão lógica de contrapormos o indivíduo – representado pela liberdade contratual – e sua comunidade – expresso pela função social –, quando, na verdade, singular e plural são complementares, afinal, a pessoa vive com o seu grupo, eventualmente em meio a concorrências e disputas com outros integrantes, que não anulam o sentido gregário de convivência (MANCEBO, 2005, p. 55).

O contrato é precipuamente um instrumento à disposição das partes para a satisfação de suas necessidades. Isso não afasta a concepção de que o contrato pode ser destinado à promoção do bem comum, até porque o atendimento às necessidades humanas e tutela dos interesses individuais também pode ser entendida como uma das formas de se atender ao interesse social. Exigir dos contratantes um comportamento altruístico, impor que eles procurem realizar, antes de seus interesses, os interesses dos outros, é o que nos parece desarrazoado:

Na realidade, a perspectiva funcional do direito contratual desloca o fundamento das situações subjetivas, antes ancorado na vontade do indivíduo, para os interesses e valores da coletividade. Porém, isto não quer dizer que as pessoas não possam mais se servir de seus direitos para satisfazer os seus interesses. Ao contrário, o que se pode entender é que a própria razão que justifica que essa pessoa possa exercer os seus direitos em seu benefício é uma razão do ordenamento. Com efeito, há um interesse social a ser atendido quando se tutela o interesse individual de cada pessoa, assim como há quando se tutela a satisfação de interesses difusos ou coletivos que estejam eventualmente envolvidos na realização daquele contrato. Na reali-

dade, não raro a tutela de um interesse coletivo se confunde com a de um interesse individual (RENTERÍA In: MORAES, 2006, p. 305).

Essa ideia nos parece bem razoável se pensarmos, por exemplo, na tutela ao meio ambiente. Garantir por meio da contratação um meio ambiente equilibrado não reflete apenas um interesse social, mas reflete o interesse das próprias partes que estão inseridas nesse ambiente.

Ao buscar o sentido da norma, impõe-se realizar uma interpretação que se coadune com os princípios sobre os quais repousam todo o sistema jurídico que se queira implantar, afastando qualquer análise meramente valorativa, pois, assim, aumenta-se o “perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (HABERMAS, 1997, p. 321-322).

#### **4 Meio ambiente e função social dos contratos: interface necessária**

A função social dos contratos rompe com o individualismo contratual que preconizava a existência do contrato em uma esfera individual quase íntima, portanto intangível, e adota uma concepção de institucionalização do contrato. O contrato, além de ser um instrumento individual, é um instrumento social de harmonização das relações individuais, de promoção de princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico. Contratar não é simplesmente uma mera opção pessoal, mas uma imposição social no sentido de que os indivíduos são seres dotados de necessidades vitais, e o contrato é o principal meio pacífico e institucionalizado de produção, distribuição e acesso a bens. A contratação acompanha, assim, em uma sociedade civilizada, todo o processo econômico, dele não se desvincula e deve direcionar-se para uma justa, útil e sadia circulação de riquezas (PODESTÀ, 2008, p. 48).

A contratação exerce, ainda, uma influência direta no meio ambiente, seja no natural ou artificial<sup>7</sup>, principalmente se considerarmos a acentuada reflexividade das práticas contratuais, que são “constantemente examinadas e

---

<sup>7</sup>“Opondo-se ou contraopondo-se ao elemento natural aparece o elemento artificial, aquele que não surgiu em decorrência de leis e fatores naturais, mas por processos e moldes diferentes, proveio da ação transformadora do homem. De fato, a sociedade humana conta, hoje, com os mais variados elementos, fatores e dispositivos para criar, por artifícios inúmeros, produtos e ambientes, valendo-se inevitavelmente de elementos e recursos naturais, cuja conta pesa sobre o meio ambiente” (MILARÉ, 2005, p. 199).

reformuladas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando, assim, construtivamente seu caráter” (GIDDENS, 1991, p. 45).

O mundo contemporâneo, ao refletir uma forma de existência verdadeiramente global (SANTOS, 2005, p. 27), promovendo articulações intercorrentes e incessantes entre o agir local e suas consequências no globo, revela-nos que a necessidade de proteção do meio ambiente está umbilicalmente associada ao princípio da solidariedade que orienta, como já assinalamos, a própria contratação por intermédio da função social do contrato.

Até porque direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, inclusive das futuras gerações (WEISS, 1989, p. 78). A proteção ambiental configura-se como um “munus”, direito-dever de todos, o que requer solidariedade jurídica, solidariedade ética, inclusive inter-geracional, pois os sujeitos encontram-se, simultaneamente, em ambos os polos da relação jurídica, ou seja, ao mesmo tempo em que são sujeitos ativos, são, também, sujeitos passivos do mesmo direito-dever: têm direito e dever sobre o mesmo bem (MORAES In: TEPEDINO; FACHIN, 2008, p. 54). Os deveres correspondentes à função ambiental (CAVEDON, 2003, p. 82) não são exclusivamente do Poder Público, são solidarizados com a sociedade. Não obstante:

A solidariedade já não pode ser considerada como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas, tendo-se tornado um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de completa força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um. (MORAES, 1993, p. 28).

A leitura do ordenamento civil há de ser realizada buscando-se uma justificativa constitucional, uma dinamicidade entre as normas infraconstitucionais e os princípios e valores constitucionais, de modo que as normas de direito civil sejam integradas não apenas a relações interpessoais, mas que tenham uma funcionalidade de forma a garantir as finalidades sociais da norma.

O entrelaçamento entre o desenvolvimento sustentável e o fenômeno contratual é estreito: o contrato há de se revelar como instrumento útil a fomentar relações saudáveis e úteis entre indivíduo e meio ambiente. Relações que devem se estreitar principalmente se considerarmos a responsabilidade que temos com as gerações futuras. Como adverte Bordin (2008, p. 37-61), o princípio da solidariedade entre as gerações traz a ideia de solidariedade diacrônica e solidariedade sincrônica<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> Segundo Saussure, “é sincrônico tudo quanto se relacione com o aspecto estático da nossa ciência; é diacrônico tudo que diz respeito às evoluções” (2002, p. 96).

A solidariedade diacrônica consiste na responsabilidade que a população atual tem com a população futura de não incorrer em ações irreversíveis capazes de alterar negativamente o modo de vida destas populações, em decorrência da exaustão dos recursos e do processo cumulativo de poluição. A solidariedade sincrônica corresponde à responsabilidade com a geração presente, na qual a equidade social entre as nações e dentro delas é o ponto central (SACHS, 1986, p. 47).

A ideia de solidariedade nos remete a uma desejável reação ética dos indivíduos, com a finalidade de preservar os ecossistemas, com todas as suas formas de vida, inclusive a vida do próprio ser humano. Com efeito, o desenvolvimento econômico, intimamente conectado ao universo contratual, deve conciliar uma atitude socialmente justa e economicamente viável de exploração do ambiente, contudo sem exaurir sua capacidade natural de se reproduzir para as gerações futuras<sup>9</sup>.

Ao buscar essa abertura comunicacional entre a dimensão negocial que orienta as atividades econômicas dos indivíduos e seu relacionamento com meio ambiente, pretende-se privilegiar uma atitude ética ambiental que pressupõe a observância nas relações privadas de valores de especial fundamentalidade para uma nova organização do direito ambiental, *a responsabilidade, o cuidado e o respeito a se permitir a superação do “paradigma de dominação”* (LEITE & AYALA, 2001, p. 70) marcado pela forte tensão entre as relações entre homem e natureza e que tem repetidamente orientado, também, o discurso no tratamento jurídico do ambiente.

Acredita-se que privilegiando a comunicação entre o universo contratual, considerando-se o papel a ser desempenhado pela própria função social dos contratos, pode ser possível a construção de uma *nova fundamentalidade* para o discurso jurídico ambiental. Revelar-se-á uma *alteridade contratual que busque a equidade*, “equidade que, na disciplina ambiental realizada pelo texto constitucional, assume um alargamento peculiar, *espacial e temporalmente projetado*” (*Ibid idem*, p. 62).

Necessário para a superação da crise ecológica é a superação da ética individualista, que marcava o discurso civilístico. Há de se incorporar um pensamento discursivo que permita responsabilizar a todos pelos acontecimentos ecológicos globais. A resposta à crise ecológica demanda responsabilidade

---

<sup>9</sup> COUTINHO, G. de A. A ética ambiental na sociedade contemporânea. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6062](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6062)> Acesso em: 15.fev. 13.

solidária, centrada em princípios que ultrapassam a esfera individualista, ainda tão cara ao homem contemporâneo:

A sociedade que gerou a crise ecológica não teve alteridade nem solidariedade como valores fundamentais. Tal responsabilidade coletiva é pleiteada num nível ético, que deve decorrer da junção entre as éticas da solidariedade e da alteridade – sem as quais não é possível considerar a natureza e mesmo os próprios seres humanos como outros sujeitos, mas apenas como objetos – para que seja possível compreender e buscar uma saída da crise ecológica. (LIMA, 2006, p. 81).

É necessário perceber que as partes contratantes têm deveres que ultrapassam aqueles assumidos apenas *inter partes*, pois seu acordo não apenas não deve causar dano à sociedade, mas sim promovê-la. Deve-se ultrapassar a preocupação essencialmente patológica do contrato para se voltar para seu papel promocional; só assim será possível uma verdadeira interface entre o universo contratual e o meio ambiente.

Não se pode mais privilegiar a autossuficiência dos contratos como mero instrumento de satisfação dos interesses egoísticos das partes na medida em que cresce a dimensão social das relações privadas.

## Considerações finais

O trabalho, partindo de uma visão histórica do contrato, analisa o modelo contratual do Estado Liberal, que pregava a não intervenção do Estado e elevava a manifestação da vontade dos contratantes ao caráter de dogma e passa a estudar o contrato em sua feição contemporânea, que pretende estabelecer novos parâmetros para a contratação, com observância de valores e princípios que sobressaiam o mero interesse das partes.

Assim, procura-se demonstrar que o contrato assume papel funcional, cujo conteúdo pode ser apreendido inspirando-se na dignidade humana e no solidarismo social, situação que incorpora um aspecto profilático ou promocional, de forma que a tutela contratual deve não apenas garantir, mas também promover esses valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico. E isso não se realiza apenas limitando o exercício dos direitos contratuais, mas por meio da utilização do fenômeno contratual de maneira saudável e útil a fomentar relações de interação entre o universo contratual e o meio ambiente.

Defende-se que os valores e princípios inspiradores da teoria contratual atual estejam sedimentados em nossa sociedade para que a função social não seja considerada apenas um valor vago a ser densificado pelo juiz, mas um princípio que propicie o sentimento de efetiva participação dos destinatários da norma. A efetiva sedimentação dos valores éticos e solidários tão caros ao constituinte apenas se dará se o ser humano romper com o ideário do individualismo e com a indiferença ao ambiente em que está inserido.

A contratação há de ser vista não apenas como um processo econômico de acesso e circulação de bens, mas como um instrumento importante de promoção da própria sociedade. Para tal, faz-se necessário o sentimento de “pertença” do indivíduo no ambiente social. A real identidade humana se dará na medida em que conseguir uma verdadeira inserção no ambiente social, quando compreender que não se dissocia do outro, que não se dissocia do meio ambiente. Nesse sentido, Augé afirma:

[...] a indiferença do homem em relação ao homem faz do ambiente social um ‘não lugar’, que, segundo, revela a falta de identidade entre os seres humanos e a total incapacidade da sociedade em se tornar um meio de consideração e respeito recíprocos. (1994, p. 56)

É o que Bauman (2005, p. 54) também procura enfatizar, pois a partir da constatação de que o homem já não encontra vínculo forte com suas razões, nem com seus semelhantes, resta, enfraquecida, a significância do outro, esvaindo-se o sentido da própria sociedade.

Nesse sentido, desenvolvimento sustentável e fenômeno contratual possuem relação estreita: o contrato pode e deve funcionar como instrumento útil a incrementar relações proveitosas entre indivíduo e meio ambiente, relações que devem propiciar a implementação de valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade, principalmente se considerarmos a responsabilidade que temos com as gerações futuras.

## Referências

- AMARAL, F. “O direito civil na pós-modernidade”. In: NAVES, B. T. de O.; FIUZA, C.; SÁ, M. de F. F. de (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- AMARAL, F. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AUGÉ, M. *Não-Lugares: introdução a uma antropologia da supermodernidade*. São Paulo: Papirus, 1994.

BARROSO, L. A.; MORRIS, A. Z. *Direito dos contratos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. “A teoria do contrato no paradigma constitucional”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 21, v. 84, p. 149-169, out./dez. 2012.

BAUMAN, Z. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 2005.

BIANCA, C. M. *Derecho civil: el contrato*. Tradução: Fernando Hinestrosa e Édgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

BORDIN, F. L. “Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v.13, nº 52, p. 37-61, out. 2008.

CANARIS, C.-W. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAVEDON, F. de S. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

COUTINHO, G. de A. “A ética ambiental na sociedade contemporânea”. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6062](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6062). Acesso em: 15.fev. 13.

COSTA, J. H. M. “O novo Código Civil brasileiro: em busca da ‘ética da situação’”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 211-259, out. 2002.

COULANGES, F. de. *A Cidade Antiga*. Tradução: Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DALLARI, D. de A. *Segurança e direito: renascer do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

FIÚZA, C. *Direito civil: curso completo*. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. de A. “A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 6, nº 22, p. 62-80, abr./jun. 2001.

LIMA, A. *Zoneamento ecológico econômico: a luz dos direitos socioambientais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

LÔBO, P. L. N. *Direito civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MANCIBO, R. C. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MELO, D. L. M. de. “Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo”. In: LOTUFO, R.; NANNI, G. E. (Coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

MILARÉ, E. *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MORAES, M. C. B. de. “A caminho de um direito civil constitucional”. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 17, nº 65, p. 21-32, jul./set., 1993.

\_\_\_\_\_. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, G.; FACHIN L. E. (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NALIN, P. “A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro”. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 12, p. 50-60, out./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. *Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil constitucional*. 2 ed. rev. e atual. 2ª. reimp. Curitiba: Juruá, 2007.

NEVES, A. C. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, v. 3.

PODESTÀ, F. H. *Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil*, 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. “Visão geral do novo Código Civil”. *Revista de Direito Privado*, nº 9, p. 9-17, jan./mar. 2002.

RENTERÍA, P. “Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato”. In: MORAES, M. C. B. de (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SACHS, I. *Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*. São Paulo: Vértice, 1986.

SANTOS, B. de S. *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SAUSSURE, F. de. *Curso de lingüística geral*. 24. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

TEPEDINO, G. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: \_\_\_\_\_.(Org.). *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. “Notas sobre a função social do contrato”. In: TEPEDINO, G.; FACHIN L. Edson (Coord.). *O Direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WEISS, E. B. *In fairness to future generations: international Law, commom patrimony, and intergenerational equity*. Tokyo: United Nations University, 1989.

---

Recebido em: 05/03/2013

Aprovado em: 13/12/2013

# DIREITO E COOPERAÇÃO NOS JOGOS INSTITUCIONAIS

LAW AND COOPERATION IN INSTITUTIONAL GAMES

---

Nuria López<sup>1</sup>

## Sumário

Introdução; 1. Um modelo de estrutura institucional a partir de Lijphart; 2. Instabilidade na estrutura institucional: o jogo para determinar as regras do jogo; 3. Movimentação no jogo e o Direito como *Medium* de comunicação interinstitucional; 4. O papel de uma teoria da decisão na rede de jogos interinstitucionais; 5. Racionalidade e estratégias institucionais; 6. Possibilidades de cooperação interinstitucional; 7. Fatores relevantes no jogo; 8. Encontrando os limites da efetividade do significado; Conclusões; Referências.

## Summary

Introduction; 1. A model of institutional structure from Lijphart; 2. Instability in the institutional structure: the game to determine the game rules; 3. Moving in the game and Law as *Medium* of **interinstitutional** communication; 4. The role of a decision theory in the interinstitutional games network; 5. Rationality and institutional strategy; 6. Possibilities of interinstitutional cooperation; 7. Relevant factors in the game; 8. Finding the limits of meaning effectiveness; Conclusions; References.

## Resumo

Este artigo constrói um modelo de estrutura institucional brasileira com base no trabalho de Arend Lijphart (rede de atuação interinstitucional), para analisar sua dinâmica segundo ações performativas e estratégias utilizando o Direito como *Medium* de comunicação interinstitucional

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC-SP

(Habermas). Estuda o papel de uma teoria da decisão nessa rede institucional. Adota a teoria dos jogos para estudar a racionalidade e as estratégias institucionais, as possibilidades de cooperação interinstitucional e os níveis de efetividade dos significados pragmáticos atribuídos à normas constitucionais.

Palavras-chave: Sistemas; Jogos; Instituições.

### **Abstract**

This article builds a model of the Brazilian institutional structure based on Arend Lijphart's work (interinstitutional acting network), for analyze its dynamics according to the performatives and strategic actions using Law as *Medium* of interinstitutional communication (Habermas). This article studies the role of a decision theory in this institutional network and also adopts game theory to study the rationality and institutional strategies, the possibilities of interinstitutional cooperation and the levels of effectiveness of the pragmatic meanings assigned to constitutional norms.

Keywords: Systems; Games; Institutions.

## **Introdução**

Para o estudo dos diálogos institucionais brasileiros, este artigo propõe uma análise cuja metodologia é alternativa e busca solucionar questões que têm sido deixadas em aberto nesse tema. Algumas delas encontram-se em análises meramente discursivas, que ocultam estratégias reais das instituições mediante discursos com vícios nas ofertas comunicativas (discursos insinceros, por exemplo). Outras tomam como desejáveis a participação de diversas instituições para uma decisão mais legítima, o que pode não acontecer se apenas uma organização é competente para tomar a decisão e a impor aos demais. Nesse caso, é provável (ainda que nem sempre desejável) que ela considere a posição dos demais instituições a respeito, e, ainda que o faça, será do lugar privilegiado de quem tem a última palavra.

É importante considerar a dinâmica interinstitucional para saber em que momentos elas poderão cooperar, pois são diferentes e têm objetivos diferentes, de forma que impor a uniformidade na tomada de decisão poderia fazer com que as instituições não cumprissem seus próprios objetivos funcionais. O conflito é necessário e positivo. A cooperação não ocorrerá sempre – e em seu estudo, é importante conseguir detectar que momentos emergirão como possibilidades

reais de cooperação entre as instituições como forma de fazer com que todas as instituições envolvidas obtenham um resultado ótimo por meio de suas decisões. É dizer em que momentos a cooperação não desnaturará os objetivos institucionais; ao contrário, auxiliará sua obtenção.

Para tanto, é necessário analisar a (macro) estrutura institucional brasileira, de forma a conhecer as relações interinstitucionais, os *vetores de força* que ligam as instituições entre si (FOUCAULT, 2009) e de que forma o Direito interfere nessa rede interinstitucional. A opção metodológica deste trabalho foi pelas instituições (e suas características) em Arend Lijphart (1999). Apesar de o Brasil não ter sido seu objeto de estudo, parece oportuno traçar, aqui, o desenho institucional brasileiro sob esse critério.

Com isso, ter-se-á estabelecido a rede intersintitucional na qual as instituições atuam, relacionando-se umas com as outras. Será importante, também, estabelecer de que forma o Direito interfere nessa rede como um todo e na atuação de cada uma das instituições em particular; e esse último ponto residirá sob base teórica habermasiana (HABERMAS, 2001). Tratar-se-á, ademais, sobre o papel de uma teoria da decisão nesse contexto, apontando algumas teorias (que, passadas algumas décadas, já não são tão novas) e cujos efeitos têm sido alvo de críticas e reclames por parâmetros decisórios mais consistentes.

Tendo assentado a estrutura da rede interinstitucional, o modo de movimentação das instituições e os limites (ou a falta deles) para a atuação institucional, estão postos os requisitos para a análise dos diálogos interinstitucionais sob a ótica da teoria dos jogos, de forma a se tratar de racionalidade e estratégias institucionais; possibilidades de cooperação interinstitucional e efetividade constitucional das estratégias que decidem por determinado significado pragmático à normas constitucionais.

Assim, este artigo tem como objetivo: (i) traçar a estrutura e a dinâmica dos diálogos institucionais brasileiros partindo de sua compreensão; (ii) investigar quais as possibilidades reais de comunicação entre as instituições, para, dentre essas possibilidades, saber (iii) onde estão as chances de cooperação na negociação de um determinado significado pragmático – a norma jurídica (constitucional); e (iv) quais as chances de efetividade desse significado pragmático.

## 1 Um modelo de estrutura institucional a partir de Lijphart

Essa análise toma *instituição* pelo significado amplo que lhe concedeu Arend Lijphart em *Patterns of democracy* (1999) ao incluir como instituição em seu trabalho os principais vetores de força na dinâmica institucional democrática.

Assim, o rol de instituições objeto de análise por Lijphart cresceu ao longo dos anos, a fim de abranger as relações que as instituições estabelecem umas com as outras e em que medida essas relações podem aproximar um governo do que ele classifica como *democracia consensual*.

É possível traçar uma análise da dinâmica institucional brasileira sob os dez critérios da *democracia consensual* de Lijphart. Temos um sistema multipartidário (presente no artigo 17, CF); representação proporcional (artigo 45, CF); governo federal e descentralizado (artigos 1º; 18; 21; 22; 23; 24 e 30, CF); bicameralismo forte (artigos 44 e 52, CF); e rigidez constitucional (artigo 60, CF) – todas características de democracias consensuais e desenhadas pela *Constituição* de 1988. Por outro lado, não cumprimos com um de seus requisitos, a independência do Banco Central, que a *Constituição* vincula ao Executivo (artigos 52, III, “d”; 84, XIV; e 164, CF). Poderíamos, então, a princípio, dizer que a democracia brasileira é consensual. No entanto, a resposta torna-se mais difícil que essa, pois a *Constituição Federal* silencia sobre as quatro características restantes. Uma delas é a partilha do Executivo com gabinetes de ampla coalizão. Para Lijphart, o “[...] princípio do consenso é permitir que todos ou a maioria dos partidos mais importantes partilhem do poder executivo em uma ampla coalizão (*Ibid idem*, p. 54). No Brasil, a escolha de gabinete, cuja composição se encontra nos artigos 87 a 91, da *Constituição Federal* (Ministérios, Conselhos da República e da Defesa Nacional) é livre e de competência do Chefe do Executivo (artigo 84, I, CF), em oposição às constituições belga e suíça, apontadas por Lijphart, que trazem critérios de proporcionalidade na composição do gabinete; a saber, respectivamente, critérios linguístico e partidário (*Ibid idem*, p. 34). Outra característica é o equilíbrio (de poder) entre Executivo e Legislativo, que, em parte, pode ser lido nas competências de cada um, mas que se desequilibra em seu exercício, ao exemplo rasteiro da utilização de Medidas Provisórias no Brasil. Ademais, há o corporativismo dos grupos de interesse, também não regulamentado constitucional ou mesmo infraconstitucionalmente. Podemos pensar na ausência de regulamentação de *lobbys*, por exemplo, que faz com que interesses coletivos precisem se reunir da forma que puderem para pressionar representantes legislativos ou executivos como puderem. Por último, deve haver possibilidade de revisão judicial. Esse ponto merece relevo, pois a inafastabilidade do Poder Judiciário, do artigo 5º, XXXV, CF, garante, sem dúvida, a revisão judicial de toda e qualquer lesão e ameaça a direito; mas, os limites dessa revisão, que são definitivos para a caracterização do desenho institucional, não estão traçados constitucionalmente, são fruto da doutrina, ainda dispersa, e da jurisprudência, mais ou menos invasiva, conforme se observa na questão do ativismo judicial.

## **2 Instabilidade na estrutura institucional: o jogo para determinar as regras do jogo**

O Direito é o lugar onde se estabelecem as regras do jogo (PUGLIESI, 2009, p. 173) e sempre que o Direito não o faz, o jogo é livre. Por isso, é difícil definir o Brasil como uma democracia consensual. A composição do Executivo, sem critérios de proporcionalidade; as relações entre Executivo e Legislativo, afastadas de seus propósitos constitucionais; a falta de regulamentação para atuação dos grupos de interesse; e as margens largas e incertas que se tem dado à possibilidade de revisão judicial tornam o jogo institucional especialmente complexo. Sem a definição de limites jurídicos precisos, a interação entre as instituições pode ser descrita como um jogo sem regras certas, o que submete as instituições brasileiras a dois tipos de jogo simultâneos: o jogo para a obtenção de seus objetivos institucionais e o jogo que determina as próprias regras do jogo.

Como o Direito não limita essas relações institucionais, os vetores de força de cada instituição atuarão em cada caso concreto para tentar fazer prevalecer a regra do jogo que lhe seja mais favorável. Nos dizeres de Bourdieu, “a significação prática da lei não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes [...]” (2005, p. 217). E tal análise “deveria também considerar a relação entre as variações, segundo o lugar e o momento, da força relativa das tomadas de posição a favor de uma ou outra das orientações do trabalho jurídico e as variações da força relativa dos dois campos nas relações de força que constituem a estrutura do campo” (*Ibid idem*, p. 218). Ou seja, sem uma limitação jurídica ao jogo, restará apenas o confronto entre vetores de força institucional, no qual a instituição mais forte determinará as regras do jogo com as demais instituições.

Dessa forma, considerando os dez critérios que caracterizam uma democracia como consensual, o Brasil corresponde a cinco deles positivamente; a um negativamente; e, nos quatro restantes, não há delimitação jurídica para que seja dada qualquer resposta. O que se pode dizer quanto a esses últimos critérios é que a dinâmica institucional se dá livremente, em jogos em que as instituições mais fortes ditam as regras.

## **3 Movimentação no jogo e o Direito como *Medium* de comunicação interinstitucional**

Pode-se, então, conceber as relações institucionais como redes de interação interinstitucionais. As instituições se movimentam ao longo do

tempo por meio de atitudes performativas e estratégicas perante as demais instituições. Refere-se aqui (quanto às ações performativas e estratégicas) à base teórica habermasiana (HABERMAS, 2001), que evidencia o Direito enquanto *Medium* de comunicação, absorvente de outras racionalidades, como a política ou a econômica. Isso significa, no caso das instituições, que as racionalidades de interesses de todos os tipos, a exemplo da política ou econômica, são absorvidas pela racionalidade do Direito (e, por isso, ele serve de *Medium* de comunicação entre os subsistemas sociais) e expressos pelo significado pragmático que elas conferem a cada norma jurídica em sua atuação cotidiana. O modelo habermasiano tem a vantagem da abertura à absorção de diversas racionalidades, que, apesar de não serem, *a priori*, jurídicas, influem na tomada de decisão das instituições. Afinal, apesar da movimentação institucional ocorrer dentro dos significados pragmáticos conferidos às normas jurídicas, ela é alentada por racionalidades extrajurídicas. Assim, esse modelo habilita o estudo da tomada de decisão quanto à interpretação da norma jurídica dentro de uma estrutura que é maior que o sistema jurídico, mas cuja racionalidade este absorve, tornando suficiente, assim, o estudo da *negociação de um significado pragmático específico* para as normas jurídicas.

#### **4 O papel de uma teoria da decisão na rede de jogos interinstitucionais**

Dessa forma, tem-se que cada uma das instituições brasileiras deve, em sua atuação (conjunto de movimentações no tempo) decidir quanto ao significado pragmático de normas jurídicas. Contudo, antes de trabalhar uma *teoria da decisão*, deve-se ter em mente que as instituições têm papéis diferentes, objetivos institucionais diferentes e relações diferentes umas com as outras; e, por isso, uma teoria da decisão que trace parâmetros para a determinação do significado pragmático de uma norma jurídica não deve ser tão estreita a ponto de esperar que todas as instituições decidam da mesma forma, vedando-lhes, assim, o espaço da negociação do significado pragmático entre eles. Isso porque, em primeiro lugar, não é razoável acreditar que todas as instituições devam compreender as normas jurídicas da mesma forma. Em segundo lugar, porque ainda que isso fosse possível, a interpretação uniforme da norma jurídica anularia o espaço para negociação de outros significados pragmáticos possíveis e mais favoráveis a tal e qual objetivo institucional. Mesmo que uma instituição tenha baixo poder de barganha na negociação e ao final deva submeter-se ao significado pragmático imposto por outra instituição, é importante que haja espaço para a exposição,

para a possibilidade jurídica de coexistência desses significados – é dizer que existe mais de uma resposta, ainda que uma seja a aplicada pela instituição a quem cabia decidir. Essa negociação é importante para o desenvolvimento do próprio significado pragmático de cada norma jurídica. Ademais, estabelecer parâmetros tão rígidos que admitiriam apenas uma resposta correta para a interpretação da norma jurídica anularia o espaço que as instituições têm para perseguir seus objetivos. A resposta certa desequilibra o jogo institucional já na imposição das regras do jogo, ela não permite sequer que as demais instituições joguem. O plexo de respostas possíveis aumenta o diálogo; a oferta de significados possíveis cria novas opções de movimentações institucionais.

Por outro lado – e tendo em mente, ainda, a rede institucional de Lijphart, transposta para a Constituição brasileira – deve haver alguma teoria da decisão a estabelecer as regras para o jogo (a negociação) do significado pragmático das normas jurídicas. Sem ela, o desequilíbrio institucional é tamanho que não habilita a análise do consensualismo na democracia brasileira. Quando não existem “as regras do jogo” (e aqui volta-se a essa questão), as instituições precisam jogar duplamente – para firmar regras que lhes sejam mais favoráveis e para a obtenção de seus objetivos institucionais. Neste primeiro jogo, se não existem parâmetros claros de decisão, se é possível que valha *qualquer coisa*, prevalecerão as regras da instituição que tiver maior poder de barganha. Sem uma teoria da decisão, restam apenas os vetores de *força*. A rede de jogos interinstitucionais permite a visualização desses vetores com mais clareza.

Os últimos vinte anos têm sido de irrestrita e conjunta aplicação de teses absolutamente inconciliáveis acerca da interpretação jurídica (SILVA, 2007, p. 139), da utilização dos princípios como meros *topos* retóricos, que hoje servem a referenciais de valores simbólicos zero (NEVES, 2012) como a *vontade da norma* ou da *Constituição* (HESSE, 1991); referencial, aliás, que não faz jus ao título de *novo*, pois remete a antigas expressões que ganharam relevância no processo de unificação da Alemanha, como a *Razão dos Povos*, de Windscheid (1878), a *Vontade da Nação*, de Puchta (1854), ou, ainda, o *Espírito do Povo*, de Savigny (1814). Consistem em referenciais de valor simbólico zero precisamente por se prestarem a toda sorte de situações: desde a unificação da Alemanha, passando pelo regime nacional-socialista nesse país (*Ibid idem*), até as recentes Democracias Constitucionais. É dizer que os mesmos referenciais servem a valores absolutamente incompatíveis como podem sê-los os dos regimes mencionados. Esta é a questão: a validade da construção de um significado pragmático da norma jurídica deve ser atribuída por alguns parâmetros, isto é, referenciais que podem

ser autorreferências (internas ao subsistema do Direito) e heterorreferências (externas ao subsistema do Direito) (NEVES, 2008, p. 208).

A utilização de *qualquer* parâmetro ou de nenhum parâmetro para a validação de significados pragmáticos das normas jurídicas desestrutura institucionalmente o arquétipo constitucional. Sem parâmetros, as instituições estão livres para construir o significado que puderem pensar em construir para a norma jurídica; se tiverem força para impô-lo, o farão; se não tiverem, caso tenham que negociar ou encontrarem oposição, a questão cairá, irremediavelmente, no Judiciário, e se *judicializará*. O fenômeno da *judicialização* de questões afetas (e privadas) de outras instituições é decorrência direta do desequilíbrio institucional causado pela falta de parâmetros de interpretação das normas jurídicas. As questões são absorvidas pela racionalidade jurídica (HABERMAS, 2001) e a última palavra caberá ao Judiciário. Agrava-se a situação pois, ao chegar no Judiciário, também não se encontram parâmetros para decidir. Nota-se, portanto, a desestruturação institucional que podem causar as milhares de lides em trâmite no país inteiro dentro desse cenário. É por essa razão que essa forma de “constitucionalismo” é, em verdade, um “não constitucionalismo”.

Cabe ressaltar ainda que a necessidade de justificação da construção do significado pragmático de uma norma jurídica, dever das instituições nos Estados Democráticos, sozinha, também não parece suficiente, haja vista que a justificação é, também, uma *oferta comunicativa* sujeita a todos os vícios de que uma oferta comunicativa qualquer possa sofrer. Sem que se afaste o dever de motivação dos atos institucionais, de justificação do significado pragmático construído em determinada situação, faz-se necessária a *análise conjunta* da dinâmica institucional, quer dizer, da movimentação da instituição na rede de jogos institucionais. Tal análise estaria apta, por exemplo, a fornecer previsões estatísticas quanto à *sinceridade* da oferta comunicativa feita por determinada instituição com base em sua *série histórica* (PUGLIESI, 2009) de ofertas comunicativas e ações referentes a elas. Assim, além da garantia ao indivíduo, fundamento último da necessidade de justificação, preserva-se, também, a estabilidade institucional no tempo em razão das ações interinstitucionais.

## 5 Racionalidade e estratégias institucionais

A movimentação (performativa ou estratégica) das instituições pode ser compreendida como conjuntos de escolhas racionais delas na totalidade de seus jogos (como uma rede de conexões interinstitucionais). O pressuposto de racionalidade consiste em assumir, para fins de estudo que “[...] a atividade

humana é orientada pelo objetivo e é instrumental e que os atores individuais e institucionais tentam promover ao máximo a realização de seus objetivos” (TSEBELIS, 1998, p. 21).

Evidentemente, o pressuposto de racionalidade não é absoluto. Ao tratar de atividade humana, há muitas variáveis envolvidas, porquanto “o sujeito age a partir das regras do jogo e de seu conhecimento das circunstâncias, corrige sua ação e busca conferir os efeitos da atuação sobre o sistema [...] e o meio, a totalidade das aspecções possíveis a ele, e então, por assim dizer, retroage, isto é, realimenta seu próprio cabedal de informações e refaz, quando possível, a decisão preliminarmente assumida, recompondo sua teoria” (PUGLIESI, 2009, p. 185-186). A diferença entre a compreensão do sujeito que atua e a compreensão do observador pode fazer a decisão do sujeito parecer irracional perante aquele que observa. Isto é, uma ação pode parecer irracional ao observador porque ele não compreende a situação como o sujeito que age. Em relação a essa diferença entre os *horizontes* do sujeito e do observador, cabe afirmar que essas distorções têm sido minimizadas por áreas de pesquisa como a Economia Comportamental (CAMERER & LOEWENSTEIN) ou a Filosofia Experimental (KNOBE & NICHOLS, 2008), cujos resultados podem ser aplicados na análise de casos específicos, mas não cabem em análises genéricas, precisamente em razão do detalhamento dos padrões de comportamento.

Além dessa diferença, Tsebelis também trabalha com a hipótese do desconhecimento do observador a respeito de todos os jogos em que o sujeito está inserido. Considerando toda a rede de jogos do indivíduo, ele pode agir de forma que pareça irracional em um jogo em razão de uma estratégia melhor na totalidade de jogos ou em um jogo que lhe pareça mais importante. Tsebelis os denomina de jogos ocultos (ao observador) (*Ibid*, 1998, p. 22-23).

Em suma, o pressuposto da racionalidade não é absoluto, comporta algum grau de distorções por tratar de ações humanas e não se alcançar todas as variáveis que a compõem, em todos os sujeitos envolvidos, a todo tempo. Não obstante, trabalhar com a *racionalidade* permite o estudo dos fenômenos sociais com alguma precisão e confere a possibilidade de compreendê-los melhor.

Dessa forma, pode-se assumir, também, que as instituições fazem escolhas racionais nos seus jogos, o que significa que agem segundo uma estratégia para a obtenção do melhor resultado possível. Um jogo “é a situação na qual os jogadores (participantes) tomam decisões estratégicas que levam em consideração as atitudes e respostas uns dos outros” (PINDYCK & RUBINFELD, 2007, p. 408). Toda estratégia é voltada para a obtenção do melhor resultado possível

dentro do jogo, de forma que a estratégia que garante esse resultado é chamada *estratégia ótima* (*Ibid idem*).

Como se demonstrou a partir da (macro) estrutura institucional brasileira, segundo os critérios de Lijphart, as relações institucionais podem ser visualizadas em vetores, de forma a construir uma rede de relações interinstitucionais. Essas relações, enquanto relações sociais, são construídas mediante comunicação (performativa ou estratégica), que leva em consideração as atitudes e respostas das outras instituições e os próprios objetivos institucionais. Quando estudadas de forma abstrata e matemática, é convencional chamar essas situações de *jogos* (NASH, 1953, p. 128).

A análise de jogos é a análise da movimentação institucional dentro da rede (da estrutura) em determinado lapso temporal; e é útil por diversas razões. Dentre elas, a possibilidade de verificação da estabilidade constitucional brasileira, da análise conjugada de justificações e ações institucionais a fim de sanar distorções trazidas por possíveis vícios das ofertas comunicativas, e também por permitir a visualização de possibilidades de cooperação interinstitucional.

## **6 Possibilidades de cooperação interinstitucional**

Pode-se pensar em algumas situações em que instituições precisem negociar o significado pragmático de determinada norma jurídica, e em outras situações em que instituições tenham competência constitucional suficiente para decidir sozinhas e impor às demais o significado pragmático que lhe convier a determinada norma jurídica. Mesmo na segunda situação, pode ser vantajoso para a instituição que tomará a decisão negociar com outras em razão de sua situação na rede de jogos institucionais. Ambos os cenários são de *jogos cooperativos*. São “situações envolvendo dois (o artigo citado trata de jogos cooperativos de duas pessoas) indivíduos cujos interesses não são completamente opostos nem completamente coincidentes. A palavra cooperativo é usada porque os dois indivíduos devem ser capazes de discutir e concordar em um plano conjunto de ação, um acordo que deve ser considerado obrigatório” (*Ibid idem*).

As ações performativas e estratégicas das instituições no decorrer do jogo são o principal objeto desta análise. Cada instituição detém informações sobre si mesma e sobre as demais instituições – é com base nessas informações que ela compreenderá a si mesma e aos outros na rede de jogos interinstitucionais. Ademais, cada instituição tem objetivos e competências próprias. Cada uma traçará, em determinada situação, quais são as suas possibilidades de atuação e projetarão para cada ação uma resposta das demais instituições; é dizer o resultado

esperado correspondente a cada ação. A atuação de cada instituição em cada momento pode ser considerada uma resposta ótima ao que ela consegue apreender (informações que obtém) sobre as condições de seu meio e os comportamentos das outras instituições (TSEBELIS, 1998, p. 56).

No caso da negociação de determinado significado pragmático de uma norma jurídica, existirão possibilidades que levarão ao melhor significado para os objetivos da instituição A (estratégias ótimas para A); e existirão possibilidades que levarão ao melhor significado para os objetivos da instituição B (estratégias ótimas para B); e assim por diante.

Poderão existir alguns pontos que coincidam estratégias ótimas para A, B – são chamados pontos de equilíbrio (equilíbrio de Nash), em que “os jogadores utilizam estratégias mutuamente ótimas em equilíbrio: realizam uma combinação estratégica da qual ninguém tem incentivo para desviar-se” (*Ibid idem*, p. 41-42).

E mesmo que por alguma razão do caso específico não se possa chegar a um dos pontos de equilíbrio, ainda assim restarão algumas possibilidades que podem não ser ótimas nem para A nem para B nesse jogo, especificamente, mas que podem ser estratégias sub-ótimas, isto é, não levam ao *melhor* resultado individual, mas levam a *bons* resultados para todas as instituições consideradas. Em um jogo cooperativo “o efeito da escolha da ameaça (utilização de tal ou qual estratégia) é determinar o resultado dos jogadores que não cooperarem” (NASH, 1953, p. 131), de forma que a cooperação ofereça resultados melhores se comparados com os resultados da não cooperação.

Um resultado subótimo nesse cenário pode ser um resultado ótimo na totalidade de jogos (ou em um âmbito mais amplo de jogos) por alguns motivos, entre eles o afastamento do conflito, da disputa judicial pela determinação do significado pragmático de uma norma jurídica, ou seja, evita-se a judicialização da questão.

## 7 Fatores relevantes no jogo

Como é possível constatar, na dinâmica institucional deve-se atentar a alguns fatores específicos quando da análise de casos concretos, pois eles terão influência determinante no resultado do jogo. Um deles é a situação conferida pelo Direito a cada instituição. A situação de cada uma no jogo dependerá da amplitude das competências institucionais e do *vetor de força* que ela detém. No que uma instituição pode influir e o quanto ela pode influir serão fatores determinantes no poder de barganha que ela terá com as outras instituições e isso influirá nas possibilidades de estratégia que elas (e as demais) terão. Dessa

forma, instituições com competências mais amplas e/ou vetores de força mais intensos têm maiores chances de obter resultados cooperativos.

Outro fator a se considerar é o tempo. É importante considerar a estrutura institucional como uma estrutura dinâmica, que é  $x$  em um determinado momento  $y$ . Isto é, a posição de uma instituição e as estratégias de que ela dispõe estão sempre em função do tempo. Além disso, no caso de instituições, pressupõe-se que elas permanecerão no quadro constitucional por longo período de tempo, que foram criadas para a vida perene. Esse prolongamento de suas relações no tempo também é algo relevante na análise de sua dinâmica. Já foram referidas, aqui, as séries históricas (PUGLIESI, 2009); de forma simples, elas são o “histórico” de ações de uma instituição. Permitem avaliar os padrões de comportamento de uma instituição ao longo do tempo, o que pode ser útil, como também mencionado, à análise conjunta de ofertas comunicativas e ações das instituições, pois está apta a encontrar disparidades entre os discursos e as ações. Esse tipo de informação pode enfraquecer uma ameaça (no sentido dado por Nash acima, de ameaça de utilização de determinada possibilidade, estratégia), por exemplo, fazendo com que outras instituições creditem ou não determinadas ofertas de possibilidade nos jogos a partir de experiências passadas (registradas na série histórica). Isso ocorre porque as instituições *aprendem* com estratégias passadas. O aprendizado é outro fator a se considerar. Assim, elas são capazes de avaliar os resultados obtidos com determinadas estratégias e aprender com experiências passadas, projetando possíveis resultados no futuro. Cada instituição apreenderá o que puder de suas experiências e da experiência das demais, acumulando informações sobre o jogo.

Informação é um aspecto primordial em qualquer jogo. Quando os jogadores têm as mesmas informações sobre o jogo, diz-se que há simetria de informações, mas esse cenário não é o mais realista em um jogo institucional. Em geral, instituições terão níveis e qualidades distintas de informações sobre o jogo. Haverá, então, assimetria de informações. Obter mais informações sobre o jogo ou fazer com que as demais instituições possuam menos informações pode ser definitivo para o estabelecimento de uma estratégia ótima.

Entretanto, para o estabelecimento de estratégias mutuamente ótimas é importante que haja o compartilhamento de informações, pois longe de uma visão de vitória individual de uma das instituições, a busca de possibilidades de vitórias cooperativas é facilitada pelo aumento de informações (quantitativas e qualitativas) sobre o jogo. O cruzamento de informações de várias instituições pode tornar visíveis possibilidades novas de jogo, de soluções mutuamente ótimas.

## 8 Encontrando os limites da efetividade do significado

Além disso, o compartilhamento de informações pode minimizar o problema imposto por outra questão, a facticidade do significado pragmático atribuído a uma norma jurídica. A atribuição de um significado pragmático específico a uma determinada norma jurídica encontra sempre a tensão com a facticidade. Nesse sentido, os trabalhos de Habermas têm gerado desdobramentos interessantes no campo da análise de validade das normas jurídicas (mormente as constitucionais) em teorias do discurso ou da argumentação. O que essa investigação propõe, no entanto, é uma análise alternativa.

A tensão existente entre validade e facticidade pode ser considerada uma prestação de contas da absorção de racionalidades de outros subsistemas na negociação do significado pragmático da norma jurídica. Isto é, os sujeitos que negociam o significado da norma jurídica não têm informações suficientes dos demais subsistemas para uma tomada de decisão (que, no entanto, faz-se necessária). Dessa assimetria entre as informações consideradas para a tomada de decisão e a realidade do jogo (na qual a norma é aplicada) resulta a tensão entre a validade e a facticidade do significado pragmático decidido. A base teórica desse “caminho alternativo” encontra-se em um dos estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica, de Luis Fernando Schuartz, intitulado “Entre Teoria e Esperança: os ‘Potenciais de Racionalidade’ do Direito Moderno na Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas” (2005, p. 229-311), no qual ele conclui que “nós simplesmente não sabemos se os ‘potenciais de racionalidade’, diferenciados culturalmente e descortinados ao nível da reflexão teórica sobre as estruturas da interação comunicativa, podem ser efetivamente aproveitados e ‘esgotados’ no nível da reprodução das sociedades modernas” (*Ibid idem*).

O referido estudo dedica-se a explicar a (in)efetividade dos direitos sociais com base na assimetria de informação dos que determinam a aplicação de algum significado pragmático desses direitos. Em termos institucionais, pode-se pensar a partir dessa nova abordagem em possibilidades de alocação de recursos para a satisfação de garantias constitucionais; na implementação de políticas públicas ou em qualquer outro instrumento de efetivação dessa classe de direitos e garantias. É dizer que a efetividade talvez dependa menos da enunciação do direito (embora ela seja importante), e mais da qualidade da estratégia traçada para atender objetivos específicos – e essa qualidade dependerá das informações disponíveis.

Logo, o compartilhamento de informações entre as instituições serve, também, para o estabelecimento de estratégias aptas a reduzir a tensão entre

o significado pragmático atribuído a uma norma jurídica e sua facticidade, e, conseqüentemente, aumentar sua efetividade.

Portanto, pode-se concluir que há, no mínimo, uma dupla utilidade do compartilhamento de informações interinstitucionais: a possibilidade de visualização de estratégias cooperativas mutuamente ótimas e o aumento da efetividade da norma jurídica à qual se atribui determinado significado pragmático. Ambas as utilidades podem estar combinadas em um jogo institucional.

## Considerações finais

A partir da análise da (macro) estrutura institucional brasileira, segundo os critérios propostos por Arend Lijphart (TSEBELIS, 1998, p. 306) para caracterizar democracias consensuais, pode-se observar que dentre os dez critérios ali propostos, o Brasil corresponde a cinco deles afirmativamente; a um negativamente; e aos quatro restantes com uma interrogação, haja vista a falta de delimitação jurídica dessa atuação institucional. É dizer que boa parte da estrutura institucional brasileira tem dinâmica livre. É um jogo, a princípio, sem regras, em que as regras do jogo são, também, disputadas pelas instituições e do qual sai vencedora a instituição com maior poder de barganha, a com vetores de força mais intensos para fazer prevalecer as regras que melhor convêm a seus objetivos. É um jogo em que o mais forte dá as cartas.

Abriu-se, também, um largo parêntese para a compreensão de que as instituições movimentam-se nesse jogo por meio de uma sequência de ações performativas e estratégicas (HABERMAS, 2001) em que aderem, expressa ou tacitamente, a significados pragmáticos conferidos à normas jurídicas. Ao atuarem, optam por determinados significados – e nessa afirmação reside o papel de uma teoria da decisão na rede de jogos interinstitucionais. Uma teoria da decisão deve considerar a singularidade das instituições e de seus objetivos, e por isso não pode ser tão estreita a ponto de apontar um significado pragmático “correto”, anulando as possibilidades de interpretação ofertadas por outras instituições, úteis a outros objetivos institucionais. Ao mesmo tempo, não pode permitir *qualquer coisa*. Critério de validade que valida todas as hipóteses não se presta a critério. Sempre que a Hermenêutica ou a Teoria Constitucional retiram a validade de uma interpretação de um valor símbolo zero, um *topos* retórico, esvazia-se o arquétipo constitucional, fazendo retornar ao “jogo das instituições mais fortes”. O exemplo basilar da judicialização de toda sorte de questões institucionais é suficiente para a demonstração desse fenômeno. Por

isso, a afirmação de se tratar, na realidade, de um esvaziamento constitucional, de um não constitucionalismo.

Posto isso, tratou-se da dinâmica institucional sob a ótica da teoria dos jogos a fim de consolidar a análise racional (o mais detalhada possível no caso concreto) como a mais útil ao estudo e ao estabelecimento de estratégias. Ademais, apontou-se nos jogos os pontos que significam oportunidades de cooperação interinstitucional – seja porque opções ótimas para todas as instituições envolvidas, ou mesmo porque opções subótimas para o conjunto (e ótimas para a totalidade de seus jogos ou para um espectro maior de jogos). Levantaram-se fatores relevantes para todo jogo institucional, aos quais se deve estar atento quando da análise de casos concretos: as situações de cada instituição no jogo; o tempo para cada uma dessas situações; a série histórica de cada uma delas; o aprendizado das instituições ao longo do tempo; e a assimetria de informações entre as instituições.

Propôs-se a análise conjunta das ofertas comunicativas com a série histórica da atuação das instituições a fim de verificar vícios nas ofertas comunicativas, disparidades entre o discurso e a ação das instituições. Reforçaram-se, também, as vantagens do compartilhamento de informações para o desenvolvimento de jogos cooperativos interinstitucionais, alertando para sua dupla utilidade: a visualização de novas possibilidades de cooperação interinstitucional e a diminuição da tensão entre o significado pragmático escolhido e sua facticidade (SCHUARTZ, 2005).

## Referências

- BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- BRAMS, S. J. *Game Theory and Politics*. Mineola, Nova Iorque: Dover Publications, 2004.
- CAMERER, C. F. & LOEWENSTEIN, G. *Behavioral Economics: Past, Present and Future*. s.d. Disponível em: <<http://www.hss.caltech.edu/~camerer/ribe239.pdf>>.
- FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Graal, 2007.
- HABERMAS, J. *Between facts and norms – contributions to a discourse theory of Law and Democracy*. Tradução: William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2001.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- KNOBE, J. & NICHOLS, S. *Experimental Philosophy*. 2008.
- LIJPHART, A. *Modelos de democracia – desempenho e padrões de governo em trinta e seis países*. Tradução: Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

—. \_\_\_\_\_ . *Patterns of Democracy – government forms and performance in thirty-six countries*. New Haven e Londres: Yale University, 1999.

NASH, J. “Two-person cooperative games.” In: *Econometrica*, jan. de 1953, p. 128-140.

NEVES, M. “O abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal.” In: *ConJur*, 27 de nov. de 2012.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PINDYCK, R. S. & RUBINFELD, D. L.. *Microeconomia*. São Paulo: Pearson Frenice Hall, 2007.

PUGLIESI, M. *Teoria do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHUARTZ, L. F. *Norma, contingência e racionalidade – estudos preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, V. A. da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TSEBELIS, G. *Jogos Ocultos – escolha racional no campo da política comparada*. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora da USP, 1998.

---

Recebido em: 28/03/2013

Aprovado em: 05/12/2013

# USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE: ANÁLISE A PARTIR DOS PRECEITOS DE SUSTENTABILIDADE E RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

HYDROELECTRIC POWER STATION OF BELO MONTE:  
ANALYSIS FROM PRECEPTS OF SUSTAINABILITY  
AND CORPORATIVE SOCIAL RESPONSIBILITY

---

Flávia Sumaio dos Reis<sup>1</sup>  
Michel Ernesto Flumian<sup>2</sup>

## Sumário

1. Introdução 2. O contexto e a polêmica em torno de belo monte  
2.1 A questão indígena 2.2 Os malefícios sociais e a penúria da população local 3. Inexistência de interesse público na operação de belo monte 4. Análise dos aspectos socioambientais da uhe de belo monte sob o prisma da responsabilidade social empresarial (rse) 5. Considerações finais 6. Referências bibliográficas

## Summary

1. Introduction 2. The context and the polemic around belo monte  
2.1 The indigenous question 2.2 The social harms and the desolation of local population 3. Inexistence of public benefit on belo monte's operation 4. Analysis of social and environmental aspects from the hydroelectric power plant of belo monte according to the corporative social responsibility prism 5. Final considerations 6. References

## Resumo

Na década de 1970 o governo brasileiro idealizou um projeto de complexo de usinas hidrelétricas na região amazônica da Volta Grande do Rio

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da UFMS, *campus* Três Lagoas.

<sup>2</sup> MESTRE, Professor do curso de Direito da UFMS, *campus* Três Lagoas.

Xingu, no município de Altamira, Pará. Embora as adversidades tenham levado à desistência do projeto inicial, persistiu o que conhecemos hoje por UHE de Belo Monte. O presente artigo tem como objetivo delinear e compreender as possíveis consequências sociais, positivas ou negativas, da implantação da usina. Devido à amplitude de seus efeitos – com relação à sociedade, à economia e ao meio ambiente –, a UHE de Belo Monte gera polêmica entre críticos e defensores de sua instalação. Portanto, para alcançar o objetivo proposto, a análise será pautada sobre os preceitos de sustentabilidade e responsabilidade social empresarial, possivelmente feridos na construção da referida usina.

Palavras-chave: UHE de Belo Monte; Responsabilidade Social Empresarial; Sustentabilidade.

### **Abstract**

In the 1970's, the Brazilian government idealized a project of a hydroelectric power station complex in Volta Grande, at the Rio Xingu river, in the city of Altamira, state of Pará, located in the Amazon region. Although the initial project's abdication, motivated by all the adversities, it has persisted what is known nowadays as the Hydroelectric Power Plant of Belo Monte. The purpose of this article is to describe and understand the possible social consequences, positive and negative, of the hydroelectric implantation. Because of the magnitude of its effects – related to society, economy and natural environment – Belo Monte's Hydroelectric generates great polemics among critics and defenders of its installation. Therefore, to reach the proposed point, the analysis will be based upon sustainability and corporative social responsibility precepts, possibly violated on the construction of the related hydroelectric.

Keywords: Hydroelectric Power Plant of Belo Monte; Corporative Social Responsibility; Sustainability.

## **Introdução**

Nos tempos atuais, em que o direito reconhece a prevalência do social sobre o individual, é legítima a expectativa de que as empresas não busquem o lucro a qualquer custo, mas que atuem com ética sem ferir os interesses sociais para alcançar seus objetivos particulares.

Assim sendo, a *Constituição Federal* de 1988 determinou limites ao direito de propriedade e à liberdade econômica, fixando que tanto a propriedade quanto a economia devem atender a fins de interesse social e desenvolvimento sustentável.

Segundo esses princípios, a existência de uma empresa não se justifica pela finalidade exclusiva de gerar rendimentos para o capitalista, mas pela necessidade comum do povo com relação à produção, pela movimentação da economia nacional e pela geração de empregos. De fato, esses são aspectos de interesse coletivo que fazem da empresa um importante ente para a sociedade moderna.

No entanto, ao vislumbrar o aspecto social da empresa, é preciso observar sua existência como um todo, e não estritamente o curso de seu funcionamento produtivo. Interessa saber, antes de qualquer coisa, se existe interesse social na fundação da empresa, se a sociedade precisa dos bens que a empresa se propõe a produzir, se a geração de empregos será relevante para o desenvolvimento social da região onde a empresa será criada, e, por outro lado, quais ônus sociais serão gerados por ela.

Portanto, compreende-se a necessidade de amplificar a análise da função social e da responsabilidade social das empresas, observando-as não somente no auge de seu funcionamento, mas desde sua idealização, planejamento e implantação.

Embora o Governo alegue que a Usina Hidrelétrica de Belo Monte atenderá a milhões de pessoas e trará milhares de empregos durante sua implantação, especialistas afirmam que os benefícios não compensam os prejuízos, pois os danos locais associados à hidrelétrica envolvem impactos sociais e físico-ambientais, atingindo milhares de pessoas.

## **1 O contexto e a polêmica em torno de Belo Monte**

Em 1975, no governo Geisel, foi planejada a construção de um complexo de seis usinas hidrelétricas no Rio Xingu. Contudo, a grande quantidade de protestos das populações locais e críticas de especialistas acarretaram a “desistência de construção das outras hidrelétricas que formariam o complexo”, remanescendo, em 2008, um único projeto para a usina, inicialmente batizada de Kararaô, em homenagem aos indígenas da região. Desde o seu projeto inicial até hoje, houve diversas modificações estruturais e, diante dos protestos da população indígena, ela foi rebatizada de Hidrelétrica de Belo Monte (COELHO, 2010, p. 87-88).

Após a reestruturação do projeto inicial, a construção da UHE de Belo Monte na Volta Grande do Rio Xingu, estado do Pará, foi submetida a leilão e aprovada no dia 20 de abril de 2010. O empreendimento prevê a geração de

aproximadamente 18,7 mil empregos diretos e 23 mil indiretos (BRASIL, 2013, p. 1) e, no tocante ao potencial energético, o prognóstico é de que a UHE de Belo Monte seja capaz de gerar 4.500 megawatts – o suficiente para suprir 22 milhões de residências – por ano (MAIA, 2011, p. 189).

Nesses moldes, o governo alega que a implantação da UHE de Belo Monte está plenamente de acordo com todos os requisitos socioambientais, que antes inviabilizaram o projeto do complexo de usinas.

## 1.1 A questão indígena

Segundo informações oficiais do Ministério de Minas e Energia, a área alagada pela Usina Hidrelétrica não atingirá nenhuma terra indígena, e as condições de pesca e navegabilidade serão mantidas. Contraditoriamente, afirma também que “eventuais interferências nas atividades de caça, pesca e lavoura nas áreas do projeto serão compensadas pelos programas e projetos socioambientais previstos no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e no Projeto Básico Ambiental” (BRASIL, 2011, p. 5). Ou seja, o próprio governo reconhece que as populações indígenas terão suas atividades prejudicadas pela UHE de Belo Monte.

A propósito, um estudo divulgado pela revista *Superinteressante* informa que “100 km do Rio Xingu terão a vazão reduzida” e, “segundo especialistas, podem até secar” (CORDEIRO *et al.*, 2011, p. 46).

O artigo 231 da *Constituição Federal* de 1988 prevê, em seu parágrafo terceiro, que:

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional<sup>3</sup> ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Nesse sentido, o Ministério de Minas e Energia informa que aproximadamente 1.700 indígenas participaram de trinta reuniões organizadas pela FUNAI entre 2007 e 2010 para resolver questões sobre o projeto da barragem de Belo Monte. Além disso, cerca de 200 indígenas haveriam participado de

<sup>3</sup> A implantação da UHE Belo Monte pelo Poder Executivo foi autorizada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 788, de 14 de julho de 2005, mediante as seguintes condições: viabilidade demonstrada pelo EIA, RIMA, AAI da Bacia do Rio Xingu e estudo antropológico atinente às comunidades indígenas. Além disso, é indispensável a oitiva das comunidades afetadas, em respeito ao artigo 231, §3º, da Constituição Federal de 1988.

audiências públicas realizadas pelo IBAMA e, representadas por seus líderes comunitários, as comunidades indígenas também teriam participado de reuniões públicas realizadas na elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (BRASIL, 2011, p. 4).

Embora tenham sido ouvidas as comunidades indígenas afetadas pelo projeto, em conformidade com o que determina o parágrafo terceiro do referido dispositivo constitucional, resta saber se os representantes ouvidos aceitaram ou se opuseram à exploração dos recursos energéticos de suas terras. Ao que consta, têm sido registrados inúmeros protestos dos indígenas contra a instalação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e contra as condições específicas, como redução da vazão e limitação da navegabilidade do Rio Xingu, o que tem sido um sério empecilho na vida das comunidades indígenas da região afetada pela hidrelétrica (CIMI, 2013, p. 1).

Por parte da Norte Energia S/A, o que se tem registrado pelos relatos dos povos indígenas é um amplo descaso com os pleitos e protestos dos índios, sem qualquer esboço da intenção de dialogar, em nítida contrariedade com um dos critérios de Responsabilidade Social Empresarial estabelecidos pelo Instituto Ethos, qual seja o de “contribuir para o desenvolvimento ambiental, social e econômico, participando da construção de uma sociedade sustentável, por meio do diálogo e engajamento de seus diversos públicos” (ETHOS, 2009, p. 49).

Além disso, o mesmo artigo 231 da *Constituição Federal* de 1988, logo em seu *caput*, reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Assim, não basta serem cumpridos os requisitos objetivos para o aproveitamento dos recursos hídricos das terras indígenas, sendo indispensável que sejam respeitados os costumes, a organização social, as crenças e tradições dos povos indígenas – os quais inevitavelmente serão lesados com a construção da UHE de Belo Monte.

## 1.2 Os malefícios sociais e a penúria da população local

Além da questão indígena, Belo Monte afetará decisivamente a vida de milhares de moradores da região de Altamira. A obra forçará a remoção de 5.988 famílias. Serão aproximadamente 20 mil pessoas obrigadas a deixar seus lares e cerca de 100 mil novos moradores (CORDEIRO, 2011, p. 46) atraídos pela oferta de empregos.

No tocante às famílias que terão que ser desapropriadas e retiradas de suas casas, a *Constituição Federal* brasileira prevê que a submissão do interesse privado

dos moradores se justifica pelo interesse público do Estado. Nessa hipótese, o artigo 182, § 3º, dispõe que “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”.

Segundo afirma o governo, o dispositivo constitucional não será desrespeitado, eis que os moradores desapropriados “poderão optar por indenização de terrenos e benfeitorias em dinheiro, realocação monitorada ou reassentamento pelo empreendedor em zonas urbanas ou rurais” (BRASIL, 2011, p. 5). Entretanto, o que tem ocorrido na prática é a expropriação de residências com título de propriedade mediante pagamentos irrisórios que não permitem a reestruturação dos residentes em outras localidades, além da expulsão dos moradores sem título de propriedade. Consoante informações prestadas pela Defensoria Pública de Altamira,

correm atualmente 67 ações contra a Norte Energia por problemas referentes a Santo Antônio. Algumas famílias, explica a defensora Andréia Barreto, chegaram a receber apenas R\$ 3,1 mil pelas suas casas e terras, valor com o qual claramente não puderam recompor a vida em outra localidade, sobretudo diante da especulação imobiliária nos municípios afetados pela hidrelétrica. Já outros atingidos sequer foram reconhecidos como tal. “É o caso do seu Amadeu. Um dos moradores mais antigos de Santo Antônio, o pescador não tinha título de propriedade e a Norte Energia se negou a indenizá-lo até que entramos com um processo. Ele finalmente foi incluído no Plano de Atendimento à População Atingida e hoje vive de aluguel em uma casinha paga pela empresa.” (GLASS, 2013, p. 2)

Além disso, é preciso verificar se o que motiva o empreendimento é o interesse público ou mera conveniência *dos representantes* do Estado, pois, não havendo interesse público, o interesse particular do proprietário não poderia ser ferido e a desapropriação não poderia ser feita.

Em contrapartida a isso tudo, o governo alega que a UHE de Belo Monte será responsável pela geração de milhares de empregos diretos e indiretos, levando desenvolvimento econômico e urbano à região paraense.

Contudo, além da dificuldade de controle das relações empregatícias estabelecidas, característica da região amazônica – cujo isolamento costuma viabilizar o subemprego, situações análogas à escravidão e condições adequadas para a espoliação dos empregados pelos empregadores –, nota-se que a oferta de

empregos não trará tantos benefícios quanto prejuízos à população local (MAIA, 2011, p. 189).

Primeiramente, verifica-se que a região não dispõe de especialistas, tampouco condições de satisfazer a demanda de trabalho técnico especializado da UHE de Belo Monte. Embora dentre os planos para a região conste a implantação de cursos profissionalizantes e centros de capacitação, não são aos trabalhadores locais que os empregos gerados têm privilegiado. Aliás, é evidente que a mão de obra demandada por Belo Monte não contempla as atividades costumeiras dos ribeirinhos e povos da região, as quais serão, na verdade, atravancadas pela revolução particular empreendida para a construção da hidrelétrica.

O fenômeno que observaremos – e que já se iniciou na fase de edificação da hidrelétrica – é, portanto, a migração de grandes massas de trabalhadores em busca de oportunidades na região de Altamira.

Conforme explica Nelson Werneck Sodré sobre a lógica do mercado de trabalho, ao invés de contribuir para o progresso humano, a abundância de oferta de mão de obra acarreta sérias desvantagens para os trabalhadores.

[...] o fluxo de trabalhadores expropriados no sentido das áreas capitalistas, onde comparecem para se tornarem proletários [...] ocorre todos os dias, diante dos nossos olhos. E ganha aquela dimensão trágica configurada no excesso de oferta, na existência de um gigantesco exército de reserva, um dos maiores do mundo, que tanto concorre para aviltar o salário e possibilitar aos proprietários condições favoráveis de manutenção de remuneração baixa, aviltando o nível da força de trabalho. (1980, p. 152-153)

De outro lado, para além do mercado de trabalho, desponta outro problema advindo do imenso fluxo de pessoas para a região da hidrelétrica. Todos os migrantes interessados nas promessas de Belo Monte, por emprego e prosperidade, precisarão de moradia e exigirão infraestrutura urbana adequada e, naturalmente, a imensa procura por moradia levará a uma incontável especulação imobiliária (MAIA, 2011, p. 189). Certamente esse fenômeno mercadológico tornará sempre insuficiente qualquer que seja a contraprestação pecuniária oferecida pelo Estado pela desapropriação das casas.

Ademais, nem todos os candidatos a vagas de emprego poderão ser atendidos pela demanda das obras – ainda menos pelo quadro funcional da Usina Hidrelétrica de Belo Monte após sua conclusão –, o que desencadeará um processo dificilmente reversível de favelização. Toda essa desordem social já

foi experimentada anteriormente na instalação de outras hidrelétricas, como é o caso de Tucuruí (COELHO, 2010, p. 87), e começa a se corroborar no caso Belo Monte.

Diante de tudo isso, conclui-se que a oferta de empregos na região, antes de representar algo de positivo aos atuais moradores, provocará grande caos social e retrocessos para o desenvolvimento humano regional.

Teoricamente, a prestação positiva da Norte Energia, empresa empreendedora da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, em favor das comunidades locais resolveria os problemas decorrentes do empreendimento. Assim, não por desiderato próprio, mas por força dos acordos firmados para a viabilização das obras, a Norte Energia assumiu vários compromissos relativos à prestação de assistência às famílias desapropriadas e à urbanização da região, em compensação a todos os danos causados às comunidades locais.

Cumprir ressaltar que esses compromissos são, na verdade, programas e projetos socioambientais estabelecidos pelo Estudo de Impacto Ambiental realizado sobre a execução do projeto. A execução desses compromissos constitui uma das condicionantes exigidas para a concessão de licença ambiental pelo IBAMA. Dentre os compromissos estabelecidos para o cumprimento das condicionantes, destacam-se a realização de melhorias em áreas urbanas de Altamira, Vitória do Xingu e na Vila Belo Monte, melhorias na área da saúde e na infraestrutura rodoviária, conservação ambiental, assistência social, profissionalizante, educacional e cultural às populações indígenas<sup>4</sup>, incentivo à capacitação profissional e ao desenvolvimento de atividades produtivas nos onze municípios atingidos indiretamente pelo projeto e a realocação de moradores das palafitas em casas de alvenaria em áreas urbanizadas, entre outros (BRASIL, 2011, p. 7-9).

Por mais benéficos e vantajosos que possam *soar* esses implementos, se levarmos em conta o impacto causado tanto ao meio ambiente quanto aos indígenas e ribeirinhos no contexto da implantação da UHE de Belo Monte, eles não passam de ineptas tentativas de mitigar os malefícios que inevitavelmente assolarão todos os circunscritos na área do projeto.

O mais impressionante, entretanto, é que não obstante o opulento empréstimo recebido do BNDES e da Caixa Econômica Federal<sup>5</sup>, a

---

<sup>4</sup> Que mais parece uma empreitada colonizadora para adequar a nação indígena aos objetivos do desenvolvimento econômico brasileiro.

<sup>5</sup> Dos R\$ 22,5 bilhões recebidos dos cofres públicos para financiar o projeto, somente R\$ 3,2 bi estão voltados para o cumprimento das condicionantes (BRASIL; BNDES, 2013, p.1) – dentre as quais o pagamento das indenizações aos moradores, implemento de benfeitorias urbanísticas e programas que visam a melhoria das condições de vida humana na região das cidades e comunidades afetadas pelas obras – impostas pelo EIA-RIMA para a concessão da licença.

empreendedora tem descumprido as condicionantes impostas pelo EIA para a concessão de sua licença, tanto que o Brasil já foi notificado mais de uma vez pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude das violações de Belo Monte (*CAROS AMIGOS*, 2013, p. 1). A gravidade do quadro levou ao ajuizamento de dezenas de ações. Eis que o Ministério Público Federal critica a postura da Norte Energia, salientando que a empreendedora do projeto Belo Monte trata as condicionantes como se fossem mero requisito formal:

As condicionantes estabelecidas na Licença Prévia não foram cumpridas, sendo postergadas e incorporadas na Licença Parcial de Instalação e, posteriormente, na Licença de Instalação, fase na qual continuam sendo tratadas pelo empreendedor como mero requisito formal, cujo cumprimento pode ser diferido no tempo, divorciado de qualquer cronograma ou promessa que seja necessária para garantir que as obras continuem, mesmo que o custo socioambiental deste comportamento seja insustentável. (MPF, 2013, p. 2)

Conforme explica o próprio impetrante:

Nesta ação cautelar o que se descreve é exatamente este quadro de descumprimento das condicionantes, da sua ineficácia para impedir os impactos negativos e da omissão da autarquia ambiental, sua leniência na fiscalização e, mesmo quando exercida esta, da sua incapacidade de tornar realidade as diversas promessas que indicavam o licenciamento como instrumento da sustentabilidade na maior obra em andamento no Brasil. (*Ibid idem*, p. 2)

Tanto isso é verdade que, segundo apuração feita em 2012 pela Coordenação de Energia Hidrelétrica do IBAMA para o 2º Relatório Semestral de Andamento do Projeto Básico Ambiental e das Condicionantes da Licença de Instalação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, existem inúmeros “programas que não estão sendo implementados a contento [...] pelo empreendedor. Destaca-se a seguir alguns pontos que são recorrentes”, tais como diversos atrasos no cadastro socioeconômico, das definições de áreas para reassentamento urbano, do padrão de construção das casas a serem construídas para os moradores desapropriados, a requalificação urbana especialmente no que se refere à intervenção em Altamira etc. (BRASIL, 2012, p. 128).

Na descrição da situação enfrentada pela população da Vila Santo Antônio, da cidade de Altamira, o próprio IBAMA afirma que:

O processo por que passa a comunidade da Vila Santo Antônio é traumático. A demora em proceder ao reassentamento deixa as famílias em meio a casas demolidas, terrenos antes cuidados pelos antigos moradores que agora estão tomados por mato, e trânsito de caminhões e pessoas estranhas à comunidade, que tornam mais dolorida a mudança de vida nesta fase. É preciso que o empreendedor inicie imediatamente a construção da nova vila, e que não atrele esta decisão ao início da implantação da vila residencial dos trabalhadores; e providencie maior apoio ou conforto psicológico às famílias moradoras no local, fazendo com se sintam amparadas. (MPF, 2013, p. 9)

Ou seja, além de ser responsável por todo o prejuízo social causado, a Norte Energia não tem adotado as medidas exigidas para o controle, acompanhamento, mitigação e compensação dos danos causados.

## **2 Inexistência de interesse público na operação de Belo Monte**

Há muito já se superou a ideia do individualismo, e essa é uma das razões do grande desenvolvimento do direito público. Não se concebe, assim, que um Estado admita a atuação de empresas particulares em conflito com um princípio regente da atividade do próprio Estado, que é o interesse público.

O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo. (DI PIETRO, 2012, p. 66)

Para demonstrar a falta de interesse público, bastaria mencionar o enorme prejuízo ambiental causado pela construção da UHE de Belo Monte, haja vista que incontáveis espécies da fauna e flora serão atingidas, prejudicando demasiadamente a biodiversidade da região, notadamente uma das mais ricas do mundo. Prejudicada a biodiversidade, toda a floresta é posta em cheque devido, entre outras coisas, ao desequilíbrio da cadeia alimentar.

Existe, por outro lado, interesse público na manutenção da floresta amazônica que, além de funcionar como filtro do ar que todos respiramos, fornece inúmeras substâncias que são empregadas como matéria-prima na composição de medicamentos, cosméticos, e até mesmo artefatos tecnológicos.

O artigo 225 da *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988, garante a todos o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Assim, preservar o meio ambiente não é tarefa exclusiva do Poder Público, da iniciativa privada ou dos cidadãos. “Devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura de paz.” (UNESCO In: CAMARGO, 2003, p. 142)

No entanto, este não é o único elemento que afasta o interesse público na construção da UHE de Belo Monte. Apesar de ter capacidade máxima instalada de aproximadamente 11.000 MW, a hidrelétrica será afetada pela estiagem durante meses e, por isso, deverá gerar em torno de 4.500 MW por ano (BRASIL, 2011, p. 1). Este argumento, por si só, já refuta a alegação governista de que as demais fontes de energia – como a eólica, por exemplo – são afetadas pela sazonalidade, pois o Rio Xingu também passa por ciclos, cuja sazonalidade afetará a geração de energia na UHE de Belo Monte.

Além disso, o empréstimo tomado do BNDES para a construção da UHE de Belo Monte monta no nada módico valor de R\$ 22,5 bilhões, que totalizam 80% dos custos para a realização das obras. O consórcio Norte Energia também foi prestigiado com isenções fiscais, juros subsidiados e prazo inicial de 30 anos para começar a pagar. Como se não bastasse, parte desse capital provém da emissão de títulos da dívida pública. Ou seja, à “sociedade caberá subsidiar a energia a ser consumida pelos grupos privadas [sic]” (COELHO, 2010, p. 98).

Portanto, a única justificativa remanescente para a instalação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte seria a redução dos custos e despesas com energia elétrica tanto para o consumidor como para o contribuinte. Aqui, duas situações merecem destaque.

Primeiramente, importa recordar que grande parte da redução de despesas<sup>6</sup>, no setor produtivo – e, nesse âmbito, consideramos inclusa a produção de energia – destina-se ao incremento dos lucros do produtor, das transportadoras e dos revendedores, sem consideráveis benefícios para o consumidor. O que rege

---

<sup>6</sup> Seja material ou tributária, independentemente de sua natureza.

os preços no mercado de consumo, na verdade, é a competição com os preços dos concorrentes que disputam o mesmo nicho de mercado.

Em segundo lugar, chama-se atenção, sobretudo, para o descumprimento do preceito fundamental expresso no artigo 3º, inciso III, da *Constituição da República Federativa do Brasil*: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Os defensores do projeto certamente alegarão, nesse ponto, que buscam “garantir o desenvolvimento nacional [.....] e reduzir as desigualdades [.....] regionais” (artigo 3º, II e III, *Constituição Federal* de 1988). Contudo, é flagrante que a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e todos os fenômenos-satélite desse empreendimento fomentam a marginalização e suas justificativas se pautam em privilégios sociais, e não sobre o desenvolvimento sustentável, eis que se preocupa em garantir custos mais acessíveis aos consumidores de energia elétrica sem dar importância à penúria sofrida pelos povos locais, especialmente indígenas e ribeirinhos.

Por mais interessante que a redução de despesas possa ser ao público consumidor, devemos notar que essa redução não fará tanta diferença para os pequenos consumidores. Seus principais beneficiários serão os consumidores de energia elétrica em grande escala, e não os consumidores domésticos. É notável que

Se aos poucos o processo de estabelecimento de um novo padrão de desenvolvimento vai se tornando cada vez mais claro, o mesmo não se pode dizer de seus ganhos sociais. A importância da energia como fonte de cidadania para famílias de diferentes estratos sociais, ainda tem muito a sua presença restringida à retórica. Igualmente restringido [sic] está a inserção das [.....] demandas efetivas dos moradores locais/regionais. Haverá espaço para estas demandas ou serão sacrificadas em prol do tipo específico de desenvolvimento? (*Ibid idem*, p. 100)

Destarte, as medidas do governo deveriam se centralizar em formas alternativas de produção energética, campanhas e programas pela “mudança de hábitos nos padrões de consumo, especialmente dos que gastam em demasia” (MAIA, 2011, p. 188), visando o consumo sustentável. Além de ser de interesse público, essa medida satisfaz um dos critérios essenciais da Responsabilidade Social Empresarial, segundo o Instituto Ethos<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Critério 11: estimular o consumo e utilização de produtos e serviços sustentáveis, ou seja, ambientalmente adequados, socialmente justos e economicamente viáveis.

### **3 Análise dos aspectos socioambientais da UHE de Belo Monte sob o prisma da Responsabilidade Social Empresarial (RSE)**

É uma tendência atual que a ética deixe de ser uma obrigação simplesmente da esfera moral para atingir o campo da legalidade. Os princípios da Administração Pública já contemplam a moralidade como um princípio, exigindo atuação ética de seus servidores, e é nesse mesmo sentido que caminha a Responsabilidade Social Empresarial.

Contudo, é importante salientar que ser socialmente responsável não significa apenas estar de acordo com a lei. Não basta que o projeto esteja licenciado pelo IBAMA, nem simplesmente que estejam sendo cumpridas as normas respeitantes à desapropriação dos imóveis contidos na área de implantação da usina. Não basta, em última análise, que todos os requisitos legais para a instalação da UHE de Belo Monte estejam sendo cumpridos. Isso torna a obra lícita, mas não garante que ela esteja atendendo aos preceitos de responsabilidade social empresarial, que, segundo a concepção implantada pela norma internacional de Responsabilidade Social, ISO 26000:

[...] implica a compreensão de que a sociedade possui expectativas que derivam de valores amplamente aceitos. [...] A compreensão de que uma sociedade tem expectativas mais amplas, e ligadas a valores, implica um melhor entendimento do papel que as organizações têm a cumprir e que a sua responsabilidade social vai além de suas obrigações legais. (MONZONI; BIDERMAN, 2011, p. 28)

Portanto, importa definir a partir de quais pontos será verificada a responsabilidade social empresarial na instalação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. Entende o Instituto Ethos que:

Responsabilidade Social Empresarial é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais. (ALIANÇA CAPOAVA, 2012, p. 11)

Ou seja, para que uma empresa seja considerada socialmente responsável, deve empregar seu poder de transformação social para o bem comum, adotando medidas que assegurem a sustentabilidade social e ambiental, além de condicionar suas decisões a preceitos mínimos de ética, *transparência* e *solidariedade*, pois:

Em razão do impacto que a empresa produz sobre a vida em sociedade, a RSE deve portar valores que reconheçam os direitos, assim como o equilíbrio na sociedade e na convivência humana. Portanto, ética, transparência e solidariedade compõem o escopo da responsabilidade social. Uma organização – de qualquer um dos setores – é essencialmente responsável pelo compartilhamento dos destinos da sociedade e da comunidade, e do esforço pelo desenvolvimento, porque ninguém se desenvolve sozinho. (*Ibid idem*, p. 14)

Assim sendo, é precisamente a partir desses valores que a Responsabilidade Social Empresarial da Usina Hidrelétrica de Belo Monte será aferida. Para começar, avalia-se a solidariedade do empreendimento.

O atendimento às populações atingidas pelos efeitos sociais da UHE de Belo Monte não está sendo realizado nem mesmo no mínimo exigido pelas condicionantes impostas para o licenciamento da obra. Aliás, mesmo diante da indigna situação em que se encontra a Casa do Índio (CASAI) em Altamira, que oferece atendimento e tratamento médico aos povos indígenas<sup>8</sup>, a Norte Energia S/A não cumpre as condicionantes necessárias à efetivação do direito à saúde daquela população (SANTANA, 2013, p. 2).

Vale lembrar que os impactos ambientais causados não estão sendo adequadamente geridos pelo empreendedor. Aliás, essa postura indiferente do Consórcio Norte Energia S/A perante os impactos ambientais causados pela sua interferência no entorno da Volta Grande do Rio Xingu é outro indicador que milita contra a responsabilidade social empresarial da empreendedora, que vem demonstrando explícita irresponsabilidade social, conforme aponta o critério de “gestão responsável dos impactos ambientais”, definido pelo Instituto Ethos<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Conforme relata o Conselheiro Distrital de Saúde Indígena em Altamira, Wiliam Xakriabá, após o início da construção da UHE de Belo Monte houve um grande aumento de doenças, de modo a multiplicar os atendimentos na CASAI. Consta que o motivo pelo qual a saúde dos povos indígenas tem sofrido tanto está relacionado aos efeitos do contato com os hábitos externos, como alimentos industrializados, bebidas alcoólicas, refrigerantes, além dos resíduos de tudo isso, que formam grande acúmulo de lixo nas aldeias.

<sup>9</sup> Critério 15: adotar uma gestão responsável dos impactos ambientais causados pelos processos, produtos ou serviços, tanto em suas atividades diretas quanto na cadeia produtiva, que inclua práticas preventivas e considere eventuais passivos existentes.

Dentre os indicadores e diretrizes que compõem a avaliação desse critério, merecem menção: a sustentabilidade na economia florestal; o comprometimento da empresa com a melhoria da qualidade ambiental; descrição de impactos significativos na biodiversidade de atividades, produtos e serviços em áreas protegidas e em áreas de alto índice de biodiversidade fora das áreas protegidas; iniciativas para mitigar os impactos ambientais de produtos e serviços e a extensão da redução desses impactos (ETHOS, 2009, p. 34-36).

No que tange à transparência, nota-se que enquanto o Ministério de Minas e Energia difunde inúmeras informações sobre os aspectos supostamente positivos da UHE de Belo Monte – especialmente alegando a necessidade de fontes energéticas baratas, tendo em vista o prognóstico de aumento do consumo de energia nos próximos anos –, a Norte Energia não está viabilizando a divulgação e publicidade das consequências sociais –, que já estão sendo sentidas pelos povos indígenas e pela população local – e ambientais, o que denota clara *falta de transparência*.

O IBAMA, embora relate os problemas passados nas fases iniciais do projeto Belo Monte, não está cumprindo seu papel de fiscalizar e proteger o meio ambiente. Ao constatar o descumprimento das condicionantes, o IBAMA deveria ter suspenso imediatamente a licença ambiental, mas limitou-se a aplicar uma multa ao licenciado, permitindo a continuidade da situação irregular e, com isso, o progressivo aumento dos impactos socioambientais causados pela UHE de Belo Monte. Por causa disso, o Ministério Público Federal move ações em que não só a Norte Energia, mas também o IBAMA e a FUNAI compõem o polo passivo, com duras críticas ao instituto concedente da licença:

Não havendo como negar o não cumprimento da condicionante, o IBAMA, no RPL, inverte completamente a lógica. Ressuscita a máxima de **privatizar o lucro e socializar os custos**, ao declarar: *51. Há ainda que se considerar que a responsabilidade pelos serviços de saneamento é do Poder Público – governos estaduais e municipais. Os principais municípios da região (Vitória do Xingu e Altamira) apresentam, atualmente, situação precária em relação ao saneamento básico: inexistência de esgotamento sanitário e sistema de abastecimento público de água precário. Isso posto, ainda que a responsabilidade da NESAs diga respeito somente aos impactos causados pelo empreendimento, restou estabelecido no licenciamento que o empreendedor deve implantar integralmente os sistemas de abastecimento público de água*

*e de esgotamento sanitário, em toda a área urbana desses municípios, cobrindo um importante déficit pré-existente.*

Por essa lógica, diante da pobreza da região, a NESA deveria se preocupar apenas com o impacto que causar pelos seus operários. Não deve haver qualquer compromisso ou dividendo da empresa para a comunidade local que suportará impactos como a contaminação de sua água. (MPF, 2013, p. 20) (grifo nosso)

Conforme esclarecem os digníssimos representantes do Ministério Público Federal, na referida ação, o IBAMA deveria ter suspenso ou cancelado a licença, e não simplesmente aplicado multa à empreendedora:

[...] houve violação de condicionantes. Essas condicionantes evitariam o dano ambiental em sentido amplo. Seu descumprimento, portanto, deve ter como sanção a suspensão ou o cancelamento da licença ambiental. (*Ibid idem*, p. 25)

Enfatiza-se que, além de empreender um projeto que contraria todo o bom senso e descumprir as condições e programas de mitigação dos malefícios ambientais e sociais causados pelo empreendimento, a Norte Energia ainda se vale de sua condição econômica favorável – e da obtusa ânsia do governo pelo desenvolvimento a qualquer custo – para se esquivar das sanções e da responsabilidade que sabe ter sobre todos os danos causados ao meio ambiente e, sobretudo, aos povos indígenas e moradores da região afetada pelas obras.

Essa postura de desprezo aos direitos alheios pela busca incessante de rendimentos demonstra quão antiética é a empreendedora do projeto Belo Monte e quão afastada está de tudo o que define a Responsabilidade Social Empresarial.

## **Considerações finais**

Por mais argumentos que o governo apresente para justificar a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, o empreendimento não se justifica nem mesmo economicamente. Além de causar inúmeros impactos socioambientais à região onde começa a ser instalada, o consórcio Norte Energia S/A não tem cumprido sequer as condições básicas impostas para a concessão da licença.

Sob a ótica da Responsabilidade Social Empresarial, o empreendimento não demonstra qualquer solidariedade com os moradores locais – quer sejam indígenas ou residentes das cidades afetadas –, não tem comprometimento com

a transparência das informações até mesmo porque os relatórios e constatações apontam todos contra si, e não têm ética pois, além de empreitarem pela efetivação de interesses particulares em óbvio detrimento de milhares de pessoas, a empreendedora se vale de sua posição favorável tanto na esfera econômica como perante o governo para contornar a fiscalização e permanecer executando as obras mesmo diante de todas as irregularidades existentes.

Enfim, infere-se que Belo Monte tem por fito beneficiar as classes mais favorecidas da sociedade em detrimento dos pobres, cuja voz, por mais alto que gritem, jamais ecoa forte o suficiente nos corredores do Planalto e do Congresso Nacional para que sejam velados os seus interesses.

A situação que vem tomando forma se define pela garantia dos excessos das minorias economicamente favorecidas, cuja falta de sustentabilidade é premiada pelo sacrifício dos povos da região amazônica.

Ignorando as notificações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as opiniões de especialistas e as inúmeras evidências de que o projeto Belo Monte é insustentável, o Estado brasileiro persiste na sua construção, sacrificando o direito de milhares de seres humanos em nome do desenvolvimento econômico, enquanto a economia nacional deveria estar sendo direcionada para melhorar o desenvolvimento humano. Afinal, é a economia que deve servir à humanidade, e não o contrário.

Pelo que se observa, ainda temos um longo caminho a percorrer até chegarmos à prevalência do ser humano sobre o desenvolvimento econômico. Até lá, o Direito terá um papel fundamental na inserção e efetivação dos preceitos da Responsabilidade Social Empresarial, dada sua força coativa e a interpretação necessária conforme o sistema formado pela *Constituição Federal* e os Tratados, contribuindo decisivamente na consolidação da opinião pública e, sobretudo, na formação cultural das próximas gerações.

## Referências

ALIANÇA CAPOAVA. “Responsabilidade social empresarial: por que o guarda-chuva ficou pequeno?” Disponível em: <<http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/arquivo/0-A-888Publica%C3%A7%C3%A3o%20Alian%C3%A7a%20Capoava.pdf>>. Acesso em: 25.nov. 12.

BRASIL. BNDES (Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social). “BNDES aprova financiamento de R\$ 22,5 bilhões para Belo Monte”. Disponível em: <[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes\\_pt/Institucional/Sala\\_de\\_Imprensa/Noticias/2012/energia/20121126\\_belomonte.html](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Sala_de_Imprensa/Noticias/2012/energia/20121126_belomonte.html)>. Acesso em: 19.mar. 13.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Diretoria de Licenciamento Ambiental. Coordenação Geral de Infraestrutura de Energia Elétrica. Coordenação de Energia Hidrelétrica. “Parecer nº 168/2012: Análise do 2º relatório semestral de andamento do projeto básico ambiental e das condicionantes da licença de instalação 795/2011, da Usina Hidrelétrica Belo Monte, processo 02001.001848/2006-75. Brasil: MMA, IBAMA, DILIC, CGENE, COHID, 2012”. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Analise-Condicionantes-Ibama.pdf>>. Acesso em: 19.mar. 13.

\_\_\_\_\_. Ministério de Minas e Energia (MME). “Projeto da Usina Hidrelétrica de Belo Monte: perguntas mais frequentes”. Publicado em fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/belomonte/BELO\\_MONTE\\_-\\_Perguntas\\_mais\\_Frequentes.pdf](http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/belomonte/BELO_MONTE_-_Perguntas_mais_Frequentes.pdf)>. Acesso em: 17.jan. 13.

CAROS AMIGOS. “Corte Interamericana notifica Brasil por violações em Belo Monte”. Disponível em: <<http://carosamigos.terra.com.br/index/index.php/cotidiano/994-corte-interamericana-notifica-brasil-por-violacoes-em-belo-monte>>. Acesso em: 23.jan. 13.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. “Protesto indígena em Altamira é consequência do descaso da Norte Energia com licenciamento, diz MPF”. Disponível em: <<http://cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=6398#>>. Acesso em: 25.mar. 13.

COELHO, M. C. N. *et al.* “Questão energética na Amazônia: disputa em torno de um novo padrão de desenvolvimento econômico e social”. In: *Novos cadernos NAEA*. v. 13, nº 2, dez 2010, p. 83-102.

CORDEIRO, T. *et al.* “Quais são as vantagens e desvantagens de Belo Monte?” In: *Superintendente*, São Paulo, v. 13, nº 299, dez 2011, p. 46-47.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ETHOS, Instituto. *Manual de incorporação dos critérios essenciais de responsabilidade social empresarial*. São Paulo: D’Lippi Print, 2009.

GLASS, V. “Construtora de Belo Monte descumpre condicionantes socioambientais e Ibama não pune”. Disponível em: <<http://cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=6718#>>. Acesso em: 18.mar. 13.

MAIA, D. M. “Belo Monte: desenvolvimento para quem?” In: *Economia & Tecnologia*. Ano 07, v. 24, jan-mar 2011, p. 187-192.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Procuradores da República: Felício Pontes Jr; Ubiratan Cazetta; Meliza Barbosa; Thaís Santi. “Ação cautelar inominada, com pedido de liminar. Distribuição por dependência ao proc. nº 18026-35.2011.4.01.3900”. Disponível em: <[http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2012/arquivos/Belo\\_Monte\\_cautelar\\_Condicionantes.pdf/at\\_download/file](http://www.prpa.mpf.gov.br/news/2012/arquivos/Belo_Monte_cautelar_Condicionantes.pdf/at_download/file)>. Acesso em: 10.mar. 13.

MONZONI, M. (coord.); BIDERMAN, R. (coord.). *Contribuições do 1º grupo de trabalho do GVces sobre a ISO 26000 a norma internacional de responsabilidade social*. São Paulo: Vox, 2011.

SANTANA, R. “Casai de Altamira entra em colapso e condicionantes da UHE Belo Monte não são cumpridas”. Disponível em: <<http://cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=6554#>>. Acesso em: 18.mar. 13.

SODRÉ, N. W. “Modos de produção no Brasil”. In: LAPA, J. R. do A. (org.). *Modos de produção e realidade brasileira*. Petrópolis: Vozes, 1980, p. 133-156.

UNESCO. Carta da Terra, 2000. In: CAMARGO, A. L. de B. *Desenvolvimento sustentável: dimensões e desafios*. Campinas: Papyrus, 2003.

---

Recebido em: 05/04/2013

Aprovado em: 10/12/2013



# O NOVO VETOR AXIOLÓGICO NO MOVIMENTO DE SANEAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

THE NEW AXIOLOGICAL VECTOR IN RESOLUTION  
OF NATIONAL FINANCIAL SYSTEM MOVEMENT

---

Antonio Augusto Cruz Porto<sup>1</sup>

Oksandro Osdival Gonçalves<sup>2</sup>

## Sumário

1. Considerações introdutórias. 2. Paradigma axiológico da regulação bancária. 3. A experiência estatal no saneamento do Sistema Financeiro Nacional: endogenia do movimento saneador. 4. Funcionalidade da intervenção: exogenia do movimento saneador. 5. Considerações Finais.

## Summary

1. Introductory remarks. 2. Axiological paradigm of banking regulation. 3. Experience state sanitation Financial System: endogeny motion exonerating. 4. Functionality of intervention: exogeny motion exonerating. 5. Final Thoughts.

---

<sup>1</sup> Professor da graduação na disciplina de Direito Empresarial. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pela PUC/PR e pela Escola Ministério Público do Paraná – Estado Democrático de Direito – Área de Concentração: Direito Processual Civil. Possui formação especializada em Teoria Crítica de Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha – Espanha. Advogado.

<sup>2</sup> Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito Comercial do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito Empresarial do Curso de Especialização em Direito Civil e Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Conselho Editorial da Editora Fórum. Coordenador da Revista de Direito Empresarial. Doutor em Direito Comercial – Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado.

### **Resumo**

As casas bancárias desenvolvem função preponderante no cenário econômico contemporâneo, influenciando diretamente nos fluxos de capital aos mais variados setores produtivos do País. Justamente por trabalharem a partir de uma intrincada dinâmica de operações internas e externas, aliado ao fato de a mercadoria que dá suporte à atividade bancária ser bastante peculiar – o dinheiro, mormente de terceiros –, atraem para si especial atenção do Estado na função reguladora das atividades econômicas. Nesse contexto, revela-se que especialmente nos movimentos de reestruturação bancária e de saneamento do Sistema Financeiro Nacional, propalados na década de 1990, divisou-se forte atuação do Estado brasileiro, inclusive mediante aporte de volumosas somas de recursos públicos, reconhecendo-se que a regulação e o saneamento do Sistema Financeiro Nacional, em especial das instituições financeiras em situação de insolvência real, tiveram historicamente como patrocinador e gerenciador tradicional o Estado brasileiro, em prejuízo, no mais das vezes, dos credores e dos acionistas minoritários, os quais permaneciam à míngua de penosos procedimentos administrativos de intervenções e liquidações extrajudiciais. Em anos mais recentes, porém, a experiência brasileira demonstrou existirem outros caminhos para a restauração financeira dos bancos por intermédio da importante performance do Fundo Garantidor de Créditos, viabilizando a reestruturação bancária com apoio de recursos originariamente privados, de modo a se perceber sensível mudança de rumos no sistema bancário a partir de uma gradual desvinculação da dependência econômica do Estado. Palavras-chave: Atividade Bancária; Saneamento do Sistema Financeiro Nacional; Papel do Fundo Garantidor de Créditos.

### **Abstract**

The bank houses develop preponderant role in the contemporary economic landscape, influencing directly in capital inflows to various productive sectors of the country precisely because they work accordingly to an intricate dynamics of internal and external operations, coupled with the fact that the merchandise which supports banking be quite peculiar – money, especially from third parties – to attract attention of the State itself, the regulatory function of economic activities. Especially in the movements of bank restructuring and reorganization of the National Financial System, touted in the 1990's, spotted up strong performance of the Brazilian state, including the injection of massive amounts of public resources. In this scenario, it

is recognized that regulation and restructuring of the National Financial System, in particular financial institutions insolvent real, historically, had as sponsor and manager traditional Brazilian state, to the detriment, in most cases, creditors and minority shareholders, which remained starved of burdensome administrative procedures and interventions of-court settlements. More recently, however, the Brazilian experience has shown that there are other ways to restore financial banks through the important performance of the Credit Guarantee Fund, enabling the bank restructuring with support from private resources originally in order to perceive themselves significant change of direction in the banking system from a gradual decoupling of economic dependence on the state.

Keywords: Banking activity; Sanitation National Financial System; Role of the Credit Guarantee Fund.

## Introdução

No ano de 2008 observamos uma das mais severas crises financeiras de conotação transnacional desde a Crise de 1929, com grande repercussão na economia mundial ainda em 2013. Os impactos sociais e econômicos derivados da quebra de inúmeras instituições financeiras, aliados ao fato de, para evitar a falência de outras tantas, os governos nacionais haverem sido forçados a intervir diretamente nos mercados a fim de injetar recursos públicos, intuindo a salvaguarda do sistema financeiro global, conformam a fagulha originária deste estudo, doravante desenvolvido.

A par da sucessão de importantes debates acerca dos motivos pelos quais a crise se originou e sobre como poder-se-ia evitá-la, levando a discussões a respeito de temas como (des)regulação econômica, ética dos mercados, importância das instituições financeiras e papel dos Estados na ordenação das relações comerciais, optou-se, neste trabalho, por focar os rumos da intervenção do Estado brasileiro no mercado bancário, especialmente no saneamento das instituições financeiras em crise.

Comparativamente, analisamos o cenário brasileiro e os demais desencadeando a seguinte indagação: e se o estopim da crise financeira houvesse ocorrido no Brasil, como agiria o Poder Público para preservar poupadores, acionistas, empresas, mercado e o próprio Sistema Financeiro Nacional? Existiriam mecanismos jurídicos e econômicos hábeis a preservar a higidez do mercado bancário e, sobretudo, aptos a promover a liquidação dos bancos em

situação de insolvência? Como o Estado brasileiro agiria na difícil tarefa de sanear as instituições financeiras em crise?

A pesquisa se desenvolveu escorada em indagações de ordem fundamentalmente práticas, com enfoque na conjuntura normativa brasileira, no sentido de investigar a importância da atividade desempenhada pelas instituições financeiras como molas de injeção de capital nos setores produtivos e intermediadoras de recursos, bem como o papel do Estado brasileiro no movimento de saneamento de crises bancárias.

A rapidez com que se sucedem os negócios financeiros em escala global e o volume financeiro das operações realizadas agravam o quadro e tornam necessário o controle preventivo e sistêmico dessas atividades por parte do Estado, por intermédio de uma sensível rede de proteção bancária.

Abordam-se alguns aspectos teórico-normativos que legitimam a atividade ordenadora do Estado em relação às instituições financeiras, mormente sob o ponto de vista da regulação bancária, passando-se, na sequência, à análise dos movimentos endógenos de saneamento ocorridos em meados dos anos 1990, objetivando despontar os novos rumos do saneamento bancário, particularmente a partir de uma significativa ampliação do rol de atividades imbuídas ao Fundo Garantidor de Créditos.

## **1 Paradigma axiológico da regulação bancária**

As instituições financeiras, de maneira geral, mais especialmente os bancos, conformam estruturas organizacionais substancialmente implexas tanto no plano da gestão administrativa interna, que impõe uma série de segmentos diretivos, quanto nos moldes de produtos financeiros postos à disposição do mercado consumidor, com grande variedade e complexidade instrumental.

Fato é que os bancos desempenham inúmeras funções na sociedade que transcendem a mera guarda do dinheiro alheio. De um lado, os bancos são depositários de recursos da sociedade, comprometendo-se a devolver a quantia recebida nos termos e nas condições previamente acordadas; do montante recebido, convergem recursos a unidades sociais dependentes do crédito para ativar seus negócios, potencializando a transferência de capital de modo a facilitar os investimentos dos empresários. Em outro viés, otimizam o sistema de pagamentos intermediando as negociações, contribuindo para o cumprimento das obrigações contratuais e minorando os potenciais custos de transação das relações comerciais.

No sentido funcional, notadamente quanto ao crédito para o consumo e às sociedades empresárias, tem-se um importante meio de movimentação da economia,

de sorte que os bancos exercem um importante papel de molas injetoras de capital nos mais diversos setores produtivos do País. Especialmente por desempenharem ofício preponderante na movimentação da economia e na transferência de recursos, merecem os bancos olhar diferenciado do Direito como sistema ordenado de regras e princípios voltados à regulação dos comportamentos sociais.

Porém, esse não é o único motivo pelo qual as instituições financeiras atraem atenção peculiar. Ao fluírem para dentro de seu patrimônio parcelas significativas da poupança popular, cujos recursos serão utilizados para intermediar e canalizar as correntes de capital a outros setores, revelam-se definitivamente organizações empresariais especiais que demandam especial atenção do Estado.

Assim, os principais motivos pelos quais os bancos assumem posição estratégica no atual modelo econômico são: (i) essas empresas trabalham a partir de uma mercadoria peculiar, o dinheiro, mediante o recebimento de recursos de terceiros e a promessa de pagamento futuro<sup>3</sup>, a uma determinada taxa de mais-valia (geralmente taxa de juros); (ii) tendo em vista que a maioria da população não detém condições específicas de avaliar as reais condições de os bancos cumprirem as obrigações assumidas, relativas à devolução do capital consignado por meio de depósitos à vista, há de preexistir, nessa relação, um absoluto e inexorável grau de confiabilidade, pois os depositantes devem previamente crer que, em um dado prazo e a uma dada taxa de rentabilidade, o valor depositado será restituído nas condições pactuadas.

É dizer: “a moeda bancária ou a moeda de crédito nasce como moeda privada, cuja validação social é fornecida pelo Estado por meio do Banco Central, que garante a conversão das moedas bancárias privadas em moeda central” (FREITAS, 2005, p. 19-43; p. 21). A partir disso, tem-se um substituto da moeda legal, “ou seja, a moeda de curso forçado que é a unidade de conta e o meio de pagamento último de todos os contratos econômicos relevantes” (*Ibid idem*). É esse mecanismo de angariação de recursos junto ao público e redistribuição por intermédio da concessão de crédito que permite aos bancos financiar a atividade econômica a partir de aportes de liquidez no mercado, regrados, validados e fiscalizados pelo Banco Central.

<sup>3</sup>A propósito, a leitura de Carla Guapo Costa indica: “O grande problema dos sistemas financeiros é que assentam, na prática, num conjunto de promessas que, pela sua própria natureza, podem não ser cumpridas. E, principalmente, os destinatários dessas promessas sabem que as mesmas podem ser violadas. Efetivamente, as transações financeiras são, na sua essência, um conjunto de promessas que os agentes econômicos fazem mutuamente. Estamos dispostos a entregar o nosso dinheiro a um banco, ou outra instituição financeira, que nos promete devolver quando nós o entendermos; podemos, igualmente, investir numa empresa que nos promete uma parcela dos seus lucros futuros; os fundos de pensões prometem um fluxo de rendimento durante a nossa reforma; os seguros de vida garantem o pagamento de determinada importância na eventualidade da morte da pessoa segura”. (2010, p. 29).

Por conta disso, os passivos bancários tornam-se os ativos de toda a sociedade<sup>4</sup>, o que justifica a preservação do sistema bancário e o modelo de intervenção estatal para, em última análise, proteger a poupança popular.<sup>5</sup>

Há vários riscos embutidos dentro da atividade bancária<sup>6</sup>, porém evitar o risco sistêmico<sup>7</sup> tem sido o principal objetivo da regulação econômica do mercado bancário, sobretudo porque um abalo financeiro localizado se espalha para outras instituições ou mercados paralelos. O risco de contágio é sempre presente em virtude da importância das transações interbancárias (FREITAS, *Op. Cit.* In: SOBREIRA, *Op. Cit.*, p. 28), notadamente “quando seus direitos em relação à instituição insolvente representem proporção expressiva de seus capitais” (*Ibidem*). Sob o ponto de vista holístico, trata-se de um risco orgânico, inerente à integridade do sistema financeiro, que está associado a várias espécies de risco, como os de mercado, de liquidez, de crédito, etc.

George Kaufman e Kenneth Scott sustentam que o risco sistêmico parte da lesão de um ou alguns componentes para atingir o sistema em seu todo. No sistema bancário, a falência de uma instituição, sobretudo em mercados agrupados e homogêneos, pode desencadear a insolvabilidade de outras instituições financeiras ou mesmo em outros mercados, tanto no ambiente nacional quanto internacional ou transfronteiriço.

Franklin Allen e Richard Herring<sup>8</sup> afirmam que esses choques podem ter origem dentro ou fora do setor financeiro, bem como podem incluir falhas súbitas

<sup>4</sup> É assim que o setor bancário se mostra ainda mais singular. Em outros segmentos, os passivos das empresas são ativos de algumas pessoas; nos bancos, os seus passivos configuram-se efetivamente os ativos de toda a sociedade, de modo uniforme.

<sup>5</sup> A referência do termo é utilizada de maneira ampliada, objetivando compreender todo e qualquer processo de acumulação de capital, não se restringido à conhecida Caderneta de Poupança.

<sup>6</sup> Jairo Saddi, por exemplo, citando Derrick Ware, enuncia a existência de riscos de mercado, riscos políticos, riscos de força maior, riscos de liquidez, riscos de crédito, riscos operacionais, risco legal e riscos fora do balanço. Para aprofundamento: SADDI, J. *Crise e Regulação Bancária: navegando mares revoltos*. São Paulo: Textonovo, 2001, p. 98.

<sup>7</sup> Cabe alertar que, para Fernando Carvalho, a expressão “risco sistêmico” não seria absolutamente precisa. Menciona, assim: “Frequentemente, ela se refere ao fenômeno do contágio, isto é, o de que instituições bancárias doentes podem acabar fazendo com que outras instituições, em si saudáveis, acabem se tornando também doentes. Assim, é possível conceber-se que pressões sobre um banco individual possam acabar se tornando um fator de crise para todo o sistema bancário. Por outro lado, em seu uso mais frequente, a expressão “risco sistêmico” designa o contágio não apenas para todo o setor bancário, mas, na verdade, para toda a economia. Desse modo, há uma ambiguidade no uso da expressão, que ora aponta para a vulnerabilidade do sistema bancário, ora aponta para a fragilidade da economia como um todo”. (CARVALHO In: PAULA, 2007. p. 156).

<sup>8</sup> “Systemic risk may be defined as the risk of a sudden, unanticipated event that would damage the financial system to such an extent that economic activity in the wider economy would suffer. Such shocks may originate inside or outside the financial sector and may include the sudden failure of a major participant in the financial system; a technological breakdown at a critical stage of settlements or payments systems; or a political shock such as an invasion or the imposition of exchange controls in an important financial center. Such events can disrupt the normal functioning of financial markets and institutions by destroying the mutual trust that lubricates

de um participante importante no sistema financeiro, uma ruptura tecnológica em um estágio crítico de assentamentos ou sistemas de pagamentos ou, ainda, um choque político como uma invasão ou a imposição de controles cambiais em um importante centro financeiro (como ocorreu em relação ao Chipre, em março de 2013). Referidos eventos podem perturbar o funcionamento normal dos mercados financeiros e instituições, destruindo a confiança mútua que lubrifica a maioria das transações financeiras.

Por sua vez, Eduardo Salomão Neto (2011, p. 508), ao analisar os motivos da preocupação acerca da extensão dos efeitos da crise de uma instituição financeira a outros bancos, consagra três causas principais: (i) necessidades de caixa de credores decorrente da perda ou indisponibilidade de recursos depositados na instituição originalmente em crise ocasionarem corridas de saques contra outras instituições, provocando crise de liquidez no mercado; (ii) impossibilidade de pagamento de débitos interbancários por parte da instituição originalmente em crise; e (iii) na visão do mercado serem os ativos da instituição em crise fortemente correlacionados a outros ativos de outras instituições, de forma que a flutuação para baixo do valor dos primeiros leve tendencialmente, também, à queda no valor dos últimos.

O risco de contágio aumenta em razão de uma assimetria de informação porque a ausência de conhecimento sobre as relações interbancárias impede que se avalie com exatidão ou certo grau de confiabilidade qual é o grau de exposição de um banco ao risco (FREITAS In: SOBREIRA, *Op. Cit.*, p. 28), sobretudo pelo fato de, à vista do grau de suspeição incidente sobre o banco insolvente, ocorra uma redução da liquidez da instituição para fazer frente a seus compromissos em curto e médio prazos.

Além disso, a expansão massificada dos saques é a mais relevante causa da instabilidade bancária e do risco sistêmico, e costumam ocorrer durante crises econômicas ou depois de períodos de crédito farto ao setor privado, consoante estudo realizado por Harold Ngalawa, Fulbert Tchana e Nicola Viegi<sup>9</sup> acerca da influência dos seguros de depósitos bancários como efeito mitigador da instabilidade bancária, partindo do papel da *moral hazard*.

---

most financial transactions". ALLEN, F.; HERRING, R. *Banking Regulation versus Securities Market Regulation*. Disponível em:

<<http://finance.wharton.upenn.edu/~allenf/download/Vita/0129.pdf>> Acesso em: 03.dez.12.

<sup>9</sup> "Banking instability can also show-up as an insolvency crisis characterized by large amounts of unanticipated non-performing loans. When depositors perceive that the returns on bank assets are going to be unusually low, they rush and quickly withdraw their deposits in full before the bank runs out of cash. This situation is more likely during an economic downturn and after a period of boom in lending to the private sector". NGALAWA, H.; FULBERT, T.; VIEGI, N. *Banking Instability and Deposit Insurance: The Role of Moral Hazard*. Disponível em: <<http://mpira.ub.uni-muenchen.de/31329>> Acesso em: 02.dez.12.

Essas crises bancárias possuem um tripé: “trata-se de um estágio anormal em uma economia; há venda forçada de ativos com declínio progressivo de seus valores; e há elevada procura por reserva monetária que não pode ser imediatamente satisfeita.” (SADDI, p. 89) Conjugam-se, assim, três elementos-chave nas crises bancárias: a ausência de credibilidade no banco, decorrente da falta de confiança dos depositantes; o potencial contágio entre o banco insolvente e as demais instituições saudáveis; e a percepção de um componente dotado de irracionalidade, imbuído de um espírito movido pela emoção dos depositantes na adoção de procedimentos de saques dos seus respectivos depósitos bancários. (*Ibid idem*, p. 39) Essa tríade justifica os mecanismos de regulação das instituições financeiras<sup>10</sup> para manter a confiabilidade dos bancos; para evitar o colapso sistêmico<sup>11</sup> pela propagação de crises de iliquidez a outras instituições bancárias; e para garantir a liquidez e a manutenção dos fluxos financeiros aos setores produtivos, impedindo acessos de corridas bancárias.<sup>12</sup>

Adiante será estudado como o Estado brasileiro enfrentou as crises bancárias do século XX, bem como o movimento endógeno de saneamento do Sistema Financeiro Nacional, tendo o Estado como fio condutor da reestruturação dos bancos em crise.

## **2 A experiência estatal no saneamento do sistema financeiro nacional: endogenia do movimento saneador**

O sistema bancário brasileiro evoluiu, aprendeu, cresceu, desenvolveu-se. Embora seja impossível pensar em uma total impermeabilização às crises financeiras nacionais e globais, é evidente que o sistema financeiro brasileiro fortaleceu-se e se tornou mais robusto ao enfrentamento das crises mundiais,

---

<sup>10</sup> Para Luiz Roberto Calado, são três os fatores que amplificam e tornam o risco das instituições financeiras específico: (i) falhas informacionais, que podem gerar bolhas especulativas; (ii) vulnerabilidade à corrida bancária, que tende a amplificar o risco de alastramento da crise; e (iii) instabilidade estrutural, inerente à fragilidade financeira ocasionada pelo descasamento entre os ativos dos bancos e os riscos assumidos. (CALADO, 2009, p. 43).

<sup>11</sup> Cabe um pequeno aparte. Eduardo Salomão Neto sustenta: “Não é qualquer crise bancária que pode evoluir para uma crise sistêmica. Na verdade, essa evolução só deveria ocorrer em caso de quebra de instituições de maior porte, e tem caráter excepcional”. (SALOMÃO NETO, Op. Cit., p. 509). Dessa forma, as crises sistêmicas, quando ocorrem, seriam o resultado de uma conjuntura econômica condicionante, marcada por restrições monetárias, por exemplo.

<sup>12</sup> “A corrida bancária é um fenômeno bastante conhecido: cada cliente busca retirar seus depósitos – o que antecipa o comportamento dos demais – e procura ganhar o mercado (*beat the market*), independentemente da percepção do agente estar bem ou mal fundamentada. Por seu turno, a corrida para a qualidade, isto é, de bancos ilíquidos para portos mais seguros, pode até ser racional, mas causa severos danos ao sistema financeiro. Tal como observado no Banco Santos, que culminou na transferência de recursos de investidores institucionais de bancos de tamanho médio e pequeno para os de maior porte”. (CALADO, Op. Cit., p. 43).

fruto, principalmente, da luta pela estabilização monetária, dos programas de reestruturação das instituições financeiras e das modernizações das legislações que regulam o sistema.

A inflação nos anos de 1980 e na primeira metade dos anos 1990 prejudicava intensamente o desenvolvimento do País. Um extenso programa de estabilização monetária, consolidado com a edição da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, e da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, permitiu a reestruturação do sistema financeiro, a estabilização da moeda e a reorganização das instituições bancárias com elevado grau de desconexão entre ativos e passivos, ou com desconexa exposição a riscos.

Acentua Gilberto Tadeu Lima que “o sistema financeiro brasileiro, o maior e mais complexo na América Latina, teve sua dinâmica, em especial nas duas décadas anteriores a 1994, sensivelmente condicionada pelo crônico processo inflacionário que predominou no período” (2005, p. 201). Na sua visão, os períodos em que havia grande descontrole sobre o processo inflacionário “permitiu às instituições financeiras ganhos proporcionados por passivos não remunerados, tais como depósitos à vista e recursos em trânsito (*floating*), compensando eventuais ineficiências administrativas e perdas decorrentes de concessões de créditos de liquidação duvidosa” (*Ibid idem*), comprometendo, em consequência, a correta avaliação acerca da eficiência da gestão bancária e das qualidade dos produtos e serviços fornecidos pelas instituições bancárias.

As receitas derivadas do chamado ‘imposto inflacionário’ permitiam que os bancos auferissem lucros desvinculados de sua capacitação administrativa e gerencial, limitando-se a estruturar suas atividades em torno da captação de recursos de clientes com vistas a obter ganhos com a alta inflação monetária.<sup>13</sup>

Com a estabilização do sistema, os bancos deixaram de colher esses dividendos inflacionários, o que tornou evidentes os problemas de gestão, fraudes e maquiagens contábeis.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> “As elevadas diferenças entre as taxas de juros pagas aos aplicadores e aquelas emprestadas, inclusive para o maior devedor, o Estado, representaram grande fonte de lucratividade para os bancos. Com o controle da inflação iniciado em 1994, o panorama existente não tardou a se alterar. Muitas instituições passaram a apresentar situações de insuficiência patrimonial e financeira. Logo, ficou patente a premência da reorganização societária no segmento financeiro, por um lado, e a emanação de um novo cabedal de regras e normas aplicáveis ao setor, por outro”. (SADDI, 1997, p. 214).

<sup>14</sup> “Resultado da diferença entre a captação de recursos a custo praticamente zero, como recebimento de depósitos à vista ou recolhimento de tributos, e a aplicação desses recursos a taxas altas, o *floating* gerou R\$ 8,5 bilhões para os bancos em 1992; R\$ 11,5 bilhões em 1993; e R\$ 9 bilhões em 1994, reduzindo-se para R\$ 251 milhões já no primeiro semestre de 1995. Essa queda vertiginosa da principal fonte de lucros dos bancos alterou alguns aspectos da supervisão bancária”. (COSTA In: SADDI, Op. Cit., p. 77).

A promoção de medidas de intervenção e liquidação, consubstanciadas na Lei 6.024/1974, com a consequente paralisação imediata das atividades bancárias, notadamente em instituições de grande porte, causou danos severos ao funcionamento do mercado financeiro, ao passo que estancaria a intermediação de recursos aos setores produtivos e, ainda, afluxos de capital para fora dos bancos eventualmente saudáveis, como resultado das corridas bancárias.

No contexto dos regimes especiais, os credores das instituições liquidandas têm de esperar pacientemente a apuração dos ativos da massa e o pagamento dos passivos, de acordo com a respectiva classificação creditícia, situação a desnudar, mais uma vez, os danos socioeconômicos das liquidações<sup>15</sup> à vista da complexidade e da lentidão desses processos.<sup>16</sup> Portanto, “não havia alternativa milagrosa: ou o Governo Federal deixava que o mercado sofresse o impacto da intervenção ou liquidação, ou apresentava um programa de reorganização das empresas em estado de dificuldade, sob pena de acontecer uma quebra em cadeia”. (ABRÃO, 2000, p. 365)

Esse conjunto de fatores, somado a outros, como a intervenção do Banco Econômico S/A, em 11 de agosto de 1995,<sup>17</sup> fez com que o Estado propusesse novas formas de reorganização e reestruturação do sistema bancário brasileiro, com o saneamento das instituições insolventes a partir da criação do PROER, em novembro de 1995, compreendendo linhas especiais de assistência financeira,<sup>18</sup> flexibilização do atendimento dos limites operacionais aplicáveis às instituições financeiras e diferimento dos gastos relativos aos custos, despesas e outros encargos com a reestruturação, reorganização ou modernização de instituições financeiras, liberação de recursos do recolhimento compulsório/encaixe obrigatório sobre

---

<sup>15</sup> “A liquidação de um banco é seu fechamento definitivo. Contas seguradas são pagas imediatamente e, acima de certo limite, os depósitos são convertidos em créditos contra a massa e considerados antecipadamente vencidos, valendo aqui o princípio legal do *par conditio creditorum*, ou seja, todos os direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda devem receber as condições igualitárias de tratamento. Esse é o modelo que mais certamente pode gerar quebra de confiança e precipitar crises bancárias”. (SADDI, p. 231).

<sup>16</sup> “A crítica mais comum à Lei nº 6.024/74 tem a ver com a celeridade e a eficiência dos processos de liquidação, que se arrastam por muitos anos. Porém, a experiência recente com as operações ao amparo do PROER, [...], relativizou essas preocupações, pois os benefícios decorrentes da possibilidade de engendrar a cisão entre o ‘banco ruim’ [...] e o ‘banco bom’ – que permanece em funcionamento, com outra bandeira, outra gestão e outros controladores, assim salvaguardando depositantes e investidores – parecem superar fartamente os custos decorrentes da demora na solução para o ‘banco ruim’”. (FRANCO; ROSMAN In: CARNEIRO; BOLLE, 2010. p. 86).

<sup>17</sup> Por meio dos Atos-Presi nºs 352, 353, 354 e 355, do Banco Central do Brasil.

<sup>18</sup> “O acesso às linhas de crédito do PROER foi condicionada à expressa autorização do Banco Central, concedida caso a caso, tendo como pré-requisito básico a mudança de controlador. Ou seja, apesar dos alguns financiamentos vultosos terem sido formalmente concedidos a bancos insolventes, sob intervenção, os recursos destinaram-se sempre a viabilizar a proteção de seus depositantes, pela transferência de sua parte saudável a um novo grupo controlador”. (LUNDBERG In: SADDI..., p. 60).

recursos à vista para aquisição de Certificados de Depósitos Bancários (CDBs) de emissão de instituições participantes do PROER<sup>19</sup>. Gilberto Tadeu Lima assinala que os recursos envolvidos “seriam provenientes dos depósitos compulsórios recolhidos pelas próprias instituições integrantes do sistema financeiro, não comprometendo o orçamento fiscal”. (LIMA, *Op. Cit.* In: SOBREIRA, *Op. Cit.*, p. 203)

Ao longo do tempo, outros dois modelos de programa foram implementados: destinado aos bancos públicos estaduais (Proes<sup>20</sup>), criado em 1996, bem como o denominado Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais, por sua vez implantado em 2001. Especificamente no âmbito do programa de reestruturação dos bancos estaduais, facultou-se à União Federal, a seu livre alvedrio, adquirir a instituição financeira estadual intuindo privatizá-la<sup>21</sup> ou extingui-la por meio do pagamento em títulos públicos; financiar o processo de extinção da entidade ou de sua transformação em instituição não financeira ou agência de fomento; financiar os ajustes prévios necessários à privatização da empresa ou prestar garantia a financiamento concedido pelo Banco Central; e adquirir créditos da instituição bancária junto a seu controlador, ou a entidades por ele controladas, e refinar os créditos assim adquiridos (SIQUEIRA In: SADDI, p. 115).

Considerado, porém, o mais importante deles, o Proer adotava um modelo básico bastante relevante. Tendo em vista que a ideia principal consistia em assegurar liquidez e a solvência do Sistema Financeiro e em resguardar os interesses de depositantes e investidores, optou-se pela reestruturação bancária com a continuação das atividades então exercidas pela instituição insolvente, em benefício da coletividade.<sup>22</sup> Assim, o Banco Central adotou o molde de cindir a

---

<sup>19</sup> Artigo 2º da Resolução 2.208 do BACEN.

<sup>20</sup> O Proes objetivou resolver os problemas de liquidez e deterioração patrimonial observados nos bancos estaduais, privatizando algumas instituições e liquidando outras. Para Eduardo Lundberg: “A solução definitiva para os bancos estaduais só veio com a Medida Provisória 1.514, de 07/08/96, que autorizou o Governo Federal a financiar a privatização, extinção ou transformação dos bancos estaduais e, mais importante, autorizou também a aquisição dos créditos de governos estaduais e de suas empresas junto a seus bancos. Com a compra e refinanciamento pela União dessas dívidas, deu-se solução simultânea para dois problemas: bancos e finanças públicas”. (LUNDBERG... In: SADDI..., p. 59).

<sup>21</sup> As receitas das privatizações estão disponíveis no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil: <www.bacen.gov.br>.

<sup>22</sup> Sobre o assunto, consigna Eduardo Lundberg: “Para que uma reestruturação bancária tenha maiores chances de sucesso, o ideal é a recapitalização do banco e a mudança no controle societário e na alta administração da sociedade. Os objetivos de uma reestruturação bancária podem ser alcançados sob diferentes arranjos. São dois os modelos básicos utilizados em reestruturações: o modelo de cisão da parte saudável (*good bank/bad bank*) e o modelo da aquisição (*purchase and assumption*), assumindo-se eventuais prejuízos. Em ambos os casos, minimizam-se as perdas impostas ao sistema financeiro, aos clientes e empregados, permitindo, também, a negociação

instituição em duas partes, uma delas considerada superavitária (ou positiva, com ativos reais potencialmente lucrativos) e a outra subentendida como deficitária (cuja aferição potencial dos ativos não permitisse pressupor a reorganização da atividade).

O modelo adotado foi de cisão *good bank / bad bank*, no qual o segmento interno da instituição que revelasse ativos importantes, ou positivamente relevantes, depois de saneado por meio das operações do Proer, seria transferido a outra instituição financeira, eventualmente até mesmo estrangeiras,<sup>23</sup> a fim de possibilitar a manutenção do exercício da atividade e o menor prejuízo possível aos investidores e poupadores da instituição. Por outro lado, a parte deficiente, cujos saldos contábeis se mostrassem negativos e virtualmente irrecuperáveis, seria submetida aos procedimentos de intervenção ou liquidação extrajudicial, nos termos da legislação regencial.<sup>24</sup>

A instituição do Proer legitimou a intervenção estatal de forma mais profusa e verticalizada, conduzida pela concretização de instrumentos jurídicos alinhados com o objetivo último de sanear o Sistema Financeiro e sancionar as más práticas de gestão administrativa, utilizando-se mecanismos de ingerência direta nas instituições insolventes, com grande intervenção nos direitos civis/patrimoniais das empresas, consubstanciada, sobretudo, na transferência de ativos positivos a outras instituições<sup>25</sup>. Do ponto de vista jurídico, apenas com a

---

do valor intangível do negócio (*goodwill*), que seria perdido com a liquidação”. (LUNDBERG, In: SADDI, p. 49).

<sup>23</sup> “Com o advento da Carta Política de 1988, eis que, em razão do que estatuí o artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficou suspensa a instalação de novas agências de instituições bancárias domiciliadas no exterior, bem como o aumento da participação estrangeira no capital das instituições com sede no País, enquanto não fossem estabelecidas condições específicas mediante lei complementar, com ressalva das hipóteses de autorização resultantes de acordos internacionais de reciprocidade ou de interesse do governo brasileiro. Mais tarde, no entanto, o Presidente da República aprovou a Exposição de Motivos nº 311, de 23 de agosto de 1995, apresentada pelo Ministro da Fazenda, que instituiu diretrizes para a aplicação da ressalva admitida naquele preceito constitucional, assim permitindo a volta da participação do capital externo na indústria bancária do País, especialmente visando à privatização de bancos estaduais e à reestruturação de empresas com dificuldades financeiras ou submetidas a medidas especiais.” (SIQUEIRA *Op. Cit.* In: SADDI, p. 90).

<sup>24</sup> “No Proer, o mais importante daqueles programas, o modelo básico adotado era o de uma divisão da instituição que apresentava problemas em parcelas, o *good bank* e o *bad bank*. A primeira parcela, composta pelos depósitos e por ativos que se mostrassem mais interessantes, era adquirida por um terceiro, enquanto a segunda seria objeto de liquidação extrajudicial. A implementação desse mecanismo envolveu, como aliás não é raro que ocorra em matéria de regulação sistêmica, a estruturação de um arcabouço legal adequado (contido, inicialmente, na Medida Provisória instituidora do programa), atribuindo claramente responsabilidades aos administradores das instituições envolvidas e afastando expressamente determinados direitos dos acionistas minoritários”. (YAZBEK, 2009. p. 280).

<sup>25</sup> Gentil Corazza sustenta que o Proer “conferiu ao banco central os instrumentos legais de atuação preventiva e de liquidação das instituições insolventes”, representando “um mecanismo de estímulo à reorganização das instituições financeiras, seja mediante fusões, incorporações,

implementação de artefatos legais legitimadores foi possível fortalecer o Banco Central do Brasil para promover, efetivamente e sem fragilidades ou rupturas ulteriores, a mais profunda onda de saneamento e reestruturação das instituições financeiras privadas que não ficou, assim, restrita a aspectos financeiros, mas atingiu inclusive aspectos gerenciais e administrativos.

Não se deve olvidar, no contexto, que “polpudas somas foram gastas pelo Governo Federal, vários bilhões de reais, simplesmente com o desiderato de permitir a sobrevivência das empresas em crise, tornando-as aptas à agregação societária.” (ABRÃO, *Op. Cit.*, p. 368) Residiu talvez, aqui, um dos pontos que se pode considerar mais negativos desse movimento saneador: a utilização de recursos derivados do contribuinte brasileiro para viabilizar o saneamento do Sistema Financeiro. Ainda que a ideia fosse a salvaguarda do conjunto, e não de alguma instituição individualmente considerada, fato é que consideráveis somas de dinheiro público<sup>26</sup> foram utilizadas na tentativa de preservar o novo modelo de País que estava sendo implantado (fundado, basicamente, na estabilização monetária e na desvinculação do Estado como monopolizador de alguns serviços públicos). Além disso, muito se questionou a respeito da transparência na utilização dos recursos, bem assim acerca da ausência ou subjetividade de critérios de aporte, em uma análise discricionária do Banco Central.<sup>27</sup>

É nesse panorama que o sistema recebe outra criação da época, o Fundo Garantidor de Créditos (FGC), concebido como mecanismo exógeno de seguro dos depósitos bancários, limitado a valores prefixados, porém de atuação maturada e ampliada durante os anos que se passaram depois de seu nascedouro, constituindo, hodiernamente, um essencial engenho de proteção ao setor bancário nacional.

---

cisões, desmobilizações ou qualquer outra forma de reestruturação que lhes possibilite alcançar padrões de eficiência e competitividade”. (CORAZZ, In: SOBREIRA *Op. Cit.*, p. 92).

<sup>26</sup> Os números variam e os custos efetivos podem se alterar ao longo do tempo, pois somente ao fim dos processos liquidatórios será possível aferir com exatidão as despesas totais em relação aos créditos pagos. Porém, dados colhidos na Nota Técnica do Banco Central, de junho de 2003, estimam que, ao todo, as operações do Proer custaram R\$ 20,4 bilhões, aproximadamente 2,7% do PIB médio do Brasil em 1995, 1996 e 1997. Até junho de 2003, o saldo sem cobertura correspondia a R\$ 8,5 bilhões. (MAIA *Op. Cit.* Informações constantes no sítio do Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/notastecnicas/port/2003nt38ReestrutBancBrasilp.pdf>> Acesso em: 10.jan.13.

<sup>27</sup> Sobre o tema: “O PROER foi criado com o objetivo claro, mas não claramente divulgado, de evitar a quebra de instituições financeiras brasileiras que mostravam – já em meados de 1995 – uma situação de insolvência que comprometia a saúde do sistema como um todo”. (COSTA, Disponível em: <[http://www.fgc.org.br/upload/Academico/FGC\\_Estrutura\\_e\\_Contexto\\_de\\_Criacao.pdf](http://www.fgc.org.br/upload/Academico/FGC_Estrutura_e_Contexto_de_Criacao.pdf)>. Acesso em: 11.jan.13.

### 3 Funcionalidade da intervenção: exogenia do movimento saneador

O FGC tem natureza eminentemente privada e constituição patrimonial decorrente de recursos advindos do próprio Sistema Financeiro.

Paralelamente à atividade prestamista exercida pelo Banco Central do Brasil, concebida como mola injetora de liquidez nos bancos, engendrou-se um instrumento privado de seguro-depósito objetivando a proteção da poupança popular e da própria conjuntura do Sistema Financeiro, pois aumenta os níveis de confiança da estrutura bancária.

É verdade que quando da promulgação da *Constituição Federal* de 1988, em substituição ao modelo de socorro estatal do período de 1974 a 1988, já se pressupunha a criação de um modelo de seguro de depósitos para que não fossem usados recursos advindos dos cofres públicos. Também por conta disso, a *Constituição Federal* de 1988 vetou a utilização das receitas oriundas do Imposto sobre Operações Financeiras para outras fontes que não o próprio Tesouro Nacional, impossibilitando vertê-las às instituições insolventes ou ilíquidas.<sup>28</sup>

A constituição do FGC deu-se por meio da Resolução nº 2.197, de 31 de agosto de 1995, do Conselho Monetário Nacional, como uma “entidade privada, sem fins lucrativos, destinada a administrar mecanismo de proteção a titulares de créditos contra instituições financeiras”,<sup>29</sup> tornando efetiva previsão constitucional para a criação de um fundo ou seguro ao fito de proteger a economia e garantir créditos, depósitos e aplicações até determinado valor, vedando a participação da União.

A Resolução nº 2.211, de 16 de novembro de 1995, do Conselho Monetário Nacional, aprovou o estatuto e o regulamento do FGC, pessoa jurídica de direito privado constituída por prazo indeterminado, sob forma de associação civil sem fins lucrativos, objetivando garantir depósitos à vista, depósitos a prazo e poupança, letras de câmbio, letras imobiliárias e letras hipotecárias, de emissão ou aceite de instituição financeira ou associação de poupança e empréstimo em funcionamento no País.<sup>30</sup>

A prestação de garantia pelo FGC ocorre nas seguintes hipóteses: (i) decretação da intervenção, liquidação extrajudicial ou falência da instituição; ou

<sup>28</sup> Artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal.

<sup>29</sup> Artigo 1º da Resolução 2.197 do Conselho Monetário Nacional.

<sup>30</sup> Dilatou-se, pois, o estofo de cobertura, pois, até então, “os únicos contratos de depósito segurados eram aqueles vinculados à caderneta de poupança, garantidos até o limite de R\$ 5.000,00, por meio do Fundo de Garantia dos Depósitos e Letras Imobiliárias – FGDLI”. (COSTA, Disponível em: <[http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci\\_menu=273](http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci_menu=273)>. Acesso em: 15.jan.13.

(ii) reconhecimento, pelo Banco Central, do estado de insolvência da instituição que, nos termos da legislação vigente, não estivesse sujeita aos regimes especiais.

A característica inicial de sua criação pressupunha, unicamente, o estabelecimento de um mecanismo de segurança dos depositantes, garantindo-lhes cobertura limitada até o valor máximo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) contra a mesma instituição ou contra todas as instituições de um mesmo conglomerado financeiro. A ideia inicial era preservar a maioria da população detentora de recursos econômicos, porque, supostamente, os grandes investidores teriam mais facilidade de acompanhar o mercado e de filtrar os sinais de instabilidade. Porém, mais do que isso, a premissa foi proteger a poupança popular com a estabilidade da rede bancária para evitar corridas aos bancos para retiradas, com a consequente geração de crises sistêmicas.

Assim, ao Fundo Garantidor competia garantir a segurança dos depositantes a partir de uma percepção ortodoxa dos sistemas de seguros de depósito existentes. É dizer: divisava-se a sustentação do pequeno poupador, que constitui a maioria da população, preservando, conseqüentemente, o Sistema Financeiro como um todo. Dessa maneira, como acentua Ana Carla Abraão Costa, o FGC tem “uma função complementar e posteriormente substituta ao PROER, cobrindo os prejuízos de depositantes de instituições que não se adequaram, não tiveram acesso ao programa ou simplesmente não tiveram seu problema de insolvência resolvido.” (p. 17)

Juridicamente, utiliza-se o mecanismo da cessão de créditos<sup>31</sup>, por meio do qual o depositante, com o advento da liquidação extrajudicial e o recebimento da importância que lhe fora garantida, cede sua cota-parte ao FGC, que se sub-roga nos direitos de crédito perante a massa liquidanda. Do ponto de vista econômico, o FGC geralmente assume a posição de maior credor da instituição financeira em regime especial, concentrando os focos de negociação dos créditos da massa e viabilizando maior amplitude nas margens de negociação, de modo a facilitar e agilizar o processo de pagamento das dívidas e levantamento da liquidação, minorando os custos de transação e os impactos sociais decorrentes do regime excepcional.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Jairo Saddy, no entanto, aponta que “se esse fundo pertence aos segurados e sua utilização depende apenas da decretação de ato administrativo de liquidação extrajudicial de instituição financeira, não caberia a cessão de créditos, visto que o FGC nada paga em nome do devedor, mas está constituído como se segurador fosse para suprir o pagamento da indenização”. (SADDI, p. 140).

<sup>32</sup> Suponha-se que cada credor, pequeno depositante, houvesse de negociar individualmente com o interventor ou liquidante da empresa em situação especial, observando-se, ainda, a difícil obediência aos ditames preconizados pela legislação regente. A avaliação dos pedidos de classificação de créditos, a gradação legal dos valores, a análise e o julgamento dos recursos dos credores habilitados e a prestação de todas as contas ao Banco Central tornam sobremaneira complexo o procedimento de liquidação de uma instituição

No entanto, como observa Ana Carla Costa, “é necessário que a estrutura de recursos tenha flexibilidade suficiente que permita sua atualização e adaptação, podendo, desta forma, acompanhar as mudanças que o contexto econômico exige” (p. 2).

Foi assim que a eficácia dos programas de reestruturação e a inexistência de graves crises financeiras na primeira década do século XXI permitiram que o transcorrer do tempo fortalecesse e solidificasse a atuação do FGC, capitalizando-o com os aportes de recursos das instituições participantes e com uma eficiente gestão patrimonial empreendida pelos Conselhos de Administração e Fiscalização, possibilitando visível ampliação no rol de suas atribuições.<sup>33</sup>

Na composição patrimonial atual, conforme balanço de 30/11/2012, o total geral de aplicações financeiras do FGC foi de R\$ 26.606.762.715,93 (vinte e seis bilhões, seiscentos e seis milhões, setecentos e sessenta e dois mil, setecentos e quinze reais e noventa e três centavos), ao passo que o superávit no período de 1º de janeiro de 2012 a 30 de novembro de 2012 estampou a soma de R\$ 2.783.349.939,43 (dois bilhões, setecentos e oitenta e três milhões, trezentos e quarenta e nove mil, novecentos e trinta e nove mil e quarenta e três reais).<sup>34</sup>

Em razão desses valores, em 24 de maio de 2012 o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução nº 4.087, alterando o Estatuto do FGC. De início, tendo em vista a percepção de que o patrimônio total da Associação estava elevado, minorou-se a contribuição mensal ordinária das instituições participantes para 0,0125% (cento e vinte e cinco milésimos por cento) do montante dos saldos das contas correspondentes objeto de fidúcia, em contrapartida à extensão do limite máximo fixado para a garantia dos depósitos e aplicações financeiras, hodiernamente estipulado em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais).

Além disso, expandiram-se as finalidades do FGC para também contribuir para a manutenção da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional e para a prevenção de crises bancárias sistêmicas.

Por essa razão, inseriu-se nas atribuições a possibilidade de contratação de operações de assistência ou de suporte financeiro, incluindo operações de liquidez com as instituições associadas, diretamente ou por intermédio de

---

financeira. Por conta disso, a unificação da maior parte dos créditos na titularidade de uma única pessoa jurídica facilita a negociação e o pagamento pela massa liquidanda.

<sup>33</sup> “Passados esses anos, o FGC continua com essa mesma classificação, mas se engajou em atividades mais amplas de resolução de quebras. Três experiências bem-sucedidas: a transformação de uma liquidação extrajudicial em ordinária; um acordo prévio de liquidação; solução de uma falência com ressarcimento aos credores, além de várias outras ações em andamento, mostraram que a participação ativa do FGC em projetos de resolução pode significar um avanço expressivo em termos de minimização de perdas para o próprio FGC e soluções mais eficientes do ponto de vista econômico e social”. (COSTA, p. 17).

<sup>34</sup> Disponível em: <[http://www.fgc.org.br/upload/balancete\\_p.pdf](http://www.fgc.org.br/upload/balancete_p.pdf)>. Acesso em: 15.jan.13.

empresas indicadas. Essas operações de salvaguarda financeira das instituições podem ser contratadas, inclusive, com o objetivo de promover a transferência do controle acionário, a transformação, incorporação, fusão, cisão ou outras formas de reorganização societária legalmente admitidas<sup>35</sup>, tal e qual anteriormente foram operadas nas moções de reestruturação empenhadas nos anos 1995/1997 (*good bank/bad bank*); a diferença, agora, não está na premissa, mas na fonte de recursos que deixa de ser pública e passa a ser privada.

Vale anotar que o aprendizado extraído das operações de salvamento realizadas com apoio no PROER resultou no desenvolvimento de um valioso mecanismo exógeno de estabilização, preservação e saneamento das instituições financeiras em prol da coletividade, sustentado por ideias inovadoras e amparado por eficazes e transparentes modelos de gestão e administração.

Exemplos recentes da atuação do FGC foram as atuações junto ao Banco Santos, no Banco BMD e no Banco Brasileiro Comercial (BBC), com auxílio gerencial, na divulgação de editais de pagamento dos credores e na oferta pública de ações. Igualmente, dentre as funções do FGC, incluiu-se a de executar a administração especial temporária do Banco Cruzeiro do Sul e demais empresas coligadas.<sup>36</sup>

A atuação mais inovadora, contudo, deu-se no Banco Panamericano S/A, cujo principal acionista-controlador era o Grupo Silvio Santos. Constatado o rombo nas contas da instituição financeira, que poderia afetar severamente a higidez do Sistema Financeiro, acionou-se o FGC, em substituição ao que anteriormente poderia fazer o Estado, por meio do Banco Central, com o uso de recursos públicos, visando a realização de reestruturação patrimonial mediante aporte de recursos à ordem de R\$ 2,5 bilhões, obtidos com seu apoio.

Na época, o controlador encetou tratativas com o FGC objetivando a consecução dos aportes necessários ao atendimento das imposições do órgão regulador. Constituídas as garantias próprias às operações de salvaguarda financeira, notadamente em razão do substancial volume monetário envolvido, o FGC ponderou a presença dos requisitos pertinentes a sua atuação, mormente no tocante à preservação sistêmica do Sistema Financeiro, disponibilizando, então, os recursos com vistas à manutenção do equilíbrio patrimonial exigido.

<sup>35</sup> Artigo 4º, parágrafo 1º, da Resolução 4.087 do CMN.

<sup>36</sup> Por intermédio dos Atos-Presi n.ºs 1.217, 1.218, 1.219, 1.220 e 1.221, de 04/06/2012, decretou-se, com base no Decreto-Lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, Regime Especial de Administração Temporária (RAET), no Banco Cruzeiro do Sul S/A, CNPJ 62.136.254/0001-99, e em suas empresas controladas, Cruzeiro do Sul S/A Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros – CNPJ 06.227.606/0001-40; Cruzeiro do Sul CORRETORA DE VALORES E MERCADORIAS – CNPJ 04.169.504/0001-90; e Cruzeiro do Sul S/A DTVM – CNPJ 62.382.908/0001-64, nomeando o FGC para executar a Administração Temporária, com base no Artigo 8º, do referido diploma legal.

Segundo se esclareceu em nota divulgada pelo próprio FGC, em 10 de novembro de 2010, “a operação não implicou em nenhum tipo de prejuízo aos clientes e investidores, bem como aos demais acionistas, não importando diluição de suas participações societárias nem afetando o valor patrimonial das ações.”<sup>37</sup> Essa intervenção do órgão supervisor, conjugada com a célere atuação do FGC, permitiu que o mercado pouco sentisse os efeitos da crise do Panamericano, evitando desdobramentos que poderiam derivar crises sistêmicas.

Opera-se uma modificação importante no saneamento do sistema, deixando de ser público e passando a ser privado, com regulação do Estado por meio do Banco Central.

Para Jairo Saddi, a instauração de instrumentos de seguro-garantia como fatores de redução dos custos de transação “supre as necessidades informacionais e permite a análise correta da instituição bancária em função da certeza e da segurança que um mecanismo de proteção oferece, especialmente no advento de uma crise.” (p. 145)

Do doutro lado, havia o risco moral, derivado do fato de a garantia de que o FGC pudesse intervir, aumentando a exposição do administrador do banco ao risco. Ao que parece, contudo, esse risco é pequeno porque o próprio banco contribui diretamente para a composição do capital da associação, a ela devendo associar-se compulsoriamente. Além disso, a proteção remanescente dirigida ao poupador ou investidor de pouca monta não é oriunda de recursos públicos, mas de recursos privados, notoriamente mais bem fiscalizados que aqueles. Alberga-se, em última análise, a coletividade, às expensas do mercado bancário, inibindo a utilização de recursos públicos para esse desiderato.

Ademais, os valores cobertos pelo FGC, tanto aqueles pagos aos depositantes quanto os empenhados para permitir a reorganização societária da empresa, não ficam em aberto. A quantia utilizada no pagamento das dívidas de instituições deficitárias gera o direito de reembolso, nos termos do artigo 346, inciso III, do Código Civil. Em adição, a instituição insolvente permanece sujeita à decretação dos regimes especiais pelo Banco Central do Brasil, podendo operar-se a intervenção, a administração temporária e a liquidação extrajudicial, bem como seus administradores, diretores e membros do conselho fiscal permanecem passíveis de responsabilização civil e criminal.

Portanto, o sistema do FGC é mais eficiente e apto a evitar riscos sistêmicos, possibilitando maior desenvolvimento e a preservação das relações econômicas.

---

<sup>37</sup> Disponível em <[www.fgc.org.br/upload/notafgc.pdf](http://www.fgc.org.br/upload/notafgc.pdf)>. Acesso em: 16.jan.13.

## Considerações finais

Na evolução da sociedade, muitas vezes é preponderante o rompimento de paradigmas absolutos de certeza e validade dos atos pretéritos em busca da reconstrução do presente para uma remodelação do futuro. É certo que não se resolvem problemas atuais sob as mesmas perspectivas e sob o mesmo olhar com os quais foram criados. Foi assim que o Brasil inovou positivamente. Ao largo de debates maniqueístas entre o bem e o mal (intervenção *versus* liberalismo), optou-se pela construção de instrumentos jurídicos e econômicos aptos a salvaguardar o funcionamento hígido do sistema financeiro, albergando fontes privadas de recursos em conjugação com a idealização de ferramentas jurídicas legitimadoras da atuação do Estado, por intermédio do Banco Central, garantindo-se não somente o pequeno poupador, mas todo o sistema.

O Estado é o poder regulador, “nele incluídos a autorização para o funcionamento e para o exercício de cargos, o exercício de uma fiscalização permanente e o fechamento de instituições insolventes” (*Ibid idem*, p. 66). Porém, a proteção do sistema se dá por intermédio de um mecanismo custeado com recursos privados, e não com recursos públicos.

Dessa maneira, o modelo saneador se torna mais efetivo, aumenta-se a credibilidade e a confiança no sistema financeiro<sup>38</sup>, sobretudo porque: (i) garante o reembolso ao pequeno e médio poupador, por meio do seguro-depósito; (ii) cria instrumentos jurídicos aptos a legitimar operações de reestruturação bancária e de reorganização societária; (iii) capitaneia fontes de recursos eminentemente privadas visando a salvaguarda do sistema financeiro, viabilizando as operações de fusão, incorporação e alienação; (iv) mantém, no Banco Central, as funções de regulação normativa, de supervisão microeconômica e de comando operacional dos regimes especiais de intervenção, liquidação e administração temporária; e, por fim, (v) instaura procedimentos jurídicos de punição aos maus gestores, limpando o sistema as instituições que não conseguem se adaptar aos novos moldes de estruturação bancária.

---

<sup>38</sup> São certas as palavras de Arnaldo Wald: “Já se disse que a moeda é o sangue da economia; e o sistema financeiro, seu coração, pois condiciona todas as demais atividades. Não se trata de conceitos puramente econômicos, pois o valor da moeda e o bom funcionamento do sistema bancário dependem da confiança da população. É em virtude da sua credibilidade que a sociedade garante a paz e o progresso”. (WALD, 2010. p. 22).

## Referências

- ABRÃO, N. *Direito Bancário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALLEN, F; HERRING, R. “Banking Regulation versus Securities Market Regulation”. Disponível em: <<http://finance.wharton.upenn.edu/~allenf/download/Vita/0129.pdf>>. Acesso em: 03.dez.12.
- CALADO, L. R. *Regulação e Autorregulação do mercado financeiro: conceito, evolução e tendências num contexto de crise*. São Paulo: Saint Paul Editora, 2009.
- CARVALHO, F. J. Cardim de. “Regulação Prudencial na Encruzilhada: depois de Basiléia II, o Dilúvio?” In: PAULA, L. F. de; OREIRO, J. L. (Org). *Sistema Financeiro: uma análise do setor bancário brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 155-167.
- CORAZZA, G. “Os dilemas da supervisão bancária”. In: SOBREIRA, R. (Org.). *Regulação Financeira e Bancária*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 82-95.
- COSTA, A. C. A. *FGC ontem e hoje: 1995-2006*. Disponível em: <[http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci\\_menu=273](http://www.fgc.org.br/?conteudo=1&ci_menu=273)>. Acesso em: 15.jan.13.
- \_\_\_\_\_. “Fundo Garantidor de Créditos: estrutura e contexto de criação”. Disponível em: <[http://www.fgc.org.br/upload/Academico/FGC\\_Estrutura\\_e\\_Contexto\\_de\\_Criacao.pdf](http://www.fgc.org.br/upload/Academico/FGC_Estrutura_e_Contexto_de_Criacao.pdf)>. Acesso em 11.jan. 13.
- COSTA, C. G. *Crises Financeiras na Economia Mundial: algumas reflexões sobre a história recente*. Coimbra: Almedina, 2010.
- COSTA, E. C. D. “Supervisão Bancária: conceitos gerais”. In: SADDI, J. *Intervenção e liquidação no sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999, p.71-86
- FRANCO, G. H. B.; ROSMAN, L. A. C. “A responsabilidade ilimitada em instituições financeiras no Brasil: antecedentes, Experiência e Considerações”. In: CARNEIRO, D. D.; BOLLE, M. B. de (Org.). *A reforma do Sistema Financeiro Americano: nova arquitetura internacional e o contexto regulatório brasileiro*. Rio de Janeiro: LTC, 2010, p. 85-94.
- FREITAS, M. C. P. de. “Racionalidade da Regulamentação e Supervisão Bancária: uma interpretação heterodoxa”. In: SOBREIRA, R. (Org.). *Regulação Financeira e Bancária*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 19-43.
- KAUFMAN, G.; SCOTT, K. “What is systemic risk, and do Bank Regulators Retard or Contribute do it?” Disponível em: <[www.independent.org/pdf/tir/tir\\_07\\_3\\_scott.pdf](http://www.independent.org/pdf/tir/tir_07_3_scott.pdf)> Acesso em: 13.dez.12.
- LUNDBERG, E. “Rede de proteção e saneamento do sistema bancário”. In: SADDI, J. *Intervenção e liquidação no sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 29-51.
- \_\_\_\_\_. “Saneamento do Sistema Financeiro: a experiência brasileira dos últimos 25 anos”. In: \_\_\_\_\_. *Intervenção e Liquidação no Sistema Financeiro Nacional: 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 52-68.

MAIA, G. V. S. *Op. Cit.* Informações constantes no sítio do Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/notastecnicas/port/2003nt38ReestrutBancBrasilp.pdf>> Acesso em: 10.jan.13.

NGALAWA, H.; FULBERT, T.; VIEGI, N. *Banking Instability and Deposit Insurance: The Role of Moral Hazard*. Disponível em: <<http://mpra.ub.uni-muenchen.de/31329>>. Acesso em: 02.dez.12.

SADDI, J. *Crise e Regulação Bancária: navegando em mares revoltos*. São Paulo: Textonovo, 2001. \_\_\_\_\_ . *O Poder e o Cofre: repensando o Banco Central*. São Paulo: Textonovo, 1997.

SIQUEIRA, F. J. de. “O Papel do Banco Central no processo de Intervenção e Liquidação Extrajudicial”. In: SADDI, J. *Intervenção e liquidação no sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 87-120.

WALD, A. “Uma nova visão das instituições financeiras”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, ano 13, nº 50, p. 19-29, out./dez. 2010, p. 22.

---

Recebido em: 25/03/2013

Aprovado em: 22/11/2013



# TRÁFICO DE PESSOAS E O COMBATE À EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL

HUMAN TRAFFICKING AND THE BATTLE AGAINST  
SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN UNDER  
THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW

---

Ana Paula Martins Amaral<sup>1</sup>

Luciani Coimbra de Carvalho<sup>2</sup>

Ynes da Silva Félix<sup>3</sup>

## Sumário

Introdução. 1. A proteção da criança no contexto internacional: combate à exploração sexual. 2. Crianças em situação de extrema vulnerabilidade: tráfico de crianças – exploração sexual. 3. O III Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças – Rio De Janeiro, Novembro de 2008. Considerações Finais. Referências.

## Summary

Introduction. 1. Child protection in the international context: combating sexual exploitation. 2. Children in situations of extreme vulnerability: trafficking of children – sexual exploitation. 4. III World Congress Against the Sexual Exploitation of Children – Rio de Janeiro, November, 2008. 5. Final Considerations. References.

---

<sup>1</sup> Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul Mestre e doutora pela PUC/SP. Pós-doutora pela UFSC. Pesquisadora Líder do Grupo de pesquisa certificado pela UFMS: Direito Internacional, Direitos Humanos e Relações Fronteiriças.

<sup>2</sup> Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFMS. Mestre e doutora pela PUC/SP em Direito do Estado. Pesquisadora, vice-líder do Grupo de pesquisa certificado pela UFMS: Direitos Humanos, Direito Internacional e Relações Fronteiriças certificado pela IES.

<sup>3</sup> Professora titular da Faculdade de direito da UFMS. Diretora da Faculdade de Direito. Pesquisadora e membro do Grupo de pesquisa certificado pela UFMS: Direito Internacional, Direitos Humanos e Relações Fronteiriças.

### **Resumo**

A exploração sexual de crianças é um fenômeno mundial que tem sido objeto de preocupação da sociedade internacional. Diversos tratados, convenções e conferências internacionais foram realizados, como a Convenção nº 182 da OIT, o Protocolo de Palermo e Congressos Mundiais de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças. O Brasil tem atuado no âmbito internacional e na esfera interna, adequando sua legislação, criminalizando a conduta e implementando programas e planos de combate e enfrentamento ao tráfico de pessoas, a exemplo do II PNETP. O presente artigo pretende discorrer sobre a evolução dos tratados internacionais sobre o tema e o papel desempenhado pelo Brasil. A metodologia utilizada no artigo é descritiva, qualitativa e exploratória, com uma análise interpretativa tendo por base a bibliografia e documentos, tendo por escopo a análise da evolução histórica e do sistema normativo internacional e da legislação brasileira de proteção dada à criança no âmbito do combate à exploração sexual.

Palavras-Chave: Tráfico de Pessoas; Exploração Sexual de Crianças; Direitos Humanos.

### **Abstract**

Sexual exploitation of children is a global phenomenon that has been a concern of the international society. Various treaties, conventions and international conferences were held, as the International Labor Organization Convention no. 182, the Palermo Protocol and World Congresses Against Sexual Exploitation of Children. Brazil has worked internationally and, internally, adapted its legislation to criminalize mischievous conducts and implemented plans and programs to combat and repress human trafficking, such as the II PNETP (Brazil's National Action Plan to Combat Human Trafficking). This paper aims to discuss the evolution of international treaties on the subject and the role played by Brazil. The methodology used in this article is descriptive, qualitative and exploratory, with an interpretive analysis based on the literature and documents, with the purpose to analyze the historical developments and the international legal system, as well as the Brazilian legislation for the protection to children in the battle against sexual exploitation.

Keywords: Human Trafficking; Sexual Exploitation of Children; Human Rights.

## Introdução

A origem do tráfico de pessoas perde-se nos primórdios da história da humanidade. A exploração do ser humano pela escravidão do estrangeiro, dos povos derrotados em guerras e batalhas era comum nesses tempos. Os vencedores não tinham interesse imediato em mão de obra escrava, fator que aumentaria a população dos primeiros e também a necessidade de recursos, levando a comercializar os últimos como escravos<sup>4</sup>.

O tráfico de pessoas no início do século XXI se desenvolveu tornando-se um fenômeno silencioso e cruel, no qual foram negociados e vendidos milhões de seres humanos, destinados ao trabalho escravo, casamento servil, remoção de órgãos ou exploração sexual. Essa atividade criminosa tornou-se extremamente rentável, movida por poderosas redes de tráfico internacional.

As mulheres e crianças são particularmente vulneráveis ao tráfico em razão de fatores como pobreza, subdesenvolvimento e desigualdade de oportunidades. A exploração sexual comercial de crianças é um fenômeno que tem sido descrito em várias partes do mundo. Definida como uma relação de mercantilização e abuso do corpo de crianças e adolescentes por exploradores sexuais, dá-se por meio das grandes redes de comercialização local e global, por pais/responsáveis ou por consumidores de serviços sexuais pagos<sup>5</sup>.

O presente artigo pretende abordar os instrumentos internacionais sobre tráfico e combate à exploração sexual de crianças. A metodologia utilizada no artigo possui por base a pesquisa descritiva, qualitativa e exploratória, com uma análise interpretativa do tema, tendo por base o levantamento bibliográfico e documental por meio dos tratados e convenções internacionais, legislação nacional e doutrina, tendo por escopo a análise da evolução histórica e do sistema

---

<sup>4</sup> (BORGES FILHO & FREITAS, 2003).

<sup>5</sup> Algumas definições como a da Organização Mundial da Saúde (World Health Organization – WHO, 1999) consideram esta forma de exploração um abuso contra crianças e adolescentes. Por definição, Abuso infantil é:

[...] todo envolvimento de uma criança em uma atividade sexual na qual não compreende completamente, já que não está preparada em termos de seu desenvolvimento. Não entendendo a situação, a criança, por conseguinte, torna-se incapaz de informar seu consentimento. [...] Pode incluir também práticas com caráter de exploração, como uso de crianças em prostituição, o uso de crianças em atividades e materiais pornográficos, assim como quaisquer outras práticas sexuais ilegais.

A definição fornecida pela WHO é ampla, abrangendo também a ESCCA. Há entre a situação de abuso sexual (intra ou extrafamiliar) e a situação de exploração sexual comercial muitos elementos em comum, sobretudo a questão do abuso de poder de um adulto sobre uma criança e/ou adolescente. No entanto, no caso específico da ESCCA, o caráter comercial é fundamental na sua ocorrência e definição, fato que implica outras peculiaridades à situação do abuso.

normativo internacional e da legislação brasileira de proteção dada à criança no âmbito do combate à exploração sexual.

Segundo o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças – Protocolo de Palermo –, o tráfico de pessoas engloba o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de oferecimento ou recebimento de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para que uma pessoa tenha controle sobre a outra para o propósito de exploração. É importante ressaltar que, caso se trate de criança, pessoa menor de 18 anos, basta que tenha ocorrido as ações de recrutamento, transporte, transferência ou abrigo, mesmo não envolvendo as violências descritas acima.

São diversas as formas de aliciamento ao tráfico de pessoas: desde anúncios de jornal prometendo emprego e melhorias de vida, contos ilusórios, juramentos e promessas de casamento e de futuros promissores, casamento servil, como também sequestros e outros crimes. No continente africano ainda existem milícias que roubam mulheres e meninas para serem utilizadas para o tráfico, que se utilizam de escopetas e outras armas. Homens detêm grupos e roubam todas as mulheres, sejam elas casadas, solteiras, crianças e/ou adultas.

A Organização das Nações Unidas estima que, anualmente, cerca de quatro milhões de homens, mulheres e crianças são vítimas do tráfico de pessoas no mundo<sup>6</sup>. Os números não são exatos. Nas palavras de Joy Ngozi Ezeilo, relatora da ONU sobre tráfico de pessoas, “la falta de información se debe a la naturaleza clandestina de este delito y al hecho de que las víctimas tienen pocas oportunidades para denunciar esa violación de los derechos humanos”<sup>7</sup>. A natureza, os tipos e o alcance do tráfico de pessoas se ampliaram nas últimas décadas, gerando um lucro de mais de 51 bilhões de dólares anuais.

O governo brasileiro, além de atuar internacionalmente na discussão e elaboração de documentos internacionais para o combate à exploração sexual, internamente, também, tem realizado ações concretas, a exemplo do Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod\\_canal=31&cod\\_noticia=4033](http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_canal=31&cod_noticia=4033)>. Acesso em: 21.jun. 14.

<sup>7</sup> Disponível em: <[http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=29709#.U6Vvm\\_IdUSQ](http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=29709#.U6Vvm_IdUSQ)>. Acesso em: 21.jun. 14.

de 2000, que passou por processo de revisão em 2013<sup>8</sup> e o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (II PNETP) também de 2013<sup>9</sup>.

O II PNETP traz princípios, diretrizes e ações para a atuação do Poder Público. Os eixos de atuação ocorrem na prevenção ao tráfico de seres humanos, repressão ao crime e responsabilização dos autores e atendimento às vítimas. O estado de Mato Grosso do Sul se apresenta como uma das unidades brasileiras da Federação mais vulneráveis para o tráfico de pessoas, fazendo vítimas principalmente nas regiões de fronteira como Paraguai e Bolívia, com extensa fronteira seca e fluvial, na qual se destaca o turismo de pesca.

## **1 A proteção da criança no contexto internacional: combate à exploração sexual**

O tráfico de pessoas no Direito Internacional foi objeto de inúmeros tratados internacionais a partir do início do século XX. Em 1904, foi assinado em Paris o Acordo para Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas, ratificado como convenção em 1910. A preocupação dos governos europeus, nesse momento, voltava-se ao tráfico e à migração de mulheres brancas da Europa para países árabes e orientais para servirem como amantes e prostitutas.

Em 1910 ocorreu a Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, e, em 1933, a Convenção para Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, ambas firmadas em Genebra. À Convenção de 1933 foi realizado um Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças de 1947. Em Lake Success, bairro na cidade de Nova York, foi assinada a Convenção final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e Lenocínio em 1949.

Em 1919 foi criada, juntamente com a Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que desde então tem sido a principal instituição preocupada com a proteção dos direitos humanos do mundo do trabalho, em especial às questões relacionadas com o trabalho infantil. Dentre as diversas convenções aprovadas no âmbito da OIT, merece especial atenção, por sua contribuição no combate à exploração sexual de crianças, a Convenção nº. 182, aprovada em 1999.

Essa convenção estabelece que todo membro que a ratifique deverá adotar medidas imediatas e eficazes para assegurar a proibição e eliminação das

<sup>8</sup> Disponível em: <[http://www.comitenacional.org.br/files/anexos/08-2013\\_PNEVSCA-2013\\_f19r39h.pdf](http://www.comitenacional.org.br/files/anexos/08-2013_PNEVSCA-2013_f19r39h.pdf)>.

<sup>9</sup> BRASIL. “II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – II PNETP”. Portaria Interministerial nº 634, Ministério da Justiça, de 25/02/2013.

piores formas de trabalho infantil, em caráter de urgência. Sendo que, segundo essa convenção, o termo “criança” designa toda pessoa menor de 18 anos.

Para efeitos da Convenção 182, a expressão “as piores formas de trabalho infantil” abrange:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, tais como a venda e tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) a utilização, recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, em particular a produção e o tráfico de entorpecentes, tais como definidos nos tratados internacionais pertinentes; e
- d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é suscetível de prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.

Com a criação da Organização das Nações Unidas, inúmeros documentos internacionais como declarações, resoluções e tratados internacionais passaram a se ocupar da proteção da criança no âmbito global, aliados a sistemas regionais de direitos humanos. Os principais documentos serão analisados no decorrer deste artigo.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1990 foi a primeira conferência internacional realizada pós-Guerra Fria, tendo abordado todas as áreas dos Direitos Humanos: Direitos Civis, Políticos, Econômicos, Sociais, Culturais e contou com a participação de praticamente todos os países do globo; o Governo Brasileiro depositou seu instrumento de ratificação em 24/04/1990.

A convenção inova ao determinar que todas as ações administrativas e legislativas dos Estados signatários devem se pautar pelo interesse maior da criança, além da integralidade de seu desenvolvimento “físico, mental, moral e social”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Artigo 3:

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
2. Os Estados-parte se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

O artigo 37 prevê as garantias de inviolabilidade física, proibindo a tortura, tratamentos desumanos e degradantes; a pena de morte e pena de prisão perpétua a menores de 18 anos, proibindo, ainda, a prisão ilegal ou arbitrária. Caso a criança seja privada de sua liberdade, deverá ser tratada com humanidade e dignidade inerente à condição humana, devendo ficar separada de adultos e sendo-lhe permitido o contato com sua família, a não ser que tal fato seja contrário aos melhores interesses da criança. A criança terá direito a assistência legal.

O artigo 19 estabelece que medidas de proteção (legislativas, administrativas, sociais e educacionais) às crianças deverão ser adotadas pelos Estados-parte contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus-tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária.

Sobre a exploração sexual e tráfico de crianças, a convenção no artigo 34 estabelece o compromisso dos Estados-parte de protegerem a criança de todas as formas de exploração e abuso sexual, devendo os Estados tomar todas as medidas em caráter nacional, bilateral e multilateral para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.

Os Estados-parte tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.

Outros tratados internacionais que cuidam da proteção à criança: Convenção da Haia sobre a Proteção de Crianças e Cooperação no que se refere à Adoção Internacional; a Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças; a Convenção da Haia sobre jurisdição, Direito

Aplicável, Reconhecimento, Execução e Cooperação referente à responsabilidade dos pais.

Embora haja tantos esforços para que se resguardem todos os direitos das crianças, a prevenção, a rede de proteção e atendimento às crianças e adolescentes ainda é bastante frágil quando se trata de tráfico de pessoas. Percebe-se que a criança sempre se encontra em uma situação de vulnerabilidade e fragilidade.

## **2 Crianças em situação de extrema vulnerabilidade: tráfico de pessoas e exploração sexual**

A globalização é um fenômeno de múltiplas significações e apresenta uma diversidade de interpretações. Uma delas é que existem várias significações para globalizações: a que resulta de um desdobramento natural do aprofundamento da interdependência internacional e constitui um tema universal de interesse global da humanidade com enfoque nos Direitos Humanos; a que corresponde a uma realidade, sobretudo econômica<sup>11</sup>, que aprofunda os riscos e as assimetrias entre os países ricos e países em desenvolvimento, e, por essa via, identifica-se com um mecanismo de reificação do ser humano, que o torna objeto e, portanto, passível de valoração econômica.

Há de se ressaltar que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em 1993, que deu origem à Declaração de Viena sobre Direitos Humanos, afirma categoricamente que os Direitos Humanos da mulheres e meninas não inalienáveis constituem parte integrante e indivisível dos Direitos Humanos universais, segundo Lindgren Alves, de forma aparentemente tautológica, mas comprovadamente necessária, enfatizando os Direitos Humanos da mulher<sup>12</sup>.

Na esfera internacional, dois temas ligados à criança tem sido uma constante preocupação, que resultou em diversos documentos, dentre eles se destacam a Conferência Internacional sobre o Combate à Pornografia Infantil na Internet, que teve lugar em Viena, em 1999, o Protocolo de Palermo e dois Protocolos facultativos à Convenção Internacional de Direitos da Criança: o Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantis e o Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados, ambos datados de 2000.

A Conferência Internacional sobre o Combate à Pornografia Infantil na Internet de 1999 demanda a criminalização, em todo o mundo, da produção,

<sup>11</sup> (IANNI, 1999).

<sup>12</sup> (*Idem*, 2001, p. 127).

distribuição, exportação, transmissão, importação, posse intencional e propaganda de pornografia infantil, e enfatiza a importância de cooperação e parceria mais estreita entre governos e a indústria da Internet.

Ao lado do trabalho escravo, a exploração sexual coloca-se como um dos objetivos do tráfico de seres humanos, um dos negócios ilícitos mais lucrativos, movimentando bilhões de dólares. O Protocolo de Palermo de 2000 determina como medidas a serem seguidas pelos Estados signatários a **promoção** da criminalização do tipo “tráfico de pessoas”, **prestação de** assistência e proteção às vítimas, favorecimento de seu repatriamento e, especialmente, a **realização de** políticas e medidas de prevenção, cooperação e intercâmbio de informações entre os Estados visando coibir o tráfico de pessoas.

Em 2000 foram adotados pelas Nações Unidas dois protocolos facultativos para a Convenção sobre os Direitos da Criança: o primeiro sobre venda de crianças, prostituição e pornografia infantis e o segundo sobre envolvimento de crianças em conflitos armados. Ambos os protocolos atingiram o **número** mínimo de ratificações em 2002 e encontram-se em vigor internacional. O Brasil ratificou ambos os tratados em 2004, tendo o Governo Brasileiro depositado os instrumentos de ratificação de ambos os Protocolos junto à Secretaria Geral em 27 de janeiro de 2004<sup>13</sup>.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 serve de fundamentação ao Protocolo contra a venda de crianças, prostituição e pornografia infantis, ao reconhecer o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso para a criança ou interferir em sua educação, ou ser prejudicial à saúde da criança ou ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

O Protocolo insta aos Estados signatários a criminalização dos atos de venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, conceituando essas práticas nos seguintes termos:

- a) Venda de crianças significa qualquer ato ou transação pela qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas a outra pessoa ou grupo de pessoas em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação;

---

<sup>13</sup> Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 5.007 de 08/03/2004 e Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente ao envolvimento de crianças em conflitos armados via Decreto nº 5.006 de 08/03/2004

- b) Prostituição infantil significa o uso de uma criança em atividades sexuais em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação;
- c) Pornografia infantil significa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança envolvida em atividades sexuais explícitas reais ou simuladas, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins primordialmente sexuais.

A venda de crianças pode ser entendida como oferta, entrega ou aceitação, por qualquer meio, de uma criança para fins de: exploração sexual de crianças; transplante ou retirada de órgãos da criança com fins lucrativos ou envolvimento da criança em trabalho forçado.

Além da tipificação como crime das condutas de venda de criança, prostituição e pornografia infantil, o Protocolo prevê que os Estados adotarão medidas legislativas para facilitar a extradição pelos crimes supracitados, além de medidas para sequestro e confisco de bens e rendas utilizados para cometer ou facilitar os crimes supracitados.

Visando a proteção das vítimas em todos os estágios judiciais prestando-lhe assistência, protegendo sua identidade e privacidade, concedendo proteção.

A preocupação da comunidade mundial em torno da exploração sexual de crianças e adolescentes foi mais uma vez demonstrada, tendo lugar na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 25 a 28 de novembro de 2008, o Terceiro Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes.

### **3 O III Congresso Mundial de Enfrentamento da Exploração Sexual de Crianças – Rio de Janeiro, novembro de 2008.**

O enfrentamento à exploração sexual de crianças vem ocupando posição de destaque na agenda internacional desde que foi citada pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989, tornando-se objeto de tratado específico o protocolo facultativo sobre venda de crianças, prostituição e pornografia infantil de 2000, além da Convenção 182 da OIT e Convenção de Palermo. Em 1996, ocorreu em Estocolmo o Primeiro Congresso Mundial de Enfrentamento da Violência Sexual de Crianças seguido do Segundo Congresso em 2001, em Yokohama. O Terceiro Congresso foi sediado pelo Brasil em 2008 na cidade do Rio de Janeiro.

Esses eventos produziram dezenas de declarações, compromissos, cartas, recomendações e tratados, que reafirmam que a exploração sexual é uma grave violação à dignidade humana e integridade física e mental da criança e

a necessidade de proibir, criminalizar e processar o abuso, exploração, venda, prostituição e pornografia envolvendo crianças.

Dentre os fatores que tornam as crianças possíveis vítimas, aumentando sua situação de vulnerabilidade à exploração sexual, destacam-se o aumento da pobreza, a desigualdade social e de gênero, a discriminação, o abuso das drogas e do álcool, a degradação ambiental, o HIV/AIDS, os deslocamentos, ocupações, os conflitos armados e de outras emergências que enfraquecem a unidade básica da família, responsável pela proteção das crianças, assim como a persistente demanda por sexo com crianças em todas as regiões e estados, reforçada por um ambiente de tolerância social, cumplicidade e impunidade<sup>14</sup>.

Todos os documentos ressaltam a importância da família (ampliada) e da comunidade para proteção e prevenção de exploração sexual a crianças e a necessidade de lhes fornecer apoio adequado.

A Declaração do Rio de Janeiro e Chamada para Ação para Prevenir e Eliminar a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes delinea as formas de exploração sexual e seus novos cenários: a pornografia infantil, o uso de imagens de abusos de criança, exploração sexual de crianças e adolescentes na prostituição, exploração sexual de crianças e adolescentes em viagens e turismo, tráfico e exploração sexual de crianças e adolescentes, e propõe medidas, políticas e programas a serem implementados visando a proteção das crianças em situação de vulnerabilidade.

A terminologia “prostituição infantil” e “turismo sexual” foram rejeitados pelos documentos do Terceiro Congresso devendo, em seu lugar, ser utilizados os termos “exploração sexual de crianças e adolescentes na prostituição” e “exploração sexual de crianças e adolescentes em viagens e turismo”.

A pornografia infantil e utilização de imagens de abusos de crianças devem ser combatidas, segundo a Declaração, adotando-se medidas como criminalização da produção, distribuição, recebimento e posse intencionais de pornografia infantil, inclusive imagens virtuais e representações sexualmente exploratórias de crianças, assim como o consumo, acesso e exibição intencionais desse material, ainda que sem contato físico, estendendo a responsabilidade legal a entidades, tais como empresas em caso de responsabilidade ou envolvimento na produção e/ou disseminação de tais materiais; realização de ações específicas e orientadas para prevenir e eliminar a pornografia infantil e o uso da Internet e de outras tecnologias recentes no aliciamento de crianças para o abuso sexual dentro e fora

---

<sup>14</sup> Declaração do Rio de Janeiro e Chamada para Ação para Prevenir e Eliminar a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes. Disponível em: <[http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/diversos/mini\\_cd/pdfs/declaracao\\_rj.pdf](http://www.crpsp.org.br/portal/comunicacao/diversos/mini_cd/pdfs/declaracao_rj.pdf)>. Acesso em: 10.jun. 14

da internet e para a produção e disseminação de pornografia infantil e outros materiais; identificação de vítimas, apoio e cuidados especializados devem ser de alta prioridade.

A prevenção deve se dar por meio de ações educacionais e de conscientização focadas em crianças, pais, professores, organizações da juventude e outros cidadãos que trabalhem com e para crianças, incluindo informações para crianças sobre como se protegerem, como procurar ajuda e denunciar ocorrências de pornografia infantil e exploração sexual na Internet.

Devem ser tomadas, ainda, medidas legislativas necessárias para requerer aos provedores de Internet, empresas de telefonia celular, mecanismos de busca e outros atores relevantes a denunciar e remover *sites* de pornografia infantil e imagens de abuso sexual de crianças e desenvolver indicadores para monitorar resultados e aprimorar esforços; criar uma lista comum de *websites* que contenham imagens de abuso sexual, baseada em padrões uniformes, cujo acesso será bloqueado; a lista deve ser continuamente atualizada, compartilhada em âmbito internacional e usada pelo provedor para providenciar o bloqueio ao acesso.

Os provedores de Internet, as empresas de telefonia celular e outros atores relevantes devem ser chamados a desenvolver e implementar Códigos de Conduta voluntários e outros mecanismos de Responsabilidade Social Corporativa e desenvolver ferramentas legais que proporcionem a adoção de medidas de proteção à criança em tais negócios.

As instituições financeiras devem ser convocadas a conduzir ações para rastrear e parar o fluxo de transações financeiras feito por meio de serviços que facilitam o acesso à pornografia infantil. Promover parcerias público-privadas para aprimorar a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias robustas para investigar e localizar as vítimas, com vistas a imediatamente parar a exploração e lhes fornecer todo o apoio necessário para uma recuperação completa.

A exploração sexual de crianças e adolescentes na prostituição deve ser tratada pelos estados como uma transação criminosa nos termos da lei penal mesmo quando o adulto desconhecer a idade da criança. Os estados devem prover serviços de saúde especializados e apropriados para crianças exploradas na prostituição e apoiar modelos locais de reabilitação, sistemas de trabalho social e alternativas econômicas realistas.

Os diversos setores de viagens, turismo e hotelaria devem ser encorajados à adoção de Códigos de Conduta profissionais e de estratégias apropriadas de responsabilidade social corporativa focadas na proteção da criança; e/ou proporcionarem outros incentivos aos participantes; deve-se assegurar que todos os atores envolvidos atentem especificamente ao turismo não regulamentado para

impedir que turistas nacionais ou estrangeiros explorem sexualmente crianças e adolescentes. Particularmente, deve-se proibir a produção e a disseminação de material que faça apologia da exploração sexual de crianças no turismo; e alertar turistas sobre as sanções criminais aplicáveis em casos de exploração sexual de crianças.

O tráfico interno e internacional de crianças deve ser combatido em várias frentes: pela mobilização das comunidades, programas de prevenção, reabilitação e reintegração de crianças vítimas de tráfico, cooperação, política e programas de atuação transfronteiriços, fortalecimento de medidas legislativas para proteção às vítimas, combate a situações de vulnerabilidade, como pobreza e violência por intermédio de políticas públicas apropriadas e fortalecimento de rede de atendimento e assistência às vítimas, além de medidas eficazes de combate à criminalização das pessoas que atuam no tráfico de pessoas.

Em que pese a ausência de uma lei uniforme para tipificar os crimes de exploração sexual de crianças, a declaração estatuiu os marcos legais que devem ser seguidos pelos estados no tocante à questão, determinando a necessidade de definir, proibir e criminalizar, de acordo com os padrões de direitos humanos internacionais existentes, todos os atos de exploração sexual de crianças e adolescentes em sua jurisdição, independentemente de qualquer determinação de idade ou de consentimento ao matrimônio ou prática cultural mesmo quando o adulto desconhecer a idade da criança. Estabelecer jurisdições extraterritoriais eficazes abolindo a exigência de “dupla infração” por ilícitos de exploração sexual de crianças e adolescentes e facilitar a assistência legal mútua para obter o indiciamento dos exploradores e a sanção cabível. Tornar todos os atos de exploração sexual de crianças e adolescentes um crime de extradição em tratados já existentes ou recentemente estabelecidos. Assegurar que as crianças vítimas de exploração sexual não sejam criminalizadas ou punidas por crimes cometidos durante o período de sua exploração, mas que recebam o *status* de vítimas perante a lei e assim sejam tratadas.

Deve ser adotada como política pública a criação de unidades especiais para a criança dentro das forças policiais sensíveis à questão de gênero, envolvendo profissionais da área da saúde, assistentes sociais e professores, de forma a lidar com crimes sexuais cometidos contra crianças e fornecer treinamento especializado a oficiais dos serviços judiciais e de garantia do cumprimento da lei.

Estabelecer e implementar mecanismos legais nacionais, regionais e internacionais, além de programas para lidar com o comportamento de exploradores sexuais e prevenir a reincidência incluindo, por meio de programas de avaliação de risco e de programas de tratamento de exploradores, a provisão de serviços de reabilitação voluntários extensivos e abrangentes (em adição, mas não em substituição

de sanções criminais quando apropriadas), reintegração segura de exploradores condenados e a coleta e compartilhamento de melhores práticas a esse respeito e, para esse fim, estabelecer, quando apropriado, registros de criminosos sexuais

A Declaração e o Plano de Ação preveem ainda a realização pelos estados de políticas intersetoriais integradas e planos de ação nacionais sobre exploração sexual de crianças, Esses planos devem incluir estratégias, planos operacionais e medidas de proteção social sensíveis à questão de gênero com monitoramento e avaliação adequados, recursos direcionados e atores responsáveis designados, incluindo organizações da sociedade civil para implementar iniciativas de forma a prevenir e eliminar a exploração sexual de crianças e adolescentes e fornecer apoio para crianças vítimas de exploração sexual.

Diversos métodos de prevenção e proteção são apontados na declaração como registro imediato e gratuito de todas as crianças: campanhas educacionais de conscientização de crianças e pais, combate à pobreza, fortalecimento das instituições educacionais, criação de sistema de denúncia, fortalecimento de serviços nacionais de proteção da criança já existentes ou estabelecimento de novos serviços para fornecer a todas as crianças vítimas da exploração sexual, sem discriminação, o apoio econômico e psicossocial necessário para a plena recuperação física, social e psicológica e reintegração social, e, quando oportuno, a reunificação familiar, intervenções que apoiem e fortaleçam as famílias na diminuição do risco de exploração; tais serviços devem ser fornecidos por equipes de profissionais multi e interdisciplinares bem treinados

Em diversos momentos, a Declaração e o Plano de Ação fazem referência ao ano de 2013 como data-limite para se alcançar metas e objetivos nas áreas de cooperação internacional, implementação do sistema de denúncias no interior dos estados e sistema de monitoramento no âmbito internacional. Assim, até 2013 os estados deverão estabelecer e/ou melhorar mecanismos concretos e/ou processos para facilitar a coordenação nas esferas nacional, regional e internacional para aumentar a cooperação entre ministérios de governo, organismos de financiamento, agências da ONU, ONGs, setor privado, associações de empregados e empregadores, a mídia, organizações de criança e outros representantes da sociedade civil, com vistas a permitir e apoiar a ação concreta para prevenir e eliminar a exploração sexual de crianças e adolescentes.

A declaração encerra convocando todas as autoridades e entidades que direta ou indiretamente tenham atuação no combate à exploração sexual de crianças e adolescentes, como o Conselho de Direitos Humanos, o Representante Especial do Secretário Geral sobre Violência Contra Crianças, o Representante Especial do Secretário Geral sobre Crianças em Conflitos Armados, o Relator

Especial sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil e o Relator Especial sobre Tráfico de Pessoas, em conjunto com outros representantes com mandatos relacionados e em colaboração com o Comitê dos Direitos da Criança, agências das Nações Unidas, Organizações não Governamentais ligadas aos Direitos Humanos, instituições financeiras internacionais, como o Banco Mundial, o FMI e comunidades religiosas a se unirem para prevenir e eliminar a exploração sexual de crianças e adolescentes em seus mais diversos matizes.

O Brasil alterou o Estatuto do Adolescente em 2010 para se adequar às diretrizes propostas nos documentos internacionais, especialmente nas discussões travadas no Congresso Mundial do Rio de Janeiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi alterado pela Lei 11.829, de 2008, em que a a figura da pedofilia foi tipificada no artigos 241, 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E com as diversas ações que configuram o delito, como venda ou exposição à venda de fotografias, vídeos ou outros registros que contenham cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes, e ainda as ações de oferecimento, troca, disponibilização, transmissão, publicação, divulgação por qualquer meio de tais cenas. Há no texto legal a indicação de que tais imagens possam ser reais ou simuladas, o que não descaracteriza o tipo penal.

O tráfico de pessoas foi incluído no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei 9.975, de 2000, no art. 244-A, ao prever como tipo penal a submissão de criança ou adolescente a prostituição ou exploração sexual com pena de quatro a dez anos e multa.

O Código Penal foi alterado pela Lei 12.015, de 2009, que incluiu as figuras do tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual (231 CP)<sup>15</sup> e tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (Art. 231-A)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> **Tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual** (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

<sup>16</sup> **Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual** (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual foi tipificado no Código Penal por condutas de promoção ou facilitação da entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. A pena aplicada é de reclusão, de três a oito anos; caso a vítima seja menor de 18 anos (criança ou adolescente), a pena será aumentada da metade. Incorre na mesma majoração da pena caso o agente for ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

Na hipótese de tráfico interno de pessoa para exploração sexual, o tipo penal de promoção ou facilitação do deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual, a pena é de reclusão de dois a seis anos, sendo também aumentada da metade caso a vítima seja menor de 18 anos, bem como se o agente for ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

## Considerações finais

Ao analisar o processo histórico de evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), observamos uma gradual expansão da proteção de uma categoria que, por sua vulnerabilidade, demanda especial atenção: as crianças, assim consideradas as pessoas menores de 18 anos. Desde a organização Save the Children e das primeiras Conferências da OIT do início do século XX até a Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança e seus protocolos facultativos, dezenas de instrumentos internacionais foram firmados, Organizações Internacionais ligadas à questão da infância e um número incalculável de entidades não governamentais e políticas públicas foram criados visando à proteção da criança. Contudo, há dilemas e desafios para a efetivação dos direitos das crianças pelas nações, dentre as quais o Brasil se inclui.

---

§ 1o Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2o A pena é aumentada da metade se:

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II – a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3o Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O processo de despertar para uma consciência mais global à questão da infância percebe-se pelo fato natural de serem pessoas em situação especial, em fase de desenvolvimento. Contudo, as graves situações por que elas passam ao redor do mundo, em decorrência de desigualdades sociais, de concentração de riquezas, conflitos armados, revelam que as crianças e adolescentes são vítimas frágeis e vulneráveis que necessitam da atuação e proteção da família, da sociedade, do Estado e da comunidade internacional.

A mudança de paradigma marcou o século XX, com a valorização da criança, transformada de objeto de tutela em sujeito de direito, o que foi traduzido em escala mundial em instrumentos internacionais, e também em âmbito interno, a exemplo do Brasil, que a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, vem criando uma nova sistemática de proteção às crianças. Essa transformação reflete a preocupação mundial de construção de um ordenamento jurídico baseado no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>17</sup>.

Os primeiros documentos que buscam proteger a criança encontram-se ligados ao Direito do Trabalho, estabelecendo idade mínima para algumas atividades que evoluíram para a luta pela proibição do trabalho infantil, travada em particular no âmbito da Organização Mundial do Trabalho. Dentre os documentos mais importantes da OIT, destaca-se a Convenção 182, que especifica as piores formas de trabalho infantil, com ênfase na exploração sexual de crianças.

A primeira conferência internacional ocorrida após a Guerra Fria originou a Convenção dos Direitos da Criança, assinada e ratificada por praticamente todos os Estados-membros das Nações Unidas, unindo pela primeira vez os direitos das crianças e adolescentes em um tratado de direitos civis, políticos, sociais e culturais de uma classe de pessoas. No decorrer da última década do século XX, ocorreram importantes conferências sobre temas sociais, estando inseridas direta ou indiretamente questões ligadas à proteção da criança.

Em 1996, 2001 e 2008 ocorreram os Congressos de Enfretamento da Exploração Infantil (Estocolmo 1996, Yokohama 2001 e Rio de Janeiro 2008), que deram visibilidade global à questão, abarcando temas como a pornografia infantil pela rede mundial de computadores e novos instrumentos de comunicação, tráfico e venda de crianças.

Em 2000, foram celebrados dois protocolos facultativos à Convenção dos Direitos da Criança: Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantis e o

---

<sup>17</sup> A nova configuração jurídica de família, segundo o artigo 227 da CF/88, agora democrática, fundada na proteção igualitária de seus membros, especialmente a criança e o adolescente, “a quem incumbe à família, à sociedade e ao Estado conferir proteção integral e prioridade absoluta.”

Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados. Em 1999 ocorreu em Viena a Conferência Internacional sobre o Combate à Pornografia Infantil na Internet, e, em 2000, o Protocolo Adicional à convenção contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecida como Protocolo de Palermo.

É importante ressaltar outros instrumentos Internacionais e Regionais de proteção à criança vítima, em especial de exploração sexual. Dentre os instrumentos regionais relevantes, temos a Carta Africana sobre Direitos e Bem-estar da Criança, a Carta ASEAN, a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores e sobre a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher, a Convenção da Ásia Meridional (SAARC) para Prevenir e Combater o Tráfico de Mulheres e Crianças para a prostituição e as Convenções do Conselho da Europa sobre Ações de Combate ao Tráfico de Pessoas, aos Crimes de Internet e sobre a Proteção de Crianças da Exploração e Abuso Sexuais, convenções que podem ser ratificadas pelos países mesmo que não sejam membros do Conselho da Europa.

O lado negro do processo de globalização da economia e das comunicações fez emergir o negócio bilionário do tráfico de crianças para exploração sexual para alimentar essa indústria criminoso, na qual as crianças são o principal produto de transação. A comunidade internacional busca, por meio de acordos internacionais e ações globais, formar uma rede de proteção com a implementação dos pactos firmados, com investimentos e cooperação internacional, com criminalização das condutas e fortalecimento da família, comunidade e Estado, colocando o interesse da criança como prioridade absoluta.

O Brasil, desde a promulgação de sua *Constituição Federal* em 1988, tem avançado nos âmbitos interno e internacional do sistema de proteção aos Direitos Humanos. Internacionalmente, tem participado de forma ativa das negociações, celebrado e ratificado praticamente todos os instrumentos internacionais ligados à proteção da criança. Na esfera do Direito Interno, está se formando a cada dia, com maior força, um sistema de proteção baseado no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), tendo como órgãos de articulação a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, aliada ao CONANDA, conselhos estaduais e municipais de direitos humanos, conselheiros tutelares, Ministério da Justiça e outras entidades da sociedade civil organizada. No âmbito do enfrentamento ao tráfico de pessoas, destaca-se o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – II PNETP.

Ainda há um longo caminho a ser trilhado até que os direitos da criança possam ser realmente respeitados e resguardados de toda e qualquer violência. Somente políticas eficazes na prevenção e atendimento à criança podem transformar essa realidade que ainda perdura no século XXI, que já avançou em tantos campos e questões arcaicas como essa, que permanece.

## Referências

- BORGES FILHO, F. B. & FREITAS, M. C. de. (org.) *História social da infância no Brasil*. 5. ed. versão revisada e ampliada. São Paulo: Cortez, 2003.
- BRASIL. Decreto nº 5.007 de 08 de março de 2004. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 5.006 de 08 de março de 2004. Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados.
- \_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2878 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal), com redação dada pela Lei 12.015 de 2009.
- GIANECHINI, C. “Mulheres jovens e crianças são as principais vítimas do tráfico de seres humanos no mundo”. Disponível em: <[http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod\\_canal=31&cod\\_noticia=4033](http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_canal=31&cod_noticia=4033)>. Acesso em: 10.jun. 14.
- IANNI, L. O. *A Sociedade Global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- LINDGREN ALVES, J. A. *Relações Internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas – II PNETP. Portaria Interministerial nº 634, de 25/02/2013.
- MUNIZ, A. L. P & SOBEL, T. F. “Avanços e retrocessos no arcabouço jurídico de proteção às crianças e adolescentes”. Trabalho apresentado no XVI Encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABEP, realizado em Caxambu/MG, de 29 de setembro a 03 de outubro de 2008. Disponível em: <[www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/.../ABEP2008\\_998.pdf](http://www.abep.nepo.unicamp.br/encontro2008/.../ABEP2008_998.pdf)>.
- PLANO NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À EXPLORAÇÃO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. Disponível em: <[http://www.comitenacional.org.br/files/anexos/08-2013\\_PNEVSCA-2013\\_f19r39h.pdf](http://www.comitenacional.org.br/files/anexos/08-2013_PNEVSCA-2013_f19r39h.pdf)>. Acesso em: 23/jun. 14.
- PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Proteção internacional dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SCHILKE, A. L. T. *et al.* “Direitos Humanos e Infância: questões Contemporâneas para a Educação das Crianças”. In: *Anais 14º Congresso de Leitura do Brasil*. UNICAMP – 22 a 25 de julho de 2003.

STEINER, H. J. & ALSTON, P. *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Principais tratados e declarações relativas aos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>.

III Congresso Mundial de Enfrentamento da Violência Sexual de Crianças e Adolescentes. Declaração do Rio de Janeiro e Chamada para Ação para Prevenir e Eliminar a Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes. Disponível em: <[http://www.crpssp.org.br/portal/comunicacao/diversos/mini\\_cd/pdfs/declaracao\\_rj.pdf](http://www.crpssp.org.br/portal/comunicacao/diversos/mini_cd/pdfs/declaracao_rj.pdf)>. Acesso em: 10.jun. 14.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 182 sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/sites/all/ipecc/normas/conv182.php>>. Acesso em: 10.mai. 14.

---

Recebido em: 28/10/2013

Aprovado em: 29/11/2013

# TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE

## ENVIRONMENTAL TAXATION AND SUSTAINABILITY

.....  
Vânia Senegalia Morete<sup>1</sup>

### Sumário

Introdução. 1 Economia e Meio Ambiente: relação entre os artigos 170 e 225 da Constituição Federal. 2 Princípio Norteador da Proteção Ambiental via Sistema Econômico e Tributário: desenvolvimento sustentável. 3 Tributação Ambiental: conceito e objetivos. 3.1 Tributação Ambiental e seu Caráter Não Sancionatório. Conclusão. Referências.

### Summary

Introduction. 1 Economics and the Environment: relationship between Articles 170 and 225 of the Federal Constitution. 2 Guiding principle of Environmental Protection via Economic and Tax System: sustainable development. 3 Environmental Taxation: concept and goals. 3.1 Environmental Taxation and its character not punitive. Conclusion. References.

### Resumo

O presente estudo visa estabelecer, inicialmente, uma relação entre os artigos 170 e 225 da Constituição Federal, os quais elencam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como garantia fundamental do indivíduo e como princípio a ser respeitado pela ordem econômica e financeira. Nesse contexto, surge o conceito do desenvolvimento sustentável como norteador da proteção ambiental via sistema econômico e tributário. Ao final, apresenta-se a tributação ambiental como instrumento capaz de gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos ambientais (fiscalidade), bem como direcionar a postura dos contribuintes à

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito Econômico pela Universidade de Marília. Professora da Universidade Norte do Paraná. Advogada do Escritório Spagolla & Morete Assessoria Jurídica Empresarial.

preservação do meio ambiente (extrafiscalidade). O emprego das espécies tributárias em busca da defesa ambiental representa importante papel na efetivação da sustentabilidade, uma vez que através dessa intervenção o poder público estimula os agentes econômicos a adotarem o uso adequado dos recursos naturais no exercício de suas atividades, compatibilizando desenvolvimento econômico e proteção ambiental.

Palavras-chave: desenvolvimento econômico; sustentabilidade; tributação ambiental.

### **Abstract**

This study initially aims to establish a relationship between Articles 170 and 225 of the Federal Constitution, which lists the right to an ecologically balanced environment as a fundamental guarantee of the individual and as a principle to be respected by the economic and financial order. In this context, arises the concept of sustainable development as a guide for environmental protection through economic and tax system. At the end, it presents environmental taxation as an instrument to provide necessary resources to public environmental services (taxation) as well as direct contributors to environmental preservation (extrafiscality). The use of tax species in search of environmental protection plays an important role in the achievement of sustainability, since this intervention by the government stimulates economic agents to use appropriately natural resources in the exercise of their activities, harmonizing economic development and environmental protection.

Keywords: economic development, sustainability, environmental taxation.

## **Introdução**

Nas últimas décadas, a população tem sentido os efeitos da degradação ambiental gerada pelo desenvolvimento desenfreado e pelo uso inadequado dos recursos naturais. A visão antropocêntrica ainda dominante, que coloca o ser humano como o elemento central e a natureza a serviço exclusivo de suas necessidades, tem acarretado prejuízos imensuráveis ao meio ambiente e, via de consequência, à sociedade mundial.

Embora existam leis e programas de conscientização ambiental, o que se percebe é que apenas o poder público não consegue estancar os efeitos

da degradação e implementar políticas públicas de prevenção e recuperação ambiental. É necessário que toda a sociedade esteja envolvida nas ações em prol do meio ambiente, possibilitando uma vida saudável para esta geração e as futuras.

Nesse diapasão, tem-se que um forte aliado para o poder público em busca da proteção ambiental é o setor empresarial, o qual figura como um dos maiores poluidores em razão da alta produtividade e dos processos de industrialização. Contudo, faltam incentivos e benefícios para que os agentes econômicos deixem de usar os recursos naturais de forma predatória, optando pela sustentabilidade.

É justamente nesse momento que surge o Direito Tributário como forma de orientação da conduta da sociedade em geral. A criação de incentivos fiscais para os empreendimentos que utilizam a política de uso sustentável dos recursos naturais nos seus processos de produção estimula os empresários a adotar a postura de defesa ambiental como forma de economia na carga tributária a ser suportada e de adequação às necessidades mundiais de preservação e mercadológicas.

A utilização desses benefícios fiscais em relação às espécies tributárias já existentes pode, ainda, ser reforçada pela captação de recursos que financiem as ações de prevenção e restabelecimento do ambiente degradado.

O objetivo deste artigo é demonstrar que a utilização do Sistema Tributário Nacional como forma de efetivar os valores constitucionais ambientais torna-se altamente positiva, levando-se em consideração as infinitas possibilidades de se adaptar os tributos já previstos à finalidade de defesa do meio ambiente e a contemplação de princípios de proteção ambiental.

A elaboração do presente estudo fundamenta-se na doutrina e jurisprudência do ordenamento jurídico pátrio com o intuito de estruturar a pesquisa em bases sólidas e adequadas à importância do assunto tratado. A metodologia empregada para seu desenvolvimento será dedutiva e histórica, partindo-se de conceitos já estruturados e pacificados para se chegar à essência da tributação ambientalmente orientada.

## **1 Economia e meio ambiente: relação entre os Artigos 170 e 225 da *Constituição Federal***

Para que se possa averiguar com maior profundidade a relação entre a economia e o meio ambiente, é preciso que se analise a previsão constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma garantia fundamental do indivíduo, realizada no artigo 225 da *Constituição Federal*.

A sociedade atual convive com a insegurança da imprevisibilidade das questões ecológicas decorrente das ameaças causadas pelo desenvolvimento a

qualquer custo, sem qualquer respeito à esgotabilidade dos recursos naturais. Trata-se da sociedade de risco, em que a produção de riquezas acarreta a produção de perigos, cuja dimensão ainda é desconhecida por todos.

Vive-se hodiernamente um estado de crise ambiental caracterizado pela exaustão dos modelos de desenvolvimento econômico e industrial levados a efeito, que não se pautaram pelo compromisso de proporcionar bem-estar a toda coletividade. Apesar dos benefícios trazidos pelos avanços tecnológicos, esse progresso provocou, paralelamente, uma exacerbada e irreversível destruição da natureza. (SEBASTIÃO, 2007, p. 178)

É exatamente em virtude da proporção da crise ambiental estabelecida que os países, cada qual atendendo às expectativas e anseios de suas realidades, passaram a tornar mais rigorosas as previsões legislativas acerca da proteção do meio ambiente e da utilização de seus recursos para a geração de riquezas como condição essencial para a manutenção do bem-estar da população.

Nessa toada, o legislador pátrio, ao elaborar a *Constituição Federal* de 1988, acertadamente amplia a tutela aos recursos ambientais mediante previsões de posturas e condutas de caráter preventivo e reparatório, sempre com vistas à defesa dos direitos fundamentais da sociedade e a seu livre desenvolvimento. O referido diploma legal inova ao trazer um capítulo específico para a proteção do meio ambiente, qual seja o capítulo VI, dada a relevância do bem jurídico tutelado e a preocupação mundial em torno do assunto.

Sobre essa constitucionalização do meio ambiente, salienta Antonio Herman Benjamim:

Firma-se também uma nova postura (=nova ética), através da qual a fria avaliação econômica dos recursos ambientais perde sua primazia exclusivista e individualista, uma vez que precisa ser, sempre, contrabalançada com a saúde dos cidadãos, as expectativas das futuras gerações, a manutenção das funções ecológicas, os efeitos a longo prazo da exploração. Muitos países, entre eles o Brasil, já ambientalizaram suas constituições. A nossa constituição, em matéria de meio ambiente, situa-se em posição pioneira, dotada que está de um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo. (2002, p. 101)

O artigo inaugural da proteção ambiental previsto pela *Constituição Federal*, qual seja o 225, em sua primeira parte, prevê o meio ambiente como um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Isso significa que a titularidade do bem ambiental pertence à sociedade como um todo e que,

apesar de não estar previsto no título referente aos direitos individuais e coletivos, não deixa de possuir o conteúdo de um direito fundamental, inerente à existência digna dos cidadãos.

O fato de se prescrever o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um patrimônio coletivo conduz à conclusão de que sua manutenção é essencial ao desenvolvimento de cada pessoa, na sua extrema individualidade, bem como à realização da sociedade como comunidade, voltada à consecução de um único objetivo: o bem-estar comum.

Coroando esse entendimento, José Rubens Morato Leite considera o bem ambiental “[...] essencial à sadia qualidade de vida e, portanto, um bem pertencente à coletividade. Nestes termos, conclui-se que o bem ambiental é um bem de interesse público, afeto à coletividade, entretanto, a título autônomo e como disciplina autônoma.” (2003, p. 83-84)

A determinação legal ora estudada ainda prevê que é dever do poder público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente para a geração presente e as futuras. Percebe-se claramente o sentido de cooperação que o legislador constituinte pretende estabelecer, de forma que as normas criadas para a proteção ambiental e as políticas públicas implementadas viabilizem a colaboração e participação direta da sociedade nas decisões.

É também nessa segunda parte do artigo que se percebe o caráter do direito ambiental, na medida em que não se pretende apenas proteger o direito fundamental da geração presente, mas também de uma geração que ainda está por vir. A ideia central é preservar o patrimônio natural hoje, principalmente levando-se em conta sua esgotabilidade, para que as gerações futuras possam ter o devido acesso a ele.

Esta intergeracionalidade, inédita até então, requer uma postura intervencionista do Estado capaz de gerar, além de medidas que busquem resultados imediatos, voltadas para o presente e que envolvam o uso racional e adequado dos recursos naturais, um planejamento de atividades realizado com o intuito de garantir os interesses e o bem-estar das gerações seguintes.

Fernando Magalhães Modé afirma que:

O tratamento das questões ambientais transcende a análise das necessidades individuais. Num contexto em que se compreende o desenvolvimento sustentável, tal transcendência ocorre também não apenas entre indivíduo e coletividade, mas entre coletividades. [...] está-se colocando como impositiva a equivalência entre as capacidades de desenvolvimento da geração presente, e das gera-

ções futuras, que, por serem futuras, não se encontram presentes (dado o distanciamento temporal) para discutir suas necessidades e torná-las efetivas, tornando indispensável a presença do Estado como mediador desse processo. (2004, p. 46)

Em um terceiro momento, o artigo mencionado prescreve normas impositivas de conduta destinadas a assegurar a efetividade do direito previsto e que ressaltam o dever de o Estado desenvolver políticas públicas voltadas à compatibilização do desenvolvimento econômico e do equilíbrio ambiental. Nos parágrafos e incisos do artigo 225, são prescritas ações específicas a serem desenvolvidas pelo poder público, sempre em busca da melhoria da qualidade de vida da população.

Essas obrigações imputadas ao poder público compreendem, basicamente, a proteção e manutenção dos ecossistemas mediante a adoção de programas governamentais de suporte e restauração, visando à garantia de sua integridade, o uso sustentável dos recursos naturais a ser alcançado pelo ajuste de medidas que organizem a necessária exploração com o aumento da produção econômica e da riqueza social, a fixação de medidas preventivas e compensatórias, além da responsabilização daqueles que causarem qualquer tipo de degradação.

Visto o conteúdo do artigo 225, permite-se constatar que o artigo 170 da *Constituição Federal*, principalmente no que se refere aos fundamentos, objetivos e princípios da ordem econômica e financeira, está diretamente relacionado à política ambiental prevista na *Constituição Federal*.

A ordem econômica não pode estar desvinculada dos preceitos de proteção ao meio ambiente em razão do fator inerente a qualquer atividade produtiva: o fator natureza. A relação é simples: não há atividade econômica sem influência no meio ambiente, e a manutenção dos recursos naturais é essencial à continuidade da atividade econômica e à qualidade de vida da sociedade.

Não se pode negar que a natureza atua como um recurso, ou melhor, como um elemento de produção, como um objeto de apropriação humana, quando se considera a inevitável necessidade de expansão produtiva da atividade econômica. É justamente nesse sentido que opera a economia ambiental: observando a natureza como fonte de reprodução econômica e focalizando seu papel ora como fornecedora de matéria-prima, ora como receptora de materiais danosos. (DERANI, 2007, p. 75)

Nesse contexto, torna-se difícil conquistar uma política econômica de sucesso sem que se promova a proteção dos recursos naturais. A ideia de desenvolvimento econômico apresenta como objetivo o bem-estar da sociedade,

intuito que somente pode ser atingido em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, onde os recursos naturais, indispensáveis como fator de produção da economia, sejam tratados de forma racional.

Sobre o assunto ora comentado, esclarece Fábio Nusdeo:

A economia parte da dominação e transformação da natureza e é por isto que depende da disponibilidade dos recursos naturais. Esta dominação/transformação está direcionada à obtenção de valor, que se materializa em forma de dinheiro, riqueza criada. Como equilibrar riqueza coletiva existente e esgotável com riqueza individual e criável é a grande questão para a conciliação entre economia e ecologia. Não há verdadeiro progresso com deterioração da qualidade de vida, e será ilusório qualquer desenvolvimento à custa da degradação ecológica. (1975, p. 94)

Essa relação estreita entre a economia e o meio ambiente é mais bem visualizada quando o legislador constituinte elenca a existência digna como finalidade da ordem econômica e financeira, quando estabelece que a proteção ambiental deve ser observada como um dos princípios basilares para que essa finalidade seja alcançada, e ainda quando vincula o meio ambiente saudável à qualidade de vida da população.

Partindo-se desses conceitos, é inviável considerar uma vida com dignidade e com qualidade em um ambiente totalmente degradado, sem qualquer condição de sustentabilidade, assim como é inimaginável a busca por desenvolvimento econômico à custa do sacrifício dos recursos naturais e de direitos previstos como fundamentais a toda sociedade.

Diante disso, conclui-se que a finalidade do direito econômico e do direito ambiental é a mesma: qualidade de vida conforme os parâmetros de existência com dignidade. A partir dessas previsões, contidas nos artigos 170 e 225 da *Constituição Federal*, a Lei Maior integra a ordem econômica e ambiental, atribuindo-lhes as mesmas preocupações.

Sobre o objetivo comum acima relacionado, Cristiane Derani argumenta:

Qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental. Tal implica que nem pode ser entendida como apenas o conjunto de bens e comodidades materiais, nem como a tradução do ideal da volta à natureza, expressando uma reação

e indiscriminado despreza a toda elaboração técnica e espiritual. Portanto, qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta estes dois aspectos concomitantemente: o do nível de vida material e o do bem-estar físico e espiritual. (2007, p. 81)

Esse objetivo comum, qual seja a qualidade de vida, que une o processo econômico e a política ambiental, afasta a visão incorreta e simplista de que as normas de proteção ao meio ambiente operam como verdadeiros obstáculos, cujo intuito é obstruir os avanços da economia. A partir dessa ótica, tais normas buscam a compatibilidade dos procedimentos econômicos e da crescente exigência de proteção dos recursos naturais como condição essencial para que se continuem os processos produtivos.

A qualidade de vida almejada pela ordem econômica e pela ordem ambiental é a mesma, só que vista de ângulos diversos, que se complementam e não se contradizem. A primeira estabelece como pressuposto para o bem-estar coletivo a satisfação das necessidades ilimitadas do ser humano baseada em recursos escassos, enquanto a segunda busca preservar esses recursos para que a geração presente e as futuras possam gozar de um meio ambiente saudável.

Considera-se, portanto, a existência de uma economia ambiental, resultado da interpretação sistêmica das normas constitucionais, cuja preocupação central é analisar o uso de recursos esgotáveis como fontes de produção econômica e os efeitos negativos que podem surgir da interferência humana na natureza e na economia. Em busca da qualidade de vida da população, pretende-se equacionar o problema da escassez dos recursos naturais e da manutenção dos processos produtivos.

A internalização dos custos ambientais apresenta-se também como objetivo dessa economia ambiental, uma vez que as externalidades negativas geradas pela conduta dos agentes econômicos não podem ser convertidas em prejuízos e custos sociais a serem suportados por toda a coletividade. Devem ser consideradas ônus de responsabilidade dos próprios empreendedores.

Vale ressaltar que se pode verificar dois enfoques da economia ambiental: um instrumental e outro estrutural. Sob a ótica instrumental, tem-se uma composição de normas que apontam para a indústria da proteção ambiental, com uso de tecnologias limpas e que causem a menor agressão possível aos recursos naturais; sob o ponto de vista estrutural, tem-se a determinação de políticas ambientais necessárias à manutenção dos recursos para a continuidade da atividade produtiva. (DERANI, 2007, p. 89)

Seja por meio da implementação de políticas públicas ou por intermédio da imposição de normas coercitivas, a atuação estatal representa importante papel na efetivação da economia ambiental, devendo buscar orientar uma produção econômica comprometida com o bem-estar geral, em que é vital a previsão de medidas de proteção ambiental. Por outro lado, a sociedade deve criar uma consciência ecológica e de cooperação, já que todas essas ações refletirão em sua qualidade de vida.

Dessa forma, para que os objetivos concretos da economia ambiental sejam efetivados, são necessárias algumas posturas que implicam ação social e estatal. Em primeiro lugar, é necessário que as práticas econômicas levem em consideração a integridade do meio ambiente de onde são retirados seus fatores de produção, de forma que os eventuais danos sejam sempre passíveis de restauração, ou seja, deve restar atestada a possibilidade de recuperação do meio ambiente afetado.

Além disso, é indispensável que seja realizada uma avaliação, levando-se em consideração o sistema capitalista, dos custos e impactos ambientais e dos benefícios sociais que determinada atividade pode gerar. É óbvio que a lucratividade da empresa não pode ser obstada por questões ecológicas, mas, por outro lado, não se pode admitir que o sucesso de um empreendimento seja alcançado às custas da degradação ambiental e, conseqüentemente, do desrespeito a direitos fundamentais.

A economia ambiental pretende, portanto, analisar e tutelar as relações do homem com a natureza e do homem com os processos produtivos. Para tanto, são necessárias políticas públicas que unam o direito ambiental e o econômico, assim como o fez o legislador constitucional ao traçar o objetivo comum da qualidade de vida à população, considerando um desenvolvimento econômico a partir do uso adequado dos recursos naturais.

Essas políticas públicas ambientais são consideradas como um conjunto de instrumentos à disposição do Estado para reduzir o consumo de bens e serviços causadores de degradação ao meio ambiente, incentivando condutas que contemplem uma economia ambientalmente correta.

Dessa forma, após a análise dos fatores econômicos previstos constitucionalmente e de sua relação com a questão ambiental, cumpre observar qual é o princípio fundamental apto a nortear a aplicabilidade prática e conjunta desses dois setores.

## **2 Princípio norteador da proteção ambiental via sistema econômico e tributário: desenvolvimento sustentável**

As normas jurídicas podem ser formadas por princípios e regras. As regras são comandos normativos objetivos que preveem uma situação fática e juridicamente possível, controlando e determinando o agir de uma sociedade. Elas são de aplicabilidade imediata e seus mandamentos são exigidos como forma de se estabelecer o que a ordem jurídica considera adequado.

Tarefa mais difícil é a conceituação de princípios, já que possuem um determinado grau de subjetividade e abstração, pois envolvem valores que variam conforme a época e a evolução da sociedade na qual se pretende sua inserção. Os princípios possuem conteúdo aberto e sua concretização depende do trabalho dos aplicadores do direito. A real dimensão e o alcance deles só são plenamente possíveis de se determinar ao ser invocada sua aplicação em um determinado contexto.

Os princípios buscam a adequação do real sentido da norma ao fato concreto, ressaltando os valores intrínsecos presentes nos mandamentos e que melhor se amoldam àquela realidade. As regras, por serem portadoras de comandos impositivos, proibitivos ou permissivos, não possuem essa margem de interpretação axiológica, cabendo ao intérprete apenas a verificação de sua violação ou não.

Nesse sentido, assevera José Joaquim Gomes Canotilho:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida [...] (2003, p. 1146)

Dessa forma, princípios são núcleos informadores e orientadores das regras que irão positivar e consagrar conteúdos axiológicos considerados fundamentais para o desenvolvimento social e econômico da sociedade e o bem-estar comum.

Analisada a diferença entre regras e princípios, ambos como espécies do gênero norma, passa-se agora à análise do princípio do desenvolvimento sustentável propriamente dito, que fundamenta a proteção ambiental via sistema econômico e tributário e se apresenta como essencial às políticas públicas efetivadoras do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Existem vários outros princípios ambientais, como o poluidor-pagador, prevenção, precaução, direito humano fundamental, ubiquidade. No entanto, ao tratar-se de empreendimentos econômicos e da possibilidade de se tornar a ideia de defesa do meio ambiente mais atrativa aos agentes econômicos, a sustentabilidade figura como instrumento principal.

A existência do ser humano depende do meio ambiente e do que ele lhe oferece, o que permite concluir que a defesa deste é a defesa da própria sobrevivência da sociedade enquanto parte integrante da natureza. No entanto, a harmonia que deve existir na relação entre o homem e a natureza tem sido colocada em cheque em razão do desenvolvimento econômico desenfreado e da busca incessante e descontrolada pelo lucro, sem que se respeite a esgotabilidade dos recursos naturais.

Para explicar melhor o desvirtuamento da relação homem-natureza, convém ressaltar que a percepção humana constata a natureza em um duplo sentido: como fator de produção econômica; e como fator apto a propiciar uma melhoria na qualidade de vida da população. Atualmente, a utilização da natureza como fonte de produção da atividade econômica é colocada em conflito direto com sua apreensão para a obtenção do bem-estar. Essa situação instala um debate que coloca a proteção ambiental e a economia como ideias opostas e contraditórias, impossíveis de coexistir.

Foi justamente em busca do ajuste dessa relação, ou seja, em busca de um ponto de equilíbrio e de uma forma de compatibilização permanente entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente que foi implementada a ideia de desenvolvimento sustentável.

Durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1972, o referido princípio surgiu como resposta à degradação ambiental causada pelos processos de crescimento econômico às custas da escassez progressiva dos recursos ambientais.

A partir de então, considera-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias ao fato de que os recursos naturais não são inesgotáveis e que deles depende a vida humana. O conteúdo do princípio reflete exatamente a manutenção das bases vitais da produção do homem e da satisfação das suas necessidades sem que isso represente a exploração predatória da natureza, garantindo uma relação de coerência e respeito. garantindo uma relação necessariamente humana. que os recursos naturais nara a doç concilie interesses econm como novos conceitos de n

A *Constituição Federal*, no artigo 170, também prevê o desenvolvimento sustentável na medida em que consagra o princípio de defesa do meio ambiente

como ponto de orientação da ordem econômica e financeira. Com essa previsão, tem-se que o desenvolvimento econômico, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, não é legítimo caso se ignore a proteção ambiental.

O principal objetivo do desenvolvimento sustentável é superar a falácia de que o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental estão em polos diversos, de forma que um se torne empecilho para a realização do outro. A defesa do meio ambiente e a exploração dos recursos naturais pode e deve coexistir; afinal, é justamente desses recursos que o homem retira toda a sua sobrevivência.

Sobre a coexistência harmônica necessária entre a economia e o meio ambiente como objetivo precípuo do desenvolvimento sustentável, Cristiane Derani salienta:

Quando se usa a expressão desenvolvimento sustentável, tem-se em mente a expansão da atividade econômica vinculada a uma sustentabilidade tanto econômica quanto ecológica [...] Desenvolvimento sustentável implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que devem ser ajustadas numa correlação de valores onde o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico. (2007, p. 132)

Dessa forma, é impossível considerar que exista uma antinomia entre o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente. Ao contrário, eles são complementares, uma vez que não existe desenvolvimento se os recursos naturais não estiverem preservados, à disposição do ser humano como fator de produção de riquezas; e o meio ambiente equilibrado é um dos pressupostos para que a qualidade de vida seja alcançada.

O princípio do desenvolvimento sustentável aponta, ainda, para outro aspecto importante: deve-se assegurar a satisfação das necessidades da presente geração sem que se comprometa a capacidade das gerações futuras de acesso aos recursos naturais. A presente geração tem o dever de deixar para as futuras gerações um meio ambiente de igual ou de melhor qualidade do que aquele que herdou da geração anterior. (AMARAL, 2007, p. 33)

Não se pretende estancar ou anular o desenvolvimento e a satisfação das necessidades das gerações presentes, mas fazer com que ocorram sem que as gerações futuras tenham prejudicado o direito de acesso ao principal fator de produção da economia. O caráter intergeracional do direito ambiental não permite que se explorem os recursos naturais de forma desenfreada e sem qualquer

respeito a sua capacidade de impactação. Deve-se levar em consideração o direito ao desfrute de um meio ambiente sadio das gerações que ainda estão por vir.

A propósito, José Carlos Barbieri ressalta:

Considerando que o conceito de desenvolvimento sustentável sugere um legado permanente de uma geração a outra, para que todas possam prover suas necessidades, a sustentabilidade, ou seja, a qualidade daquilo que é sustentável, passa a incorporar o significado de manutenção e conservação *ad aeternum* dos recursos naturais. Isso exige avanços científicos e tecnológicos que ampliem permanentemente a capacidade de utilizar, recuperar e conservar esses recursos, bem como novos conceitos de necessidades humanas para avaliar a pressão da sociedade sobre eles. (2000, p. 31)

Dessa forma, o desenvolvimento sustentável consiste em criar um modelo econômico capaz de gerar riqueza e bem-estar enquanto promove a coesão social e impede a destruição do meio ambiente. Esse modelo deve buscar satisfazer as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades. Em outras palavras: sustentabilidade é utilizar recursos naturais sem comprometer sua produção, fazer proveito da natureza sem devastá-la e buscar a melhoria da qualidade de vida.

Insta, ainda, salientar que o princípio do desenvolvimento sustentável estimula a utilização de medidas voltadas à efetivação da proteção ambiental. Essas providências abarcam as responsabilizações previstas em legislação e, principalmente, as intervenções do Estado na ordem econômica como forma de estimular as condutas que prezam pela causa ambientalista e de rechaçar as poluidoras, além de objetivar a captação de recursos para custear projetos que estejam compatíveis com o desenvolvimento e a preservação do meio ambiente.

A forma de intervenção do Estado que mais se ajusta à contemplação do desenvolvimento sustentável é aquela realizada por meio da implementação de políticas públicas ambientais que impliquem na concessão de incentivos. Dessa forma, o Estado consegue induzir o comportamento dos agentes econômicos por meio das vantagens concedidas, à prática de ações que contribuam para o crescimento econômico sem que isso signifique degradação dos recursos naturais.

Ao se mencionar a necessidade latente de políticas públicas que orientem a sociedade a repensar uma forma de desenvolvimento que concilie interesses econômicos e ambientais, não se pode deixar de ressaltar a utilização do Sistema Tributário Nacional. O direcionamento e o uso das espécies tributárias com

finalidades de proteção ambiental desempenham um importante papel, já que são concedidos benefícios fiscais para aqueles que prezam, no exercício de suas atividades econômicas, o uso sustentável e racional da natureza.

É exatamente nesse contexto que se apresenta, no item a seguir, o conceito e os objetivos da denominada tributação ambiental. Influenciada pela sustentabilidade, a utilização do Sistema Tributário Nacional para persuadir os agentes econômicos a preservar o meio ambiente é visualizada como um dos principais meios de se promover a defesa da causa ambientalista.

### **3 Tributação ambiental: conceito e objetivos**

Como instrumento para a arrecadação de recursos e orientação de conduta, o Direito Tributário pode e deve, principalmente com a extrafiscalidade, influir no comportamento dos particulares e dos agentes econômicos incentivando condutas positivas e rechaçando as que são nocivas ao bem comum. São esses parâmetros que justificam sua utilização enquanto elemento apto a promover a proteção ambiental em todos os seus níveis.

Portanto, pode-se afirmar que os tributos atuam como instrumentos da intervenção estatal na economia, assumindo uma postura ambiental quando manipulados para incitar os poluidores a procurar meios de reduzir a degradação e promover a adequação de sua conduta a padrões ambientalmente corretos, além de gerar receitas que permitam financiar medidas de política ambiental.

Indubitavelmente, dentre os meios de prevenção e combate aos prejuízos causados aos recursos naturais, os tributos surgem como instrumentos eficientes para a promoção da defesa do meio ambiente: oneram-se as atividades poluentes, por intermédio do aumento da carga tributária; concedem-se benefícios fiscais a título de premiação e incentivo àquelas empresas que assumam posturas de preservação e proteção ambiental.

É nessa seara que surge a ideia de tributação ambiental no ordenamento brasileiro, conceituada como o emprego dos instrumentos tributários existentes para gerar recursos necessários à prestação de serviços públicos ambientais, bem como para direcionar a postura dos contribuintes à preservação do ambiente, que se mostra essencial à qualidade de vida.

Tributar ambientalmente consiste em desestimular condutas que causem danos ao meio ambiente e em encorajar atitudes que promovam a postura preservacionista pela concessão de benefícios fiscais, fixação de alíquotas progressivas e seletivas e, ainda, da redução das bases de cálculo de determinado tributo. Nesse sentido, José Marcos Domingues de Oliveira esclarece:

Sem dúvida, entre os meios de prevenção e combate à poluição, o tributo surge como instrumento eficiente tanto para proporcionar ao Estado recursos para agir (tributação fiscal), como fundamentalmente para estimular condutas não poluidoras e desestimular as poluidoras (tributação extrafiscal) [...] assim, o Estado reconhece o esforço do cidadão em cumprir a lei, e não apenas castiga o recalcitrante; tributa-se menos – a título de prêmio – quem não polui ou polui relativamente pouco. (2007, p. 38-39)

Entretanto, a conceituação de tributação ambiental não se apresenta na doutrina como assunto tão pacífico. Existem muitas divergências acerca de sua definição, já que alguns entendem que é a hipótese de incidência que atribui o caráter ambiental do tributo; outros acreditam que é a finalidade da espécie tributária; e outros, ainda, defendem que seria apenas uma definição terminológica.

Aqueles que definem os tributos ambientais em razão de sua hipótese de incidência acreditam que seu fato gerador está relacionado com a proteção do meio ambiente. (ROSEMBUJ *apud* AMARAL, 2007, p. 204) Com todo respeito a essa parcela da doutrina, deve-se mencionar que vários tributos que não tenham essencialmente como mola propulsora para sua cobrança a utilização do meio ambiente, podem, de maneira indireta, e muitas vezes até mais eficaz, proteger o meio ambiente.

Existe ainda a teoria de que é a finalidade do tributo que determina seu conteúdo ambiental. Nesse sentido, quando o objetivo da espécie tributária é a proteção do meio ambiente, ela pode ser classificada como ambiental. (VASCO *apud* AMARAL, 2007, p. 204) Também se fazem críticas a esse entendimento, uma vez que muitos tributos são criados para determinados fins que não são efetivamente perseguidos e nem de longe alcançados. Muitas vezes atribui-se a um tributo uma roupagem que lhe dê maior aceitação social, mas que, em seu conteúdo, busca por interesses diversos do que aquele que foi declarado.

Logo, permite-se afirmar que não é a hipótese de incidência ou a finalidade que identifica a natureza ambiental de um tributo, mas sim a destinação de sua receita para a proteção do meio ambiente ou a estruturação de seus elementos, que contribui de alguma forma para essa tutela, como, por exemplo, o emprego dos recursos obtidos para prevenir ou reparar danos; estímulo a serviços e produtos não prejudiciais; alíquotas seletivas e progressivas em razão do seu viés ambiental. (AMARAL, 2007, p. 204)

A tributação ambiental significa o direcionamento das espécies tributárias existentes para a proteção do meio ambiente. Com os estímulos e benefícios fiscais, pode-se tornar a conduta ambientalmente correta mais vantajosa ao contribuinte, estimulando-o a adotar meios de produção que não sejam prejudiciais ou que prejudiquem menos os recursos ambientais. Além do mais, pode-se orientar a receita obtida utilizando a arrecadação como forma de patrocínio à prestação de serviços públicos ambientais.

Essa preocupação com a questão da implementação de uma política de tributação ambiental, no contexto mundial, restou demonstrada durante a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – ECO-92, momento em que, ao término dos trabalhos, elaborou-se uma declaração segundo a qual um tributo ambiental eficiente deve obedecer a quatro critérios:

- eficiência ambiental: a imposição tributária deve conduzir a resultados positivos do ponto de vista ambiental, seja pela instituição de tributo assim orientado ou imprimindo-se a tributo já existente esse caráter;
  - eficiência econômica: o tributo deve possuir baixo impacto econômico, embora promova a geração de recursos ambientais e/ou a orientação do comportamento do contribuinte para a adoção de uma conduta ecologicamente correta;
  - administração barata e simples: a exigência do tributo não deve onerar a máquina administrativa, sob pena de se criar mais gastos para o poder público ao invés da captação de recursos e maiores dificuldades na fiscalização destes;
  - ausência de efeitos nocivos ao comércio e à competitividade internacionais: os tributos não podem repercutir negativamente sobre a economia, prejudicando a livre iniciativa e a livre concorrência tanto no âmbito nacional quanto internacional.
- (COSTA In: TORRES, 2005, p. 315-316)

Também a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE –, cujo objetivo primordial é auxiliar o desenvolvimento econômico e social no mundo estimulando investimentos nos países em desenvolvimento, tem se manifestado positivamente acerca da implementação da tributação ambiental, que já é largamente aplicada nos Estados que a compõem.

Considera a OCDE que direcionar o Sistema Tributário para a preservação ambiental é perfeitamente possível e adequado. Pode-se, assim, induzir mais vigorosamente a inovação tecnológica antipoluição, porque os poluidores são incitados a procurar meios para reduzir a degradação além do que exige a legislação em vigor, e, por outro lado, os tributos podem gerar receitas que permitam o financiamento das medidas de política ambiental ou de outras despesas públicas.

Ainda segundo a OCDE, a tributação ambiental deve estar assentada em dois fundamentos: primeiramente, os tributos devem ser empregados como forma de correção das externalidades negativas, agregando ao custo da atividade econômica os danos gerados no processo produtivo; em segundo lugar, devem induzir comportamentos no sujeito passivo que sejam menos prejudiciais ao meio ambiente, de forma que este busque formas ecologicamente adequadas para o desenvolvimento de suas atividades.

Sem sombra de dúvida, os fundamentos citados vão ao encontro do que tem sido abordado até o presente momento, de forma que a tributação ambiental deve se pautar pelo restabelecimento dos efeitos negativos ao meio ambiente gerados pelo exercício das atividades econômicas e injustamente imputados a todos, além de tornar as ações ambientalmente sadias mais atrativas aos empreendedores.

Várias são, portanto, as vantagens que podem ser listadas e que serão, a seguir, analisadas quando se utiliza a tributação ambiental. Entre elas, pode-se citar a flexibilidade, o incentivo permanente, a aplicação dos princípios ambientais e a socialização da responsabilidade sobre a preservação do meio ambiente a um menor custo para a sociedade. (MODÉ, 2004, p. 96)

Trata-se a flexibilidade como uma vantagem, já que os agentes poluidores permanecem livres para se adaptarem da maneira que melhor lhes convier ao padrão definido pelo poder público, podendo diminuir os impactos causados pelas suas atividades por meio do comportamento que lhes parecer mais conveniente. O caminho para que a poluição seja minimizada é escolhido pelo agente econômico, sempre incentivado pela política tributária.

Sendo assim, quando o empreendimento alcança o resultado considerado adequado pela política estatal, o agente tem acesso aos benefícios fiscais previstos seja porque ele reduziu a produção de resíduos, seja porque incrementou tecnologicamente sua produção, adotando substâncias menos contaminadoras, seja porque aplica a sustentabilidade na transformação de sua matéria-prima, entre outros comportamentos capazes de promover a tutela ambiental.

Além da flexibilidade, tais estímulos fiscais funcionam como incentivos permanentes para a redução da degradação aos níveis aceitos pela legislação. Isso porque permitem um planejamento do empreendedor na conquista de novas técnicas e métodos de produção que lhe permitam uma redução na carga tributária suportada.

Essa tributação também efetiva princípios ambientais, principalmente o da sustentabilidade, uma vez que com essa intervenção, o poder público estimula os agentes econômicos a adotar o uso adequado dos recursos naturais como base de sua atividade, compatibilizando desenvolvimento econômico e preservação ambiental.

Nesse contexto, os empreendedores são incentivados a utilizar a natureza de acordo com sua capacidade de impactação, assumindo posturas ambientalmente corretas. As ações não devem ocorrer às custas da escassez dos recursos naturais, mas sim com o intuito de contemplar sua manutenção para que as gerações futuras também possam se valer deles.

Além do desenvolvimento sustentável, a ideia de prevenção também é contemplada, uma vez que os contribuintes são orientados a manter comportamentos compatíveis com o equilíbrio do meio ambiente. Se os sujeitos passivos se absterem da prática de atos danosos conduzidos por uma política tributária incentivadora, evitar-se-á a ocorrência de prejuízos ambientais e/ou suas consequências serão minimizadas.

Outro princípio que ganha aplicabilidade em face da tributação ambiental é o do poluidor pagador. Adota-se, aqui, a ideia de internalização dos custos ambientais, já que se estipula uma carga tributária maior sobre os agentes econômicos que mais contribuem para o desequilíbrio ambiental. Permite-se uma distribuição mais justa dos encargos ambientais decorrentes do exercício da atividade, atenuando, ou até eliminando o impacto das externalidades negativas produzidas e gerando receita ao Estado.

Nessa toada, Fernando Magalhães Modé assevera:

O poluidor deverá suportar integralmente os custos de sua atuação ambientalmente indesejada. Ao Estado é dada a função de garantir que tal processo seja realizado. O Estado, para dar cumprimento a tal tarefa, vale-se de um instrumento de intervenção na economia denominado tributo [...] A tributação ambiental, por intermédio da internalização dos custos ambientais, busca a correção das distorções de mercado, que, pela dinâmica exposta pelas externalidades negati-

vas, proporciona ao agente econômico poluidor uma subvenção de toda sociedade aos custos por ele gerados. (2004, p. 115)

Ao lado das vantagens geradas pela tributação ambiental e frente a tudo que foi exposto, pode-se, ainda, determinar claramente seus objetivos: minimizar os danos ambientais; influenciar a conduta dos sujeitos passivos, de modo a reduzir suas atividades poluidoras por meio da criação de incentivos; e financiar o custo ambiental gerado pela arrecadação procedida.

Vale ressaltar, ainda, que essa tributação ambiental não necessariamente implica a criação de novos tributos. Pode-se simplesmente adaptar os tributos já existentes à finalidade preservacionista, em que o poluidor é levado a não poluir, ou a poluir menos, para não ser tributado ou ter sua carga tributária majorada (progressividade e diferenciação de alíquotas), e o não poluidor é beneficiado com incentivos fiscais (isenções e deduções). Trata-se do poder dissuasório da tributação em face das atividades indesejáveis e do poder de estímulo às condutas que contemplem o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Como já mencionado, os tributos atualmente vigentes no ordenamento podem funcionar como meio de orientação da conduta dos contribuintes, de modo que suas ações se realizem sempre de maneira menos custosa ao meio ambiente. Não prevê aos agentes uma alternativa entre a atitude legal e ilegal, mas a escolha entre o que lhe parece mais ou menos vantajoso. Resta ao sujeito passivo, entre as possibilidades a ele apresentadas, optar por aquela que seja a economicamente menos onerosa.

Dessa forma, considera-se a tributação ambiental como um dos instrumentos mais adequados ao objetivo da proteção ambiental, induzindo os agentes econômicos à adoção de comportamentos ecologicamente mais benéficos.

### **3.1 Tributação ambiental e o seu caráter não sancionatório**

Uma das maiores críticas apresentadas em relação à utilização dos tributos com a finalidade de promover a defesa do meio ambiente consiste na suposta relação estabelecida entre a imposição tributária e o caráter sancionatório que esta poderia representar, já que a postura poluidora é algo repellido pelas normas ambientais.

Em um primeiro momento, a aplicação de um tributo sobre uma conduta poluidora ou sobre um processo produtivo que gera a degradação ambiental pode remeter à ideia de sanção, o que levaria à descaracterização completa do

Sistema Tributário Nacional enquanto instrumento de implementação dos valores ambientais previstos na *Constituição Federal*.

Isso porque o artigo 3º do Código Tributário Nacional menciona que o tributo não pode constituir sanção pela prática de atos ilícitos. Paulo de Barros Carvalho traduz esse caráter não sancionatório dos tributos ao explicar que o diploma legal,

Ao explicitar que a prestação pecuniária não pode constituir sanção de ato ilícito, deixa transparecer, com hialina clareza, que haverá de surgir de um evento lícito e, por via oblíqua, faz alusão ao fato concreto, acontecido segundo o modelo da hipótese. (2007, p. 24)

Todavia, em que pese as críticas tecidas por aqueles que não veem na tributação ambiental um processo legítimo, o sentido sancionatório pretenso, na realidade, não ocorre. Efetivamente, uma prestação pecuniária compulsória que se constitua como punição pela prática de um ato contrário ao ordenamento é multa, e não tributo. E vale dizer: na tributação ambiental não ocorre a aplicação de multas, e sim o direcionamento das espécies tributárias já existentes para a defesa do meio ambiente – seja por meio da fiscalidade ou da extrafiscalidade.

Para a proteção do meio ambiente, o Poder Público tem a sua disposição uma série de elementos que permitem a repressão de ações ilícitas e a orientação da sociedade em busca de comportamentos que não venham causar impacto ambiental, ou o reduzam ao menor nível possível. Dentre os primeiros instrumentos usualmente empregados, encontram-se as regras de comando e o poder de polícia.

No entanto, as leis impositivas, somente, não têm sido suficientes para promover a conscientização da sociedade no sentido de defender o meio em que se vive. Por essa razão, paralelamente a esse sistema cogente de determinações permissivas e proibitivas, o Direito Tributário apresenta-se como elemento de intervenção do Estado no domínio econômico, possibilitando, mediante políticas de incentivo e de desestímulo, induzir os agentes a comportarem-se de maneira ambientalmente desejável.

Diante disso, verifica-se que a tributação ambiental não se estrutura como mecanismo de comando, estabelecendo condutas permitidas e proibidas, acompanhadas das conseqüentes penalidades àquele que agir em desacordo com os ditames da referida disposição cogente. A tributação ambiental, ao contrário, parte do pressuposto de que todas as atividades econômicas aptas a compor

a hipótese de incidência de um tributo ecológico são lícitas e necessárias ao desenvolvimento da sociedade.

Daí a afirmação de que se tribute a poluição permitida pelo ordenamento jurídico decorrente de empreendimentos indispensáveis à população, incidindo sobre aquilo que realmente é apresentado à sociedade como imprescindível a seu bem-estar e a sua qualidade de vida. As ações poluidoras ilícitas, diferentemente, são disciplinadas pelas normas de conteúdo proibitivo, estas sim acompanhadas das sanções competentes. Nesse sentido, Fernando Magalhães Modé salienta:

Demonstra-se, com isso, que a razão motivadora da tributação ambiental não é a mesma sobre as quais se fundam as sanções. A aplicação da tributação ambiental não tem por objetivo punir o descumprimento de um comando normativo (proibitivo); ao contrário, a partir do reconhecimento de que uma atividade econômica é necessária à sociedade (seja por fornecer produtos indispensáveis à vida social, seja por garantir empregos e renda a determinada comunidade, ou por outra razão qualquer) busca ajustá-la a uma aplicação de realização mais adequada do ponto de vista ambiental, desincentivando (pelo reflexo econômico negativo que impõe) que o comportamento de um determinado agente econômico ou conjunto de agentes se modifique para o que se tenha por ambientalmente correto. (2004, p. 83)

Portanto, o ponto fundamental da tributação ambientalmente orientada é que ela ocorre, necessariamente, no campo dos empreendimentos econômicos lícitos: aqueles que, embora causem danos ao meio ambiente, são admitidos pela legislação em virtude dos outros pontos positivos que deles derivam e que os tornam essenciais à sociedade. Esse argumento, por si só, elimina qualquer hipótese de atribuir à tributação ambiental o caráter de sancionatória.

Corroborando o entendimento exposto, Roberto Ferraz também afirma que a tributação ambiental não representa punição, uma vez que incide somente sobre atividades lícitas:

Portanto, o tributo, característico da democracia, sinal de cidadania e exercício de liberdade, somente se aplica ao âmbito das atividades lícitas, não podendo em nenhum momento ser concebido como sanção de atividade ilícita, como encargo a ser lançado contra atividades econômicas como punição. [...] Seria, portanto, totalmente

impróprio e errado pretender sancionar atividades poluidoras com tributos mais pesados. Quando o objetivo seja sancionar, o instrumento próprio será a proibição sancionada com multa ou outra pena que o sistema jurídico possa indicar, mas nunca o tributo. Isto não significa que não se possa tributar diferenciada e mais pesadamente uma atividade nociva ao meio ambiente, mas não como sanção. [...] uma primeira característica fundamental da tributação ambientalmente orientada é que ela deverá ocorrer, necessariamente, no âmbito das atividades lícitas, como orientadora destas atividades [...]. (FERRAZ In: TORRES, 2005, p. 340-341)

O autor citado ainda fundamenta sua posição exemplificando que se uma fábrica de fertilizantes polui um rio, a tributação ambiental deve acrescentar um custo ao produto, correspondente ao custo que o Estado terá para promover a correção do dano causado, tornando interno um custo que antes era externo. A tendência é incentivar a substituição da atividade poluente por outra economicamente mais interessante, isto é, por outra que não tenha o respectivo custo embutido. (*Ibid idem*, p. 342)

Não se trata, portanto, de punir a empresa cuja atividade é amparada pelo ordenamento jurídico, mas de, admitindo-se sua necessidade ao desenvolvimento socioeconômico, buscar compor o custo ambiental gerado pela atividade com a obtenção de receita destinada a corrigir a agressão ocasionada, ao mesmo tempo em que se induz uma mudança de comportamento em razão do aspecto econômico mais favorável.

Tanto o poder público, pela tributação ambiental, não tem a intenção de estabelecer proibições ou comandos impositivos acompanhados de sanções, quanto a flexibilidade, que se apresenta como uma de suas mais expressivas vantagens, como observado ao se analisar os conceitos dessa modalidade de tributação, seus aspectos positivos e seus principais objetivos.

Tal flexibilidade consiste no fato de que o empreendedor é livre para optar por exercer sua atividade da forma que melhor lhe convier, não sendo ele obrigado a se submeter ao conteúdo ambiental das espécies tributárias. O que a tributação ambiental tenciona é estimulá-lo, e não o coagir a assumir a postura ambientalmente correta, fazendo com que ela lhe pareça mais vantajosa em decorrência dos benefícios que lhe são concedidos. Assim, estimular-se-á a redução da poluição esperada do exercício daquela determinada atividade.

Por assim dizer, enquanto a tributação ambiental garante ao agente econômico uma margem de manobra para a adequação de seu empreendimento

às normas de proteção do meio ambiente, quando, então, estará apto a receber os incentivos decorrentes de sua postura, a regra de comando proibitiva lhe impossibilita qualquer ajuste, revelando seu aspecto de inflexibilidade e rigidez. Quanto às normas impositivas, ou o empreendedor as cumpre, ou estará sujeito às penalizações previstas em seu bojo.

Outro traço distintivo imposto à tributação ambiental e às sanções de atos ilícitos é aquela que ocorre em decorrência das finalidades elencadas pelos princípios de proteção do meio ambiente; entre eles, o do desenvolvimento sustentável, do poluidor pagador e da prevenção.

Isso significa dizer que a tributação ambiental ocorre antes da realização do ato danoso ao meio ambiente, ou de forma a permitir a redução dos prejuízos esperados pela prática de tais ações mediante o caráter extrafiscal incentivador que lhe é atribuído. Já as sanções ocorrem sempre posteriormente à prática do ato ilícito, tendo pouca ou nenhuma atuação preventiva. (MODÉ, 2004, p. 84)

Cumprida ainda destacar que a tributação ambiental também se diferencia da sanção por não constituir, sob pena de invalidade absoluta, no confisco de resultado econômico auferido pelo agente pela conduta que causou a degradação ambiental. Jamais o tributo pode representar confisco dos bens do contribuinte; ao contrário, deve respeitar o mínimo vital, a capacidade econômica do cidadão, além de outros direitos e garantias fundamentais.

Na aplicação da sanção, diferentemente, o conjunto das penas deve eliminar o resultado positivo almejado e conquistado pelo infrator, pouco importando se isso implica confisco dos bens obtidos com a conduta ilícita. Permitir que o resultado da conduta criminosa permaneça em poder do agente é transmitir a falsa ideia de que o crime compensa.

Percebe-se que o conteúdo da tributação ambiental, por todos os motivos expostos, não configura sanção de atos ilícitos praticados pelo contribuinte, mas sim forma de orientação da sociedade para que esta assumam posturas que contemplem os valores ambientais previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, ou ainda a captação de recursos que financiem programas de reabilitação e prevenção de danos causados ao meio ambiente.

## **Considerações finais**

Conforme determinação do artigo 225 da *Constituição Federal*, o meio ambiente é considerado como uma garantia fundamental do indivíduo, essencial à sua qualidade de vida. Dada a importância e a transindividualidade do bem ambiental, ele deve ser preservado por ações do poder público e da sociedade

para que a geração presente e as futuras possam ter o acesso adequado à satisfação de suas necessidades.

Embora existam as determinações legais, constitucionais e infraconstitucionais, que ressaltam a preservação do meio ambiente como condição para a existência humana e o desenvolvimento socioeconômico, o que se presencia é uma disputa injustificada entre os interesses econômicos individuais e os ecológico-sociais. A lucratividade e a conquista de riquezas continuam sendo construídas, muitas vezes, às custas da degradação ambiental.

Para que se tenha um ponto de equilíbrio entre o respeito às liberdades econômicas individuais e o atendimento das necessidades coletivas, faz-se necessário que o Estado, enquanto instituição criada para promover o bem de todos, intervenha e atue como mediador desse processo, impedindo que a realização dos direitos em sua esfera particular obste as garantias sociais previstas constitucionalmente.

Por intermédio de disposições desprovidas de cogência e imperatividade, o Estado intenta seduzir os empreendedores a assumir determinada prática de sustentabilidade, já que esta se apresenta como mais vantajosa em virtude dos benefícios concedidos. Não se trata de comandos, mas sim de mecanismos de indução que mostrem ser a postura considerada socialmente adequada a mais benéfica.

Entre os instrumentos que podem ser elencados para que a intervenção em prol do meio ambiente tenha o sucesso esperado, os tributos se apresentam como um dos mais eficientes. Por meio do Direito Tributário, o Estado pode conceder incentivos fiscais para as atividades que adotam a política de uso sustentável dos recursos naturais e captar verbas que financiem programas de prevenção e restabelecimento do meio ambiente degradado.

A tributação ambiental assenta-se em dois fundamentos: os tributos devem ser empregados como forma de correção das externalidades negativas, agregando ao custo da atividade econômica os danos gerados à sociedade e ao meio ambiente no processo produtivo; deve-se induzir o sujeito passivo ao comportamento menos prejudicial ao meio ambiente, de forma que busque maneiras ecologicamente adequadas para desenvolver seu empreendimento.

Unir Direito Tributário e defesa ambiental torna efetivos os princípios que constituem concepções básicas e elementos de orientação para ações que têm por fim o bem-estar e a qualidade sadia de vida como resultados diretos de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, conclui-se que, por meio do direcionamento das figuras tributárias existentes, o Direito Tributário

constitui uma das formas mais eficientes de se promover a concretização dos valores ambientais constitucionalmente previstos.

Com a implementação da tributação ambiental, visualiza-se que todos os envolvidos serão beneficiados: o Estado, porque conquista importantes aliados na preservação ambiental e poupa recursos que seriam destinados ao restabelecimento de danos; os agentes econômicos, porque têm uma diminuição na carga tributária a ser suportada pelos incentivos concedidos e maiores rendimentos financeiros provenientes de um mercado consumidor que seleciona produtos ambientalmente corretos; e a sociedade, pois tem o direito fundamental ao meio ambiente garantido e, via de consequência, uma melhor qualidade de vida.

## Referências

- ANTUNES, P. de B. *Direito Ambiental*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- AMARAL, P. H. do. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- AMARO, L. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARAÚJO, C. C. *Meio Ambiente e Sistema Tributário: Novas Perspectivas*. São Paulo: SENAC, 2003.
- ATALIBA, G. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Hipótese de Incidência Tributária*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- AYALA, P. de A.; LEITE, J. R. M. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- BALEEIRO, A. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BARBIERI, J. C. *Desenvolvimento e Meio Ambiente: as estratégias de mudanças da Agenda 21*. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.
- BENJAMIM, A. H. “Meio Ambiente e Constituição: uma primeira abordagem”. In: \_\_\_\_\_. *10 Anos da Eco-92: o direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: IMESP, 2002.
- \_\_\_\_\_. *10 anos da ECO-92: o direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: IMESP, 2002.
- BOTTALO, E. “Tributação, Ecologia e Meio Ambiental”. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, nº 78, p. 69-73.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARNEIRO, R. *Direito Ambiental: uma Abordagem Econômica*. São Paulo: Companhia Forense, 2003.
- CARRAZZA, R. A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- COELHO, S. C. N. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1988 (Sistema Tributário)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- COIMBRA, J. de Á. A. *O Outro Lado do Meio Ambiente*. Campinas: Millennium, 2002.
- COSTA, R. H. *Direito Ambiental em Evolução*. Curitiba: Juruá, 1998.
- DANTAS, I. *Direito Constitucional Econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 2002.
- DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2007.
- FALCÃO, R. B. *Tributação e Mudança Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FILHO, M. G. F. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_; FERREIRA, R. M. *Direito Ambiental Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FONSECA, J. B. L. da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- HUGON, P. *História das Doutrinas Econômicas*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- LANFREDI, G. F. *Política Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LEITE, J. R. M. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MACHADO, H. de B. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito à Informação e Meio Ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MILARÉ, É. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MODÉ, F. M. *Tributação Ambiental: a função do tributo na proteção do meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004.
- MOLINA, P. H. *Derecho Tributário Ambiental*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOURA, L. A. A. de. *Economia Ambiental: Gestão de Custos e Investimentos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- MUKAI, T. *Direito Ambiental Sistematizado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- NUSDEO, F. *Desenvolvimento e Ecologia*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- OLIVEIRA, J. M. D. de. *Direito Tributário e Meio Ambiente: proporcionalidade, tipicidade aberta, afetação da receita*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PETTER, L. J. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SEBASTIÃO, S. M. *Tributo Ambiental: extrafiscalidade e função promocional do direito*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, J. A. da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, G. F. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.

SOARES, C. D. “O Contribuinte de Direito e o Contribuinte de Facto do Imposto Ecológico”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, nº 34, set-out. 2000.

\_\_\_\_\_. “O Imposto Ecológico: contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra, nº 58, 2001.

TORRES, H. T. *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VAZ, I. *Direito Económico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

---

Recebido em: 08/08/2012

Aprovado em: 07/11/2013



# TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NOS PLANOS INTERNACIONAL E INTERNO

PROTECTION OF THE WORKING ENVIRONMENT  
AT DOMESTIC AND INTERNATIONAL LEVELS

.....  
Lívia Gaigher Bósio Campello<sup>1</sup>

Carlos Walter Marinho Campos Neto<sup>2</sup>

## Sumário

Introdução. 1. A questão ambiental. 2. Regime de proteção do meio ambiente do trabalho. 3. Responsabilidade objetiva do empregador no meio ambiente laboral. 4. Ação Civil Pública por danos ao meio ambiente laboral. Conclusão. Referências.

## Summary

Introduction. 1. The environmental issue. 2. The framework for the protection of the working environment. 3. Strict liability of the employer in relation to the working environment. 4. Public Civil Action against damages to the working environment. Conclusion. References.

## Resumo

O presente estudo trata da relação entre a proteção da saúde e da integridade do trabalhador com o direito difuso ao meio ambiente equilibrado, haja vista que a crescente preocupação com a questão ambiental levou ao alargamento do conceito de meio ambiente, colocando o meio ambiente do trabalho como aspecto relevante do todo ambiental, na medida em que condições dignas e justas de trabalho são essenciais ao bem-estar presente e futuro do ser humano. Dessa forma, apresenta as normas trabalhistas

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da Estácio de Sá/São Paulo e do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* – Mestrado da Unimar. Advogada em São Paulo.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Internacional pela USP. Advogado.

que são interpretadas como protetoras do direito difuso ao meio ambiente laboral sadio. Diante desse arcabouço legislativo, demonstra em que moldes se concebe a responsabilização objetiva do empregador por danos a esse meio ambiente. Por sua vez, examina o principal instrumento jurídico de proteção ao ambiente de trabalho, que é a Ação Civil Pública trabalhista, denotando a relevância do papel do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos.

Palavras-chave: Meio ambiente do trabalho; Segurança e saúde do trabalhador; Responsabilidade objetiva do empregador; Ação civil pública trabalhista.

### **Abstract**

This study deals with the relationship between the protection of health and integrity of the worker with diffuse right to a balanced environment, considering that the growing concern about environmental issues led to the broadening of the concept of environment, placing the working environment as a relevant aspect of the whole environment, in that dignified and fair working conditions are essential to the well-being of the present and future for human beings. Thus, it presents labor rules that can be interpreted as protective of the diffuse right to a healthy working environment. In the view of this legal framework, it demonstrates the ways in which a strict liability of the employer for damages to this environment can be devised. In turn, it examines the main legal instrument of protection to the working environment, the labor Public Civil Action, demonstrating the important role of public prosecutors and labor unions.

Keywords: Working environment; Employee's health and safety; Strict liability of the employer; Labor public civil action.

## **Introdução**

Se o Direito do Trabalho trata da condição jurídica dos trabalhadores, regendo as relações jurídicas entre empregados e empregadores, e o Direito Ambiental trata da proteção do meio ambiente, bem como de disciplinar o comportamento a ele relacionado, o Meio Ambiente do Trabalho pode ser posicionado como pertencente a um campo comum ao Direito Ambiental e ao Direito do Trabalho, na medida em que lida com a qualidade do meio ambiente, em que são exercidas atividades laborais.

É sabido que no mundo atual do trabalho existem dois objetivos que adquirem cada vez mais protagonismo: que o trabalho a ser prestado pelos trabalhadores seja “justo” e “digno” e que o desenvolvimento socioeconômico, a que se aspira com a organização e prestação de tal trabalho, seja “sustentável”, o que deve ser entendido como a busca do progresso econômico – sempre necessário –, sem menosprezo algum à qualidade de vida nem deterioração do meio ambiente.

Com essa perspectiva, este estudo pretende demonstrar como ocorre a integração do meio ambiente, enquanto conteúdo essencial do trabalho digno e do desenvolvimento sustentável, no Direito do Trabalho. Mais especificamente, almeja explicar como o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado está protegido no ordenamento jurídico internacional e brasileiro, assim como o respectivo modo pelo qual essa tutela pode ser exigida.

Nesse passo, no primeiro capítulo será apresentada a evolução da questão ambiental, imposta pela conscientização, ao longo da segunda metade do século XX, quanto à existência de uma crise de dimensões planetárias. Em seguida, será estudado o regime de proteção do meio ambiente do trabalho, composto de direitos e obrigações constitucionais, infraconstitucionais e internacionais. A partir daí, discutir-se-á a natureza da responsabilidade dos agentes causadores de danos ao meio ambiente do trabalho. Por fim, analisar-se-á a Ação Civil Pública trabalhista como principal instrumento jurídico de proteção do ambiente laboral.

## 1 A questão ambiental

Decerto, o declínio da qualidade de vida nas cidades avultou-se com as crescentes taxas de urbanização provocadas, mormente, pela Revolução Industrial. Em 1845, Friedrich Engels, na obra *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra (Die Lage der Arbeitenden Klasse in England, 1845)*, registrou que, em bairros operários da época, já se constatava o barulho contínuo e insuportável, a água contaminada e os cortiços insalubres como fatores de degradação do meio ambiente. Diante disso, Ronaldo Coutinho ressalta que “como o proletariado foi durante muito tempo a exclusiva vítima da degradação ambiental, essa questão foi acobertada pelo silêncio histórico”. (2004, p. 21)

A chamada “crise ambiental” se impôs intensamente preocupante nas três últimas décadas do século passado, quando a situação ecológica adquiriu proporções exponenciais e dimensão planetária.<sup>3</sup> Em 1968, havia sido criado o

---

<sup>3</sup> Em 26 de janeiro de 1971, na conferência “The Necessity of Social Control”, István Mészáros afirmou: “Há dez anos a ecologia podia ser tranquilamente ignorada ou desqualificada como totalmente irrelevante.”

Clube do Roma, que reunia pedagogos, cientistas, economistas, entre outros, para debater sobre a crise e o futuro da humanidade. Em seu primeiro relatório, em 1972, *The Limits to Growth*, apresentou dados de um cenário catastrófico de como seria o planeta se permanecessem os padrões de desenvolvimento vigentes. Nos termos do relatório:

1. Se as atuais tendências de crescimento da população mundial, industrialização, poluição, produção de alimentos e esgotamento dos recursos continuarem inalteradas, os limites do crescimento neste planeta serão alcançados algum dia dentro dos próximos cem anos. O resultado mais provável será um declínio súbito e incontrolável na população e na capacidade industrial.
2. É possível alterar essas tendências de crescimento e estabelecer uma condição de estabilidade ecológica e econômica que seja sustentável a longo prazo. O estado de equilíbrio global poderia ser concebido de modo que as necessidades materiais básicas de cada pessoa na Terra fossem satisfeitas e cada pessoa tivesse a mesma oportunidade de realizar seu potencial humano individual.<sup>4</sup> (MEADOWS, 1972)

Já no segundo relatório, *Mankind at Turning Point*, em 1974, foram destacados dois desníveis em nosso planeta: um entre o desenvolvimento humano e a natureza e outro entre o número de ricos e pobres, propondo-se desenvolvimentos diferenciados dependentes das especificidades e diversidades de cada região.

- 5.1 Se o padrão histórico de desenvolvimento for mantido, e as hipóteses mais favoráveis em relação ao aumento da população forem adotadas, a desproporção entre a renda média *per capita* do mundo desenvolvido e a da América Latina aumentará de 5-1 para

---

[...] As pessoas deveriam esquecer tudo sobre as cifras astronômicas despendidas em armamentos e aceitar cortes consideráveis em seu padrão de vida, de modo a viabilizar os 'custos de recuperação do meio ambiente': isto é, em palavras simples, os custos necessários à manutenção do atual sistema de expansão da produção de supérfluos". (2002).

<sup>4</sup> No original, em inglês: "1. If the present growth trends in world population, industrialization, pollution, food production, and resource depletion continue unchanged, the limits to growth on this planet will be reached sometime within the next one hundred years. The most probable result will be a rather sudden and uncontrollable decline in both population and industrial capacity. 2. It is possible to alter these growth trends and to establish a condition of ecological and economic stability that is sustainable far into the future. The state of global equilibrium could be designed so that the basic material needs of each person on earth are satisfied and each person has an equal opportunity to realize his individual human potential."

8 para 1 nos próximos 50 anos. A situação é pior em relação ao Sul da Ásia e à África Tropical.

5.2 Um possível passo para a redução da diferença seria um contínuo auxílio em forma de investimento nas regiões carentes: isso implicaria em uma substantiva perda *per capita* anual para as regiões desenvolvidas, mesmo para alcançar uma proporção de 3 para 1 na América Latina, e melhorias correspondentes em outras regiões subdesenvolvidas. O custo seria 50% maior se o início do programa de ajuda fosse postergado por 25 anos; por outro lado, se uma ajuda maciça for fornecida nos próximos 25 anos, o custo para o mundo desenvolvido pode ser reduzido à metade. Ações rápidas costumam apenas um quinto do que ações finais, e, além disso, poderia tornar possível a completa autossuficiência das regiões em desenvolvimento até o final do século.

5.3 O mundo industrializado só pode garantir tempo para desenvolver fontes alternativas de energia usando quase a totalidade das reservas de petróleo. Isso antecipa a fonte de energia mais eficiente e conveniente, precisamente quando as nações em desenvolvimento mais precisam dela. Segue-se que mesmo os auxílios em forma de investimentos maciços não são, por si só, suficientes.<sup>5</sup> (MESAROVIC & PESTEL)

O terceiro relatório, *Reshaping the international order (RIO)*, foi publicado em 1977 e foca as bases técnicas e científicas do crescimento econômico necessário ao bem-estar presente e futuro da população mundial. São identificadas as questões consideradas mais problemáticas; dentre elas, a explosão demográfica, a escassez de alimentos, os danos à integridade ambiental e a iminência do colapso

<sup>5</sup> Disponível em: <http://aei.pitt.edu/42190/1/A6277res.pdf>. Acesso em 03.02.2014. No original, em inglês: “5. Problems of the developing regions:

5.1. “If the historical pattern of development is maintained, and the most favourable assumptions about population increase are adopted, the disproportion between average *per capita* incomes in the developed world and Latin America will increase from 5:1 to 8:1 in the next 50 years. The position is worse in South Asia and Tropical Africa”.

5.2 “One possible step to narrow the gap would be continuous investment aid in the needy regions: this would involve a substantial annual per capita loss to the developed regions even to achieve a ratio of 3:1 in Latin America and corresponding improvements in other undeveloped regions. The cost would be 50% greater if the commencement of the aid programme were delayed for 25 years; if on the other hand massive aid is provided in the next 25 years, the cost to the developed world might be more than halved. Early action costs only one fifth as much as late action; in addition, it could make possible the complete self-sufficiency of the developing regions by the end of the century”.

5.3 “The industrialised world can only secure time to develop alternative energy sources by using nearly the entire oil reserves; this effectively preempts the most efficient and convenient energy source precisely when the developing nations need it most. It follows that even massive investment aid is not, by itself, sufficient.”

do sistema financeiro mundial. Dentre as propostas apresentadas pelo relatório, voltadas a um crescimento do sistema econômico global mais harmonioso e igualitário, está a redução dos danos ambientais causados pela expansão da produção mundial, por meio de intensa pesquisa relacionada a formas alternativas de energia e à reciclagem de resíduos, bem como pela adaptação dos estilos de vida. (TINBERGEN, 1976, p. 553-556)

A questão ambiental avulta definitivamente a partir dos relatórios de preparação para a Conferência de Estocolmo, em 1972, representando a valorização política do meio ambiente em âmbito internacional. (COUTINHO In: COUTINHO; ROCCO, 2004, p. 21) Assim, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), a realização da I Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972, acarretou reconhecimento mundial para a importância da discussão e da mobilização voltadas à preservação ambiental e ao equilíbrio ecológico global. Os principais resultados desse encontro foram a criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA – e a Declaração sobre o Meio Ambiente Humano, também conhecida como Declaração de Estocolmo, que contém 26 princípios referentes a comportamentos e responsabilidades destinados a nortear as questões ambientais.<sup>6</sup>

A institucionalização da questão ambiental adquiriu novos contornos com a elaboração e divulgação, em 1987, do “Nosso futuro comum”, como é mais conhecido o relatório da Comissão Especial criada pela Assembleia Geral da ONU, sob a presidência da então primeira-ministra da Noruega, Gro Brundtland, o qual, em termos gerais, propõe estratégias ambientais em longo prazo para alcançar o desenvolvimento sustentável. Pela primeira vez foi usado o conceito de “desenvolvimento sustentável”, definido pela Comissão como o “desenvolvimento que atende às necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade de as futuras gerações terem suas próprias necessidades atendidas”.

Desse modo, o “Relatório Brundtland” reforçou uma visão crítica do modelo de desenvolvimento adotado pelos países industrializados, e reproduzido pelas nações em desenvolvimento, incompatível com a dimensão ambiental emergente. Maristela Bernardo (1996, p. 161) anota que “a Constituição brasileira, por exemplo, nos seus dispositivos ambientais, filia-se diretamente

---

<sup>6</sup> Dentre os princípios enumerados na referida Declaração, destaque para: “Princípio 4 – O Homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestres, bem assim o seu habitat, que se encontram atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em consequência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres”.

ao ‘Relatório Brundtland’ e foi seu produto normativo mais imediato e bem-sucedido, servindo de modelo para outros países”.

Nesse diapasão, o advento da *Constituição Federal Brasileira* de 1988, à guisa do movimento constitucionalista moderno e de proposições dos documentos internacionais, tratou o tema do meio ambiente de maneira inédita e significativa ao dedicar o Capítulo VI do Título VII, sobre a “Ordem Social”, considerado o fulcro normativo da questão ambiental. Além desse capítulo, o inciso VI do artigo 170 eleva o meio ambiente à condição de princípio da “Ordem Econômica” (Capítulo I do Título VII), restando certo que a exploração dos recursos ambientais necessários ao desenvolvimento econômico do país deve ser pautada pelos mandamentos do desenvolvimento sustentável, em oposição a um desenvolvimento econômico desenfreado, sem limites.

## 2 Regime de proteção do meio ambiente do trabalho

O direito ao meio ambiente sadio é classificado como um direito humano pertencente à chamada terceira geração/dimensão, representativa dos direitos difusos. Esses são direitos voltados para o ser humano enquanto gênero, ou seja, a humanidade, reconhecendo necessidades e anseios comuns a todos os indivíduos. Como ensinado por Vladimir Oliveira da Silveira, a terceira geração dos direitos humanos sintetiza os direitos da primeira (direitos humanos individuais) e da segunda (direitos humanos coletivos) gerações sob o viés da solidariedade, fundados sob uma nova concepção de Estado, de ordem internacional e de relacionamento entre os povos voltados não apenas ao acréscimo de novos direitos, mas à realização efetiva dos direitos anteriores. (2010, p. 177-180) Portanto, enquanto direito de terceira geração, a proteção do meio ambiente resulta do interesse na sobrevivência e no bem-estar da espécie humana. Decerto que, dentre as pretensões relacionadas ao bem-estar do ser humano e à sua dignidade, está a de que lhe seja proporcionado um meio ambiente do trabalho sadio e seguro.

No plano internacional, cumpre mencionar algumas Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OITs), entre elas a Convenção 148/77, que dispõe sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos provenientes da contaminação do ar, do ruído e das vibrações no local de trabalho; a Convenção 155/81, que consolida proposições relativas à segurança, à higiene e ao meio ambiente do trabalho; e a Convenção 161/85, que fixa orientações sobre a implantação de serviços de saúde no trabalho.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> A Convenção 148 foi ratificada em 14/01/1982; a Convenção 155, em 18/05/1992; e a Convenção 161, em 18/05/1990.

Sobre a Convenção 148/77, possui a característica de ser o primeiro documento a proteger não apenas a higiene no trabalho, mas também a saúde dos trabalhadores. Isso trouxe evolução em alguns aspectos. Primeiro, a mudança do objeto de proteção, que passa a se referir à saúde. Assim, por exemplo, os riscos do ruído abrangem qualquer som que possa provocar não apenas uma consequência pontual, como a perda da audição, mas também engloba a ideia mais ampla de que é nocivo para a saúde.

Os riscos que podem prejudicar a saúde dos trabalhadores são mais amplos, visto que a legislação não se preocupa unicamente com os efeitos intrínsecos dos meios de produção, que provocam imediatamente a lesão ou acidente, mas também outros, tal como a contaminação em geral que pode alterar o estado de saúde dos trabalhadores.

Posteriormente, a Convenção 155/81 veio integrar definitivamente as noções tradicionais de segurança e higiene no trabalho à ideia de proteção do meio ambiente do trabalho. Ratificada pelo Brasil em 1992, a Convenção 155 provê sobre o desenvolvimento, pelos países, de uma Política Nacional de Saúde, Segurança e Meio Ambiente do Trabalho, incluindo local de trabalho, ferramentas, máquinas, agentes químicos, biológicos e físicos, operações e processos, as relações entre trabalhador e o meio físico, entre outros assuntos correlacionados. Como ressalta Francisco Péres Amorós, a Convenção 155/81 representou um importante avanço na consolidação da saúde no trabalho como objeto de proteção, tendo sido a primeira a utilizar o conceito de “meio ambiente do trabalho”<sup>8</sup> (2010, p. 100).

Em 2006, a OIT aprovou a Convenção 187 com a ideia central de promover a melhoria contínua da segurança e da saúde no trabalho. O instrumento visa à instituição de uma cultura de prevenção ininterrupta, de modo a reduzir sistematicamente as estatísticas acidentárias. A Convenção, contudo, ainda não foi adotada pelo Brasil.<sup>9</sup>

No Brasil, o cerne do tratamento ambiental constitucional se encontra no artigo 225, que determina a todos um: “[...] meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Esse importante ditame constitucional evoca

---

<sup>8</sup> Nas palavras do autor, “El Convenio 155/1981 sin derogar y/o revisar los anteriores textos sobre el mismo tema (Art. 22), aportó un serio avance en orden a consolidar la salud en el trabajo como objeto de protección, pues este texto normativo se refiere también al ‘medio ambiente en el trabajo’, progresión que ya se deduce de la simple lectura de su título (recordemos su rezo: ‘sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo’) y se confirma en su contenido.”

<sup>9</sup> Informação disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312332:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312332:NO)>.

a atuação conjunta e coordenada de todas as esferas estatais ao incumbir ao Poder Público, enquanto expressão genérica designativa de todos os entes territoriais públicos, o dever de proteger e defender o meio ambiente conjuntamente com a sociedade civil. Esta, por conseguinte, não deve se eximir de seu importante papel dentro da atual ótica de promoção da cidadania ambiental.

Pela leitura do artigo 225 da *Constituição*, o ser humano também deve ser considerado na sua qualidade de trabalhador, pois no seu labor submete-se diariamente a um ambiente que deve lhe proporcionar qualidade de vida sadia por meio do controle de agentes degradadores que afetam a sua saúde. Focado no objetivo de salvaguardar o homem no seu ambiente de trabalho, Celso Fiorillo (2013, p. 22-23) conceitua o meio ambiente do trabalho como:

[...] o local onde as pessoas desempenham suas funções laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentam (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).

Não há como dissociar a realidade do trabalho humano da lógica da atividade econômica que, por sua vez, afeta o meio ambiente. A tensão entre esses interesses, isto é, o das atividades econômicas e o da proteção ambiental, deve ser equilibrada de modo que esteja assegurada a vida digna para todos.

A dignidade do indivíduo é um valor absoluto e qualificado como um dos fundamentos da República, nos termos estabelecidos pelo artigo 1º, inciso III da *Constituição*. Sobre a dignidade humana, Ingo Sarlet (1998, p. 104) explica que, independentemente de circunstâncias concretas, é qualidade inerente a todos os seres humanos. Diz o autor que:

[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável

nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2005, p. 37)

Eros Grau afirma que, além de ser fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana é o fim que se deve ser observado pela ordem econômica comandada pelo artigo 170 e incisos, condicionando, assim, toda a atividade econômica. (2010, p. 198) No *caput* do art. 170 da *Constituição* está estabelecido que a ordem econômica tem como um de seus fundamentos a valorização do trabalho humano e a finalidade de assegurar a todos uma existência digna. Nesse sentido, a valorização do trabalho humano como um dos fundamentos da ordem econômica implica garantir as condições essenciais a sua dignidade, como as formas adequadas de trabalho relativas à saúde e à segurança.

Sobre a relação da saúde e da proteção do trabalhador com a questão ambiental, que permitiu a construção do conceito de meio ambiente do trabalho, leciona Francisco Pérez Amorós:

O conceito de ambiente de trabalho [...] é claramente reunidor de diferentes aspectos, abrangendo não apenas condições “clássicas”, como o comprimento da jornada, a remuneração salarial e a higiene industrial, mas também acomoda a saúde laboral e, por derivação, as condições gerais de vida dos trabalhadores, uma vez que estas estão sujeitas àquelas; mas é mais, o respeito ao ambiente de trabalho assim configurado, para ser autêntico, exige a qualidade do meio ambiente, visto que a sua deterioração afeta negativamente a saúde e a vida. (Tradução nossa)<sup>10</sup> (2010, p. 15-16)

De fato, não há como deixar de vislumbrar o meio do ambiente do trabalho em conjunto com os aspectos do indivíduo trabalhador, totalmente inserido no meio em que sua força de trabalho interatua e intervém. A dignidade do trabalhador é uma garantia fundamental que deve ser preservada, e o meio ambiente laboral é local em que devem estar asseguradas as bases dignas para a manutenção de uma qualidade de vida sadia.

---

<sup>10</sup> “El concepto de ambiente de trabajo [...] es claramente omnicompreensivo de distintos aspectos, pues abarca, no sólo las ‘clásicas’ condiciones de trabajo, tales como la duración de la jornada, la remuneración salarial, incluso la higiene industrial, sino que también da cabida a la salud laboral, y por derivación, incluye también las condiciones de vida del trabajador en general, pues éstas están supeditadas a aquéllas; pero es más, el respeto del ambiente laboral así configurado, para ser auténtico, exige calidad del medio ambiente, tanto porque el deterioro del mismo afecta negativamente a la salud y vida.”

Referência específica sobre o meio ambiente do trabalho na *Constituição* pode ser encontrada no artigo 200, inciso VIII, segundo o qual “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII – colaborar com a proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”. Obviamente que por meio de normas de saúde, higiene e segurança estão previstas medidas que possibilitam a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

A *Constituição Federal* ainda estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, nos termos do artigo 7º, inciso XXII. Sobre esse preceito, assim se manifesta o professor Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

Mais do que mera hipótese de proteção dos trabalhadores, o dispositivo ilumina todo um sistema normativo que hoje se encontra delimitado de forma mais profunda nas Cartas Magnas e mesmo em legislação infraconstitucional. Tendo como destinatários pessoas indeterminadas, a regra de redução dos riscos inerentes ao trabalho está plenamente adaptada aos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º), que, ao indicar os valores sociais do Trabalho e da livre-iniciativa, não se olvidou também em destacar a dignidade da pessoa humana como regra fundamental, o que significa de outro modo afirmar que todos os cidadãos, pouco importando ser pessoas determinadas ou indeterminadas, terão asseguradas condições de trabalho adequadas, evitando-se e mesmo minimizando riscos inerentes às diferentes funções exercidas. (1995, p. 96)

No âmbito da legislação infraconstitucional ambiental, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81, ao definir *poluição*, nos termos do seu artigo 3º, inciso IV, realça-a como degradação que resulte de atividade que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população. Nesse sentido, como explica Norma Padilha (2010), as doenças profissionais, ou seja, aquelas desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade, bem como as doenças do trabalho, adquiridas em função das condições em que o trabalho é realizado, não podem ser consideradas apenas para fins previdenciários, mas também deve ser aplicado o regime ambiental.

A Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT –<sup>11</sup>, no Capítulo V de seu Título II, dispõe especificamente sobre a “segurança e medicina do

<sup>11</sup> Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

trabalho”, estabelecendo a necessidade de inspeção prévia das instalações onde ocorrem as atividades laborais e a possibilidade de interdição ou embargo dos estabelecimentos, serviços ou equipamentos que representem risco grave e iminente ao trabalhador.<sup>12</sup> A CLT ainda traz diversas outras previsões específicas, como quanto à manutenção pelos empregadores de serviços especializados em segurança e medicina do trabalho; o fornecimento de equipamentos de proteção individual; a realização de exames médicos regulares; a segurança das instalações, dos equipamentos e das atividades; a iluminação e o conforto térmico no ambiente de trabalho; a movimentação, armazenagem e manuseio de materiais; a prevenção da fadiga dos empregados; etc.<sup>13</sup>

A fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, conforme o artigo 156 da CLT, cabe às Delegacias Regionais do Trabalho, que são dotadas de poder para, diante do descumprimento, adotar medidas e impor penalidades. Nos termos do artigo 161 da CLT, o Delegado Regional do Trabalho pode interditar um estabelecimento, serviço ou equipamento, ou embargar uma obra, caso laudo técnico demonstre haver “grave e iminente risco ao trabalhador”.

O artigo 200 incumbe ao Ministério do Trabalho o estabelecimento de disposições complementares a tais normas. Nesse sentido, a Portaria nº 3.214/78<sup>14</sup> aprova diversas Normas Regulamentadoras (NRs), também relativas à segurança e medicina do trabalho. A NR-6, por exemplo, complementa o artigo 166 da CLT trazendo a definição de Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) em seu item 6.1. Em relação aos EPIs, cabe informar que o item 4.12 da NR-4 orienta sua utilização somente quando não for possível eliminar completamente os riscos à saúde e à integridade do trabalhador. Também é digna de nota a NR-9<sup>15</sup>, que obriga os empregadores a elaborar e implementar um Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais (PPRA), com fins de “antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho”.

Além da CLT e das NRs, a Lei Orgânica da Saúde<sup>16</sup>, que dispõe sobre a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e o funcionamento dos serviços correlatos, traz previsões quanto à proteção e a saúde do meio ambiente do trabalho.<sup>17</sup> Vale mencionar, também, as disposições

<sup>12</sup> Artigos 160 e 161 da CLT.

<sup>13</sup> Artigos 162 a 200 da CLT.

<sup>14</sup> Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego nº 3.214, de 8 de junho de 1978.

<sup>15</sup> Alterada pela Portaria da Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho nº 25, de 1994.

<sup>16</sup> Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

<sup>17</sup> Seu artigo 3º apresenta o trabalho como um fato determinante e condicionante para a saúde. O artigo 6º, §3º, incisos I e V, fala sobre os riscos de acidentes de trabalho e suas vítimas. O artigo 6º, incisos I e V,

encontradas na Lei sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, quanto à definição de acidente de trabalho e sua relação íntima com a qualidade do meio ambiente do trabalho.<sup>18</sup>

Tais instrumentos cumprem a determinação do artigo 7º, inciso XXII, da *Constituição da República*, que estabelece como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

### **3 Responsabilidade objetiva do empregador no meio ambiente laboral**

Conforme a definição dada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a responsabilidade objetiva ocorre quando “[...] a prestação se exige não porque pela sua ação o sujeito se compromete ou porque dela resultou um dano, mas porque há um risco potencial na situação” (1994). Tal reponsabilidade objetiva, fundada no risco, originou-se da dificuldade de comprovação, em juízo, da culpabilidade do agente em relações jurídicas complexas, como são as empregatícias, diante do desequilíbrio de poder ali existente. Assim, busca-se fundamentar a responsabilidade e, conseqüentemente, justificar a indenização não mais por conta de culpa do agente, como ocorre na responsabilização subjetiva, mas pelo risco produzido por determinada atividade pela qual ele é responsável.

No tocante ao sistema brasileiro ambiental, o primeiro texto a instituir a responsabilidade objetiva ambiental foi o Decreto nº 79.347, de 1977, fruto da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Poluição de Mar por Óleo, de 20 de novembro de 1969. Seguidamente sobreveio a Lei nº 6.453, também de 1977, que trouxe, no seu artigo 4º, a caracterização da responsabilidade civil objetiva em detrimento de danos nucleares.

Enfim, em 1981 foi promulgada a Lei nº 6.938, que criou a Política Nacional do Meio Ambiente. Seu artigo 14, § 1º determina a responsabilização dos causadores de danos ao meio ambiente, “independentemente da existência de culpa”. Insta mencionar o artigo 15 da mesma Lei, que estabelece pena de reclusão e multa ao agente que tão apenas causar ou agravar perigo à “incolumidade humana, animal ou vegetal”.

A *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 recepcionou a Lei nº 6.938/81 e deixou intacta a responsabilização objetiva do causador do

---

13, incisos II e VI, e 16, inciso II, alínea “a”, incluem no campo de atuação do Sistema Único de Saúde a saúde do trabalhador e do meio ambiente do trabalho.

<sup>18</sup> Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, artigos 19 e 20.

dano ambiental. O artigo 225, § 3º, da Carta Magna, ao prever a reparação dos danos ocasionados por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, nada fala em comprovação de dolo ou culpa. Sobre aplicação da responsabilidade ambiental objetiva em relação aos danos causados ao meio ambiente do trabalho, Sebastião Geraldo de Oliveira ressalta que o artigo 200, VIII, da *Constituição da República*, ao incluir o local de trabalho no conceito de meio ambiente, permite a interpretação de que os danos causados pelo empregador ao meio ambiente do trabalho devam ser ressarcidos sem a necessidade de demonstração da culpa do agente ou da ilicitude de sua conduta, isto é, bastando constatar o dano e o nexo causal. (2006, p. 95)

A responsabilidade objetiva ainda se encontra explicitamente estabelecida em outros instrumentos esparsos do ordenamento jurídico brasileiro, tais como: Lei 7.092/83, que trata dos danos decorrentes de transporte rodoviário; Lei 7.542/86, sobre a responsabilidade de danos à segurança de navegações, a terceiros e ao meio ambiente; Lei 7.661/88, sobre danos aos recursos naturais e culturais da zona costeira; Lei 7.802/89, que trata de danos à saúde das pessoas e ao meio ambiente; Lei 7.805/89, sobre danos causados ao meio ambiente, decorrentes de atividades mineradoras; Lei 8.171/91, por danos causados ao meio ambiente, decorrentes de atividades agrícolas; Lei 8.974/95, sobre atividades decorrentes de biogenética.

#### **4 Ação civil pública por danos ao meio ambiente laboral**

O termo “ação civil pública” foi primeiramente mencionado no artigo 3º, inciso III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar federal nº. 40, de 13-12-81). A expressão, porém, veio a ser consagrada na Lei nº. 7.347/85, que cuidou da defesa do meio ambiente, do consumidor e de valores culturais. A ação civil pública é instrumento processual de ordem constitucional adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e por infrações da ordem econômica. Sua natureza pode ser condenatória, cautelar, de execução, constitutiva ou meramente declaratória.

A ação civil pública visa proteger os interesses de natureza metaindividual, compreendidos os difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos<sup>19</sup>. Os direitos difusos são os de natureza indivisível de titulares indeterminados, ligados por circunstâncias de fato; já os direitos coletivos

---

<sup>19</sup> A Lei 8.078/90, em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III, traz as definições dos conceitos de direito difuso, direito coletivo e direito individual homogêneo.

são aqueles também de natureza indivisível, mas de titulares pertencentes a uma mesma categoria, grupo ou classe; enquanto que os direitos individuais homogêneos são divisíveis, de titulares determinados, mas decorrentes de origem comum. Como leciona Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>20</sup>, em se tratando de direito individual homogêneo, o legitimado para a ação civil pública age como legitimado extraordinário, pleiteando em nome próprio direito alheio.<sup>21</sup>

A não adoção, pelo empregador, das medidas de prevenção a acidentes de trabalho previstas na legislação (CLT e Normas Regulamentadoras) configura uma violação de interesse difuso, caso em que pode-se requerer a promoção adequada do meio ambiente do trabalho, como pela instalação de equipamentos de segurança específicos. O interesse difuso é constatado na medida em que o bem jurídico é indivisível e os titulares são indeterminados. Todos os trabalhadores de determinada empresa, presentes e futuros, e mesmo os indivíduos que não são empregados encontram-se sujeitos às suas condições ambientais: prestadores de serviço, visitantes, a comunidade vizinha etc. Comungam tão somente de uma circunstância de fato, qual seja, a de convivência dentro ou no entorno de determinado estabelecimento empresarial.

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público legitimidade para a propositura da ação civil pública, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, nos termos do artigo 129, inciso III. Tal legitimidade, contudo, é concorrente, conforme indica o próprio texto constitucional, no §1º do artigo 129, e o artigo 5º a Lei 7.347/85, que estabelece como demais legitimados a Defensoria Pública, os entes públicos e as associações cujas finalidades institucionais incluam o tema em questão, dentre as quais estão os sindicatos. O artigo 1º, inciso I, da Lei 7.347/85 estabelece a adequação da ação civil pública na proteção do meio ambiente, no qual se inclui o meio ambiente do trabalho. Dessa forma, tanto o Ministério Público do Trabalho quanto os sindicatos, no

<sup>20</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 5-10.

<sup>21</sup> A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é pacífica em aceitar a propositura de ação civil pública em defesa de direito individual homogêneo, como é possível aduzir de trecho de Acórdão do Tribunal superior do Trabalho: “O Ministério Público pode agir como substituto processual em nome da sociedade na defesa de -interesses ou direitos individuais homogêneos-. Para tanto, é necessário que esteja presente a relevância social, bem como a adequação com o desempenho de sua função institucional. A relevância social é auferida conforme a natureza do dano (saúde, segurança e educação públicas). Já a compatibilidade com a função institucional encontra amparo quando o direito ou interesse relaciona-se com a ordem jurídica, com o regime democrático, interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme disposto no art. 127 da Constituição Federal.” (TST RR 559 559/2002-051-03-00.6, Relatora: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 14/10/2009, 5ª Turma. No mesmo sentido: TST AIRR 1277/2000-014-04-40.3, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/11/2009, 1ª Turma; e TST RR 1575/2003-003-22-00.0, Relatora: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 18/11/2009, 5ª Turma).

desempenho de suas funções de proteção – o Ministério, a da ordem jurídica e dos interesses sociais coletivos; e os sindicatos, os interesses de determinada categoria de trabalhadores, encontram-se legitimados para propor a ação civil pública trabalhista, e devem fazê-lo quando identificada a violação de direitos, com o objetivo de obrigar o empregador a cumprir as normas trabalhistas de segurança, higiene e medicina do trabalho, mediante a implementação de medidas individuais e coletivas de adequação e proteção, sob pena de multa diária. Ao Ministério Público do Trabalho é reservada, ainda, no plano administrativo, a possibilidade de instauração de inquérito civil, em que ocorrerá a análise e apuração de fatos, visando à prevenção e à regularização da atividade empresarial nociva ao meio ambiente do trabalho.

Na ação civil pública trabalhista em que o autor é outro legitimado que não o Ministério Público do Trabalho, é obrigatória sua participação como *custos legis*, a fim de garantir o cumprimento dos interesses coletivos a que o órgão se destina a proteger, sob pena de nulidade do processo, conforme dispõe o artigo 5º, §1º, da Lei 7.347/85. Sua intimação compete à autoridade judiciária, cabendo ao Ministério quaisquer poderes que lhe seriam destinados caso fosse o proponente da ação. Vale salientar que, ainda que a ação civil pública trabalhista tenha sido proposta por uma entidade sindical, o inquérito civil compete exclusivamente ao órgão ministerial.<sup>22</sup>

A propositura da ação civil pública para a defesa da qualidade do meio ambiente do trabalho está diretamente relacionada ao princípio da prevenção. Tal princípio retira sua importância do fato de que os danos ambientais, inclusive ao ambiente de trabalho, são, muitas vezes, irreversíveis e irreparáveis. Ele consta do Princípio 15 da Declaração do Rio de 1992<sup>23</sup>, e foi adotada pelo texto constitucional brasileiro, que em seu artigo 225 estabelece o dever de defesa e preservação do meio ambiente<sup>24</sup>. Vale lembrar que, como mencionado anteriormente, a legislação infraconstitucional relacionada à proteção do meio ambiente do trabalho prevê mecanismos jurídicos específicos para a prevenção de danos à saúde e à integridade do trabalhador, como a interdição de

<sup>22</sup> LEAL JÚNIOR, João Carlos; FREITAS FILHO, Julio Cesar de. Da ação civil pública em matéria trabalhista. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, v. 30, n. 2, 2011, p. 103.

<sup>23</sup> Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992. Princípio 15: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

<sup>24</sup> Artigo 225 da CRFB/88: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

estabelecimentos, serviços e equipamentos, ou embargo de obras, que representem risco grave e iminente ao trabalhador.<sup>25</sup>

A competência da Justiça do Trabalho para julgar violações à saúde e segurança do meio ambiente do trabalho pode ser depreendida do artigo 114 da Constituição da República.<sup>26</sup> Contudo, a utilização da ação civil pública trabalhista era inexpressiva até a entrada em vigor da Lei Complementar 75/93<sup>27</sup>, que, em seu artigo 83, inciso III, estabelece ser competência do Ministério Público do Trabalho “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantido”. Tais “interesses coletivos” devem ser interpretados de forma abrangente, compreendendo o direito difuso ao meio ambiente do trabalho de qualidade, bem como os direitos individuais homogêneos a ele relacionados.<sup>28</sup>

## Considerações finais

A preocupação com a qualidade do meio ambiente do trabalho vai além de questões específicas e particulares da relação empregatícia, alcançando uma preocupação mais abrangente que se traduz na qualidade de vida de todos aqueles envolvidos na atividade laboral, principalmente em relação à sua saúde e segurança.

Por intermédio do trabalho, realizado em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade, que os seres humanos têm condições de enfrentar a pobreza e relacionarem-se com a sociedade e o meio ambiente de uma maneira verdadeiramente sustentável. Nesse sentido, o Direito do Trabalho pode e se coaduna com a efetiva proteção do meio ambiente, e isto está comprovado pelas normas internacionais e estatais próprias do ordenamento jurídico laboral e ambiental.

<sup>25</sup> Em relação ao rito processual da ação civil pública trabalhista, a Justiça do Trabalho reconhece no princípio da prevenção o fundamento da tutela inibitória antecipada, pela qual são determinadas medidas voltadas a impedir a prática, continuação ou repetição de violação à saúde e à integridade do trabalhador no ambiente de trabalho (Nesse sentido: TRT-10, RO 01970-2009-011-10-00-8 Relator: Mário Macedo Fernandes Caron, Data de Julgamento: 01/06/2011, 2ª Turma; TRT-24 MS 01527-2007-007-24-00-0 (RO), Relator: Nicanor de Araujo Lima, Data de Julgamento: 24/09/2008, 7ª Vara do Trabalho de Campo Grande/MS; TRT-23 - MT 01088.2009.008.23.00-9 RO, Relator: Tarcísio Valente, Data de Julgamento: 14/12/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 24/01/2011

<sup>26</sup> A Súmula n.º 736 do Supremo Tribunal Federal consolida esse entendimento: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.”

<sup>27</sup> Lei complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

<sup>28</sup> LEAL JÚNIOR, João Carlos; FREITAS FILHO, Julio Cesar de. Da ação civil pública em matéria trabalhista. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, v. 30, n. 2, 2011, p. 98.

No Brasil, a Constituição Federal reconhece, como parte integrante do meio ambiente, o meio ambiente do trabalho. Ao mesmo tempo, estabelece os valores sociais do trabalho como princípios fundamentais da República, fundando a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na defesa do meio ambiente. Dessa forma, é possível depreender do texto constitucional que um meio ambiente verdadeiramente equilibrado sustentável só é alcançado se o ambiente no qual as atividades laborais são desempenhadas se mostrar sadio e seguro. Isso porque o desenvolvimento do ser humano, objetivo último das normas ambientais, está intimamente relacionado e depende da existência de condições dignas de trabalho. A proteção ao meio ambiente do trabalho se confunde com direitos fundamentais/humanos como o direito à saúde e à segurança, denunciando a natureza sincretista dos direitos difusos de terceira geração, os direitos de solidariedade.

As previsões encontradas na CLT e nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, bem como em dispositivos esparsos de outras leis infraconstitucionais, cumprem a determinação constitucional de estabelecer a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais. Por sua vez, a atuação preventiva do poder de polícia da Administração Pública se mostra imprescindível, a fim de evitar o dano ao meio ambiente do trabalho, que, como qualquer outro dano ambiental, pode ser irreversível.

Enquanto bem difuso, o meio ambiente do trabalho merece a mesma proteção conferida pela legislação brasileira às demais manifestações do meio ambiente, o que inclui a responsabilização objetiva dos agentes violadores das regras garantidoras de sua saúde e segurança, independente do fator culpabilidade. A Ação Civil Pública trabalhista representa o grande instrumento para a defesa em juízo da saúde e da segurança do meio ambiente laboral, ou seja, nas hipóteses em que o interesse não é de natureza individual. Reveste-se de relevância o papel do Ministério Público do Trabalho, que, mesmo quando não atua como proponente da ação, o faz como *custos legis*, devendo desempenhar igualmente sua função de defesa dos interesses sociais indisponíveis, dentre os quais destacam-se aqui o equilíbrio, a sustentabilidade, a saúde e a segurança do meio ambiente do trabalho.

## Referências

AMORÓS, Francisco Pérez. Derecho del Trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias. *Gaceta Laboral*, v. 16, n. 1, p. 93-128, 2010.

- BERNARDO, Maristela. Impasses sociais e políticos em torno do meio ambiente. *Sociedade e Estado*, Brasília, n. 1, janeiro a julho de 1996.
- COUTINHO, Ronaldo do Livramento; ROCCO, Rogério (orgs.). *O Direito Ambiental das Cidades*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FREITAS FILHO, Julio Cesar de; LEAL JÚNIOR, João Carlos. Da ação civil pública em matéria trabalhista. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, v. 30, n. 2, 2011.
- GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Responsabilidade civil objetiva pelos danos à saúde do trabalhador. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, v. 28, n. 1, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Melhoramentos, 2010.
- MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. São Paulo: Unicamp/Boitempo, 2002.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006
- PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SALOMÃO, Karina Novah. *A responsabilidade do empregador nas atividades de risco: incidência do parágrafo único do art. 927 do Código Civil nas relações de trabalho*. São Paulo, 2011. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito do Trabalho, Universidade de São Paulo, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- SILVEIRA, Vladmir da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

---

Recebido em: 09/10/2013

Aprovado em 19/12/2013



# BASE TRIBUTÁRIA COMUM CONSOLIDADA: UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE UM PARADIGMA MULTIVARIÁVEL

COMMON CONSOLIDATED TAX BASE: A NEW OVERVIEW UNDER A MULTI-SHIFTING PARADIGM

---

Jonathan Barros Vita<sup>1</sup>

Pedro Paulo Corino da Fonseca<sup>2</sup>

## Summary

1. Introduction; 2. The global fiscal concurrency; 2.1. State aid: indirect form of concurrency between countries for economic development; 3. Consolidation of the taxable basis and CFC legislation: overlapping concepts; 3.1. An overview of the SA, HST and CCTB; 4. Some problems in global tax convergence regarding consolidation; 5. Brazil as an example: blind spots; 6. Alternative measures and solutions for consolidating taxable basis globally; 7. Conclusions; 8. Bibliography

---

1 Lawyer, Law Consultant and Accountant. Specialist in tax law by IBET, Master's degree in tax law by PUC-SP and by Bocconi University, and PhD at PUC-SP. Director of the Master's program and professor of the Master's and Graduation degrees at UNIMAR. Professor of Specialization courses of PUC-SP/COGEAE, FAAP, IBET and EPD. Administrative Tax Judge of the Federal Administrative Tax Counsel (CARF) of the City of São Paulo tax counsel (CMT-SP) and former member of the Tax Tribunal of the state of São Paulo (TIT-SP). Secretary of the Brazilian Bar Association (OAB) special commission on tax law.

2 Advogado graduado, mestre e doutorando em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP. Membro efetivo da Comissão de Direito Internacional da OAB/SP há mais de 10 anos. Palestrante em eventos e autor de textos publicados no Brasil e no exterior. Fundador e patrocinador do grupo de estudos sobre Arbitragem Internacional da PUC/SP – Viena Moot. Foi professor do curso de Pós-graduação de Contratos Internacionais da GV LAW (2008-2009); de Contratos Internacionais da COGEAE (2006-2007); de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado na graduação da PUC/SP (2005-2009); de Economia Política, Desenvolvimento e Globalização e Direito Empresarial nas Faculdades Integradas Torricelli (2007-2009); de Direito Contratual na Universidade Metodista de São Paulo (2005-2006). Atualmente leciona Comércio Eletrônico e Introdução ao Direito Societário na Graduação da PUC/SP.

### **Resumo**

Convergência e harmonização são palavras que este trabalho utiliza para processar a necessidade das empresas por sistemas jurídicos que provejam condições equivalentes legais para que elas operem. No campo da convergência de bases de cálculo do imposto sobre a renda, foram criadas muitas formas, como SA, HST e CCTB, mas estas falharam em compreender que a necessidade de alinhamento legal deve vir acompanhada do respeito a um número de regras e princípios dos sistemas jurídicos envolvidos, modificando a discussão de apenas uma forma melhor de operação ou sistema melhor de alocação e se movendo adiante para encontrar soluções fora do espectro estrito das regras tributárias como os princípios contábeis internacionais e as regras de governança corporativa, como exemplos.

Palavras-chave: regimes de consolidação; regras antielusivas; SA, HST e CCTB.

### **Abstract**

Convergence and harmonization are terms that this paper make use of in order to process the need of the business enterprises for legal systems that provides a legal level playing field for them to operate on. In the realm of convergence of the taxable basis for the income tax, many have been the approaches, such as the SA, CCTB and HST, but they failed to understand that the need for legal alignment must come with respect for a number of rules and principles of the legal system involved, shifting the discussion from just to search the best formulae to operate on and the best system of apportionment and moving towards to find solutions outside of strict sense taxation rules, such as in the international accounting standards and corporate governance ones, as examples.

Keywords: Consolidation regimes; Anti-avoidance rules; SA, HST and CCTB.

## **Introduction**

As a starting point, it is needed to mention the importance and contemporaneity of the measures to avoid the artificial shifting of the taxable basis to lower taxation countries or, in the extreme cases, to the Tax Havens, the core of the so-called CFC (Controlled Foreign Corporations) legislation.

Obviously, this shifting can be prevented in three simple forms: using a worldwide taxation as a unilateral measure, using harmonization or engaging in a consolidation of the taxable basis and apportioning it to more countries with

a previous established set of qualification/quantification rules and formula to apportion the resulting taxes, as set forth in a tax treaty, a bi or multilateral measure.

Before laying down the framework in which this article will be presented, there is a need to clarify the methodology used in this paper,<sup>3</sup> which is a combination of the logic-semantic constructivism of Barros Carvalho (2008), Luhman's Systems Theory (2004) and Law and Economics.<sup>4 and 5</sup>

Even more, it is important to assert that this study will not present many quotations since it moves further from the current works on tax consolidation, offering a view that is driven by this method.<sup>6</sup>

Moving further into the framework, as a warning, it can be falsely inferred that this article does not believe in harmonization as a form to properly distribute the taxable basis because of the fluidity of this mechanism. And the great conflicts that can arise from that do not stabilize and correct the distortion that might be created by unilateral measures.

These strong objections to harmonization have to be taken aside because all measures to avoid this artificial shifting of the taxable basis (unilateral and multilateral) can only be achieved and bring proper results if a minimum harmonization is held, as this minimum common denominator serves as a stability mechanism that balances each set of state produced rules involved when a multinational corporation carries on a business.

Regarding this matter, a forced, vertical, directive (multilateral) coercive harmonization is the discussion being held in the European Community by dealing with the forms to avoid this phenomenon.

In this European approach, two are the preminent models on this discussion, contraposing to the current Separated Account Approach (with the

---

3 The last version of this reference system is in: VITA, J. B. *Teoria Geral do Direito: Direito Internacional e Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

4 Among others: ROEMER, A. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Cidade do México: ITAM, 2000.

5 Specifically in Brazilian doctrine: CARVALHO, C. R. DE. *DIREITO, ECONOMIA, TRIBUTAÇÃO*. SÃO PAULO: QUARTIER LATIN, 2005; CALIENDO, P. *DIREITO TRIBUTÁRIO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA VISÃO CRÍTICA*. RIO DE JANEIRO: ELSEVIER, 2009 & SCHOUERI, L. EDUARDO. *DIREITO TRIBUTÁRIO*. SÃO PAULO: SARAIVA, 2011.

6 As examples of different approaches to the subject relating to European consolidation regimes: GAMMIE, M.; GIANNINI, S.; OESTREICHER, A.; PARASCANDOLO, P. & SPENGLER, C. *Achieving a Common Consolidated Corporate Tax Base in the EU*. Brussels: CEPS, 2005; SCHÖN, W.; SCHREIBER, U. & SPENGLER, C. (editors) *A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe*. Berlin: Springer, 2010; SPENGLER, C. & ZÖLLKAU, Y. (editors) *A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe*. Berlin: Springer, 2008; WENDT, C. *A Common Tax Base for Multinational Enterprises in the European Union*. Wiesbaden: Gabler edition Wissenschaft, 2009.

inherent worldwide taxation approach): the Common Consolidated Tax Base (CCTB) and the Home State Taxation (HST)<sup>7</sup>.

These approaches have many problems, such as compatibility to the EC Treaty and its fundamental liberties and, besides that, the will to provide more fiscal sovereignty and relinquish tax as an economical competitive aspect.

Summarizing, the aim of this work is to comprehend the problems under a different perspective instead of the operative aspects of such approaches, as the ideal form of the FA, moving further and seeing more than the economic and fiscal characteristics as challenges that can be raised against those models.

In order to do so, the final stage of this article uses Brazil (even though being outside the EC) as the framework to check some problems in the CFC/consolidation unilateral legislation and, as a consequence, find a goal into a minimum convergence/harmonization of tax systems and the consolidation of companies under those rules, in order to achieve a healthy fiscal concurrency.

This healthy concurrency happens when there is a minimum common ground for the multinational companies to operate with reduced compliance costs and maximum economic efficiency, casting aside, as much as possible, tax as an economic artificial incentive or disincentive to influence business decisions on how to allocate means of the company.

## 1 The global fiscal concurrency

As a framework for all those problems presented in the introduction paper, the fiscal concurrency plays an important role in order to direct the enterprise decision to allocate capital into one or another country.

Obviously, the structuring of a multinational company bases itself in a great deal of aspects, which are studied by the economists, but it is fair to assume that the tax burden is one of the main economic incentive or disincentive to attract a company to establish itself into a country.

As an example of why it happens, the fiscal aspect sometimes surpasses the logical business structure because it can mitigate the greater logistics costs.

Some countries use the fiscal aspects as a form to have some leverage. (e.g., a big market or the proximity to raw material).

---

<sup>7</sup> For more information on the classical definition of these models: MICOSSI, S. & PARASCAN-DOLO, P. "Multi-National Enterprises taxation in the European Union: some views on options for an overhaul". In: *European Tax Studies* 1/2010, p. 1-15.

With the great development of logistics and the communicative mechanisms, it is easier, now, to rapidly alter the business' structure in order to achieve a maximum rate of efficiency.

Since taxes are a main factor that interfere in the costs of multinational enterprises, some countries adapted themselves to count on this mechanism as a manner of competition.

This is the main reason why low-pressure countries are arising everywhere; it is very clear in Europe that there was a change after the Irish movement on decreasing its taxes, and was even stronger when the enlargement of the EC belt took place.

This fiscal concurrency is maximized because of the fundamental liberties, as the free flow of goods and capital.

In the further end of the lower tax scope, there are the Tax Havens, which are more linked to artificial structures and the related artificial shifting of the tax basis.

Obviously, the OECD movement to sanction those countries is on the move and has some modest results to show; that is why the countries adapted its rules to prevent tax avoidance and the erosion of the taxable basis.

This is the major core of the anti-avoidance tax rules because of the CFC legislations and the consolidation and transparency approaches.

These approaches are led by the old productive and richer countries, which want to preserve its taxable basis by avoiding the artificial structures and, besides that, by giving more importance to the intangibles instead of manufacturing.

In the first factor, there was a change of perspective in the global taxable basis allocation, in which there is the transition from territoriality to worldwide approach of the taxable incomes.

This means that the proper determination of the fiscal residence has become an important issue, and the so-called Tie Brake Rule is one of the greatest problems in this approach.

Regarding this matter, resembling a footnote, at least the new OECD model makes a strong point in applying the Tie Brake Rule of a valid company to all the other tax treaties, avoiding the improper (tax treaty) usage of tax treaties by companies that are not based in a country.

As a final note, some countries are shifting statuses by becoming exporters of capital, instead of importers, and strengthening its positions as important businesses centers.

It applies to Brazil, which is a high-tax pressure country and, also, is becoming a capital exporter.

### **1.1 State aid: Indirect form of concurrency between countries for economic development**

Apart from those notes, regarding specifically taxation, it is important to point out that the concurrency to attract companies has a primary approach and a specific set of rules that can be summarized in the rules of international trading, such as the GATT/WTO system and the EC Treaty.

Both of them deal with the determination of the legality of incentives conceived by the countries in a direct (financial) or indirect (taxation) form.

To determine the legality or illegality of those state aids is a difficult task, because, for example, administrative practices can turn into an indirect state aid.

Obviously, the question behind the state aid is to determine if the states have the right to attract companies solely on a tax point of view.

Specifically here arises the beforementioned economic factors to attract companies, such as labor costs, raw materials and logistics (including taxes), affecting the price of the targeted market in comparison to what would be if it were produced there.

Even more, is the lenience of tax authorities in holding accountable artificial structures a form of aid?

Apparently, these individual and concrete facts are much more difficult to understand and to be sanctioned.

As a third sanctionable tax aid, there are the financial aids, that are linked to taxes and have to be sanctioned, such as loans with privileged regimes by means of the sole purpose to pay taxes, that are indirectly related to artificial (and sanctionable) tax aid.

Summarizing, taxes play an important role and can be deemed illegal state aid under the WTO and EC Treaty rules, but there must be created an artificial mean of distorting the commercial concurrency between national and international companies.

## **2 Consolidation of the taxable basis and CFC legislation: overlapping concepts**

Firstly, the main causes for consolidation/worldwide taxation have to be explained from an economic point of view. In this case, from the state in which these rules are enforced.

Related to this, the reasons to attract the taxable matter can be divided in two main forms: the intangible capital attracts all incomes derived from the materialization of this capital (for example, production or sales), producing an increase in the taxable basis of the country where the company was founded; and the global consolidation of profits as a way to render null artificial structures which were created to be avoidable.

In order to better clarify the first hypothesis, it can be said that the development of the current economy tend to leave the intellectual property, the strategic decision and/or research and development to the country where the company was born.

On the other hand, some of the most significant and concrete activities, such as production, are transferred because of the economic factors stated before (labor costs, environmental regulation, among others). In addition, these are part of the company business', although do not happen in the source country in which the company is based, causing natural losses on levied taxes.

In this case, this attraction happens in order to link a company's global growth to the country where it was created, the first nation of residence, normally a developed one.

The second hypothesis is presented to fight against artificial structures. As an example, administrative and, sometimes, royalties costs are created just to shift the taxable basis to countries which have lower taxation than the residence ones.

Examples of international tax anti-avoidance rules vary from the transfer pricing rules to non deductibility of costs deriving from Tax Havens, crossing the consolidation based on fiscal transparency or the piercing corporate veil approach.

Both of the aforementioned hypothesis can be deemed to support the creation of consolidating rules, but just one of them is more closely linked to the so-called CFC rules, an anti-avoidance tax rule.

This perimeter of consolidation under the CFC rules normally use an approach that renders a mandatory solidification when there can be an artificial (or not) shift in the taxable basis and prevention of tax deferral as a planning mechanism.

Even more, these rules tend to operate automatically and do not take into account the substance of the operation.

It is fair to say that these rules can be deemed against the OECD model, as many authors emphasize, but remembering that the Commentaries to the Model (after 2003), especially number 23 regarding article 1, consider that these CFC rules are not in contrast to <sup>8</sup>.

In the European case, the ECJ has deemed the CFC legislation, which is compatible, in some extent, to the EC Treaty, as set forth in the Cadbury Schweppes Case (Cadbury Schweppes plc vs. Commissioners of Inland Revenue, Case C-196/04, September, 12, 2006), in which the verdict is that the CFC rules can only be applied in the EC perimeter when there is artificial structuring.

Evidently this case has to be read in accordance to the Halifax incident (Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd., County Wide Property Investments Ltd. Vs. Commissioners of Customs & Excise, Case C-255/02, ruled on February, 21, 2006), in which anti-avoidance rules are presupposed in all tax rules as a general principle.

Obviously, the Halifax Case was the first point in order to allow the application of the anti-avoidance rules, and the Cadbury Schweppes was the logical development of that change from a general scope decision to a specific case of appliance of anti-avoidance rules perpetrated by states.

Moving further, another problem with the CFC rules is that there is an asymmetry because overseas profits are deemed as taxable (and consolidated), however generally losses cannot be paired with internal profits, since the most common consolidation approach is the basket one in which overseas losses and profits are set against each other<sup>9</sup>.

A solution to this problem was properly addressed in the Mark & Spencer Case (Marks & Spencer plc vs. Halsey (Case C-446/03), ruled on December, 13, 2005), in which the overseas losses can be consolidate when there is no other possibility of deducting in the country they were produced.<sup>10</sup>

In conclusion, the CFC rules are a form that presupposes the consolidation in a form of anti-avoidance provisions, but the immediate attraction of the taxable matter due to the universality principle also plays an important role on the creation of these rules.

---

<sup>8</sup> There are some countries that still make reservations against this incompatibility, especially Belgium and, in a lesser extent, Ireland, Luxembourg, Netherlands and Portugal.

<sup>9</sup> Normally, this veto to use losses from another jurisdiction in the consolidation happens because of the fear of double dipping them, as they should be used to annul future profits in the other country.

<sup>10</sup> As an example of a book that discusses this EC ruling for the consolidation of regimes, read: WEBER, D. & DA SILVA, B. A. *From Marks & Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2011.

## 2.1 An overview of the SA, HST and CCTB<sup>11</sup>

The anti-avoidance rules as set forth in the CFC legislation depart from a worldwide based tax system and use the separated account on its behalf, as all the income is re-qualified under the rules of the consolidating country.

This separation account approach is a unilateral measure of allocating profits and is based only on the national set of rules (GAAP and tax accounting principles).

This is when the treaties to avoid double/multiple economical or juridical taxation come in place and give exemption or tax credit in order to prevent this harmful phenomenon, which often happens under the universality principle attached to the CFC legislation/consolidation.

In order to create an alternative mechanism to the CFC consolidation and the duality of qualification by the residence or the source country, as well as to properly allocate the tax accordingly to each country's participation on the profits generated by its productive capital, Europe, in its counsel, is roughly developing two alternatives in order to generate more rationality to taxation under, at least, the EC.

The two most important approaches are the so-called Home State Taxation (HST) and Common Consolidated Tax Base (CCTB), the last one created alongside its respective formula of apportionment.

The so-called HST uses the residence of the parent corporation in order to qualify the income on another tax jurisdiction.

Obviously, this system has a great deal of difficulties because every country has to acknowledge each tax rule of all nations in order to apply the taxation on that specific country.

That is why this work focuses most on the second one, the CCTB, which is a taxation system that consolidates all incomes of parent and subsidiary countries and, in the end, the taxes levied are distributed among the jurisdictions where the company has business by using a Formulary Apportionment.

Of course the tax rules, as in the HST, have to be well-aligned, and a common definition of income and qualification has to be made.

---

<sup>11</sup> A book that deals with many facets of all the consolidation systems is: LANG, M.; PISTONE, P.; SCHUCH, J. & STARINGER, C. (Orgs.) *Common Consolidated Corporate Tax Base*. Seiten: Linde Verlag, 2008.

It can be said that this FA<sup>12</sup> and <sup>13</sup> can use as a departing point the experience of the alternative (secondary) methods referred in the guidelines for transfer pricing edited by OECD, because those methods exactly deal with the apportionment of profits under operations.

There is an interesting paradox within the CCTB, which is the fact that it is going against the trend of the passage from territoriality to worldwide taxation.

In this case, with the Formulary Apportionment, there is no form of worldwide taxation, even though the distortions/erosion of the taxable basis caused by the artificial arrangements could not be that well recognizable under these rules.

In other words, the lack of concern with tax avoidance and artificial arrangements is that those arrangements would be declared null with a proper FA.

### **3 Some problems in global tax convergence regarding consolidation**

Taking as a focal point the definition and scope of the CCTB, some concerns arise from an economical and juridical point of view.

In the economical point of view, as mentioned, the Formulary Apportionment is the main concern.

From the juridical point of view, the concerns are mainly focused on the cession of tax sovereignty (and the problems arising from harmonization) and the qualification of incomes.

Apart from the problems on setting a perimeter of consolidation related to the countries outside this perimeter<sup>14</sup>, there are some other problems regarding this issue.

Actually, looking from just a tax point of view is a partial assumption and recognition of the problems of this consolidation.

The shift in the observed operation of the tax system has to take into account the corporate and concurrency law.

---

12 The form and structure of the FA draft under the Commission was very well discussed in an economic point of view by Professors Marcel Gerard and Edoardo Traversa, both from Louvain-La-Neuve University In: GERARD, M. & TRAVERSA, E. "Supplementing consolidation and apportionment with anti-abuse provisions". In: *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Amsterdam: IBFD, 2010.

13 For a comprehensive work on the subject: WENINGER, Patrick. *Formulary Apportionment in the EU*. Cambridge: Intersentia, 2009.

14 In this matter, the analysis made by Prof. Edoardo Traversa in the article written in co-authorship with Prof. Marcel Gerard (In: GERARD, M. & TRAVERSA, E. "Supplementing consolidation and apportionment with anti-abuse provisions". In: *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Amsterdam: IBFD, 2010) deals exactly with this, which is outside the scope of this article.

In other words, fiscal and financial incentives/aids arising from the states (deemed licit or illicit under WTO or EC) have to be present into this discussion because, if not, states are relinquishing part of its strategies to attract companies in order to have a future economic development.

If this is not taken into account, the *status quo* of the current order of development between CE countries would not be changed, creating a paradox, because economically, for the enterprises, this can create a better environment, however, for the development of the states' economic and strategic public policies planning, it would be inefficient, since those states would have less means in order to implement those policies.

Particularly, this proposal has to give room for countries to create and implement public policies in attracting companies and developing some specific economic sectors, which seems to be one of the motives behind the current (underwhelming) state of the EC Directive on the subject.<sup>15 and 16</sup>

From a corporate point of view, the correct allocation of profits in order to face costs, as well as the allocation of risks and profits are real problems, considering that the cost splitting mechanisms such as administrative costs and publicity costs are a strategic tool to generate profits.

The same is applied to the proper allocation and recognition of royalties and intellectual property, which are difficult to understand.

In another scope, there are also the problems of public transparency and, specifically, the exchange in information, as well as the overseeing fact in tax administration carried out overseas.

These problems were extensively addressed in the OECD context, as the Treaty Model has articles dealing with: exchange of information and tax arbitration (article 24); secondary adjustments regarding transfer pricing (article 9.2); and the assistance in levying taxes (article 28).

The problem, in general, is the respect for other countries' administrative practices and specific tax and corporate rules.

As an example of such rules, there are the mandatory dividends distribution and the mandatory contingencies.

---

15 Other arguments are raised in: DE WILDE, M. F. "Tax Competition within the European Union – Is the CCCTB-Directive a Solution?" (June 11, 2013). Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2278204> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2278204>>.

16 LOYENS-LOEFF. "European Parliament issues Report on the proposal for a CCCTB". (Acesso em: 10.dez.13) In: <[http://www.loyensloeff.com/nl-NL/Practice/Documents/CCCTB/Update\\_EP\\_report.pdf](http://www.loyensloeff.com/nl-NL/Practice/Documents/CCCTB/Update_EP_report.pdf)>.

It is interesting that the background for these assumptions lies on the fact that from a corporate point of view one thing is to operate directly, as a branch of PE, and another is to be a company that has a related enterprise overseas.

This inference is based on the fact that self-preservation and mandatory respect to other countries rules are an obligation in conducting business with a subsidiary company<sup>17</sup>.

#### **4 Brazil as an example: blind spots**

Brazil is on the trend of the global legislation regarding the worldwide taxation approach and also related to the rules regarding CFC legislation and its anti-avoidance counterparts, like transfer pricing rules and rules specifically designed to contrast the Tax Havens.

The worldwide taxation in Brazil has begun just on the middle 90's through article 25 of the federal law number 9,249 of 1995, which was applicable just in the 1996 tax period.

Following this rule, the transfer pricing rules were created alongside the improvement of the anti-tax haven rules (federal law no. 9,430 of 1996).

Then, in 2001, via the article 74 of MP no. 2.158-35 (which has legal binding power such as a federal law) the so-called anti-CFC legislation was enacted alongside the modification of article 43 of the CTN (Brazilian National Tax Code).

This so-called CFC rule was based on the fictive dividend approach and was partially upheld in the Supreme Federal Court in the ADI 2,588 procedure of 2001, even if there was some points that should be discussed further.<sup>18</sup>

Referring, in the end of December 2010, alongside the aforementioned CFC and transfer pricing rules, the MP 472 (converted in a Federal Law, no. 12, 249/2011) brought some addition to the Brazilian international anti-avoidance tax rules.

The main addition was: the establishment of thin cap rules (article 24 of Law no. 12,249) with specific criteria on the debt/equity ratio; non deductibility of costs in operations with Tax Havens (articles 25 e 26 of the same Law, no. 12,249).

Furthermore, the problems regarding the consolidation of overseas profits in Brazil contain many inconveniences, highlighting that the Brazilian tax

---

<sup>17</sup> This thinking can be indirectly found in the Philip Morris Case (Ministry of Finance [Tax Office] vs. Philip Morris (GmbH), Corte de Cassazione no. 7,682/05 of December, 20<sup>th</sup>, 2001, ruled on May, 25, 2002).

<sup>18</sup> The consolidation of this rule can be seen on the following document: "Solução Interna de Consulta 18-COSIT", from the Brazilian tax administration.

administration does not regard CFC rules as opposite to domestic or international laws.

Even more, Brazil does not allow the compensation of overseas profits and losses in regard of the consolidation under the CFC rules.

The main issue on the consolidation of Brazilian rules, however, happens in the determination of foreign profits, because there is no specific rule regarding the transformation of overseas incomes according to Brazilian rules, by the usage of the poor equity method to adequate the incomes to the parent company.

This does not take into account the need to have a symmetry of accounting rules that are applicable to both companies (parent and subsidiary), such as the IFRS standards and corporate rules.

In this matter, as stated before, there is the need to respect the rules of all countries involved in order to determine the actual transferred profits and the specific tax credit (or exemption) which have to be properly calculated.

Evidently, this is the major blind spot in Brazilian CFC rules and in almost all consolidation rules, considering the qualification of the incomes, as well as the quantification of risks, liabilities and depreciation (e.g.) are different in almost all legal/accounting systems practices.

It is important to remember that Brazil has just incorporated the IFRS into its corporate law (by the federal law no. 11,638 of 2007), but it is not clear that Brazil has incorporated those principles in the tax law<sup>19</sup>.

The current Brazilian tax GAAPs (General Accepted Accounting Principles) are not well developed in the appropriation and conversion of foreign incomes and in the evaluation of future liabilities and risks. There are no specific criteria for that.

Therefore, about this matter, the implementation of IFRS principles can be a window of opportunity for a better development of consolidation rules.

Finally, as examples of Brazilian rules that can provoke problems in the consolidation happening in other countries, are: the limitation contained on Brazilian laws, seeing that 30% of the profits to be deduced with previous losses within a specific income tax regime and the incorporation of enterprises, in Brazilian law, of losses are not deductible for the incorporating company for tax purposes.

---

<sup>19</sup> Even though it is this author's position that the IFRS principles do not need an specific rule in the tax code, the majority of the doctrine stand behind the legality of the article 15 of the federal law no. 11,941, that states that the tax neutrality of the IFRS principles until another federal law declares otherwise.

## **5 Alternative measures and solutions for consolidating taxable basis globally**

Through the clear comprehension that the consolidation problems can happen within the CFC rules and in the context of worldwide taxation of incomes, there are some measures that can be deemed to overcome the problems raised in this article.

Firstly, the corporate governance rules can be viewed as a tool to a more stable corporate environment and practices, promoting an easily consolidated tax base.

The same applies to the accounting principles, that can turn into a global tool for establishing a set of apparatuses that will allow companies to produce tax documents from one company to another with no doubts on the criteria of appropriation of costs or incomes.

The anti-avoidance rules that set limits to artificial structures are another tool that has to be taken into consideration when analyzing the business' structure, as in the criteria of substance over form.

Plus, the limits on state aid or tax reliefs contrary to EC or WTO rules have to be taken into consideration when consolidating from both set of rules and applications (administrative practices) points of view.

There has to be a differentiation between conducting business directly and by a branch or PE, as the set of legal rules might change, such as minimum contingency reserves to protect the company, mandatory reinvestment, among others.

Furthermore, as an objective limit, each country has to be aware of the set of rules (tax, corporative, labor, and environmental) of the subsidiary business country, and must respect them upon consolidation.

As a partial conclusion, awareness and respect to the other country's legislation regarding qualification of costs, incomes and stakeholders' rights (as an example), intertwined with an efficient exchange of information between countries (and different agents into a country or between countries such as SEC and IRS) are the keys to a more stable legal and compliance (tax and corporate wise) environment for the companies in the global economy.

Finally, the financial need to prevent a new global crisis using, as example, a forced form of harmonization of practices and criteria that will be applicable to the financial institutions (such as the Basel Index) can be disseminated in the taxation world through the advent of the Tobin tax.

## Conclusions

- 1) As the globalization advances, the consolidation of the financial reports is a necessity in order to determine the size of the multinational enterprises;
- 2) The artificial shifting (or deferral) of the taxable basis is contrasted by the international anti-avoidance tax rules, such as the CFC legislation rules;
- 3) Universality is the current trend in taxation and deems consolidation as a need that combines anti-avoidance and higher level taxation;
- 4) The current status of fiscal concurrency works unfavorably for multinational enterprises since the compliance costs and the taxation level rises within the consolidation rules and the principle of universality;
- 5) The CCTB prevents abuses by the countries in the context of worldwide taxation and provides a better compliance and taxation environment for companies;
- 6) There are some blind spots in the CCTB approach, as it diminishes the margin for tax competition as a form to develop countries;
- 7) The same happens when the CCTB is seen by different points of view, turning the harmonization into a very spread and needed concept, considering that it creates effects in tax, corporative, concurrent and labor law, as examples;
- 8) Brazil does not have a standard CFC legislation and has an underdeveloped set of rules for consolidation (from both fiscal and accounting standpoints);
- 9) There are some alternative measures to consolidate the tax base using corporate governance and accounting tools, as well as respecting other legislative licit economic incentives and enforcing anti-avoidance rules properly.

## Bibliography

- CALIENDO, P. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CARVALHO, C. R. DE. *TEORIA DO SISTEMA JURÍDICO: DIREITO, ECONOMIA, TRIBUTAÇÃO*. SÃO PAULO: ED. QUARTIER LATIN, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito Tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- DE WILDE, M. F. "Tax Competition within the European Union - Is the CCCTB-Directive a Solution?" (June, 11, 2013). Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2278204> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2278204>>.
- GAMMIE, M.; GIANNINI, S.; OESTREICHER, A.; PARASCANDOLO, P. & SPENGLER, C. *Achieving a Common Consolidated Corporate Tax Base in the EU*. Brussels: CEPS, 2005.

- GERARD, M. & TRAVERSA, E. “Supplementing consolidation and apportionment with anti-abuse provisions”. In: *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Amsterdam: IBFD, 2010.
- LANG, M.; PISTONE, P.; SCHUCH, J. & STARINGER, C. (Orgs.) *Common Consolidated Corporate Tax Base*. Seiten: Linde Verlag, 2008.
- LOYENS & LOEFF. “European Parliament issues Report on the proposal for a CCCTB”. (Accessed in: 10.Dec. 13) Available at: <[http://www.loyensloeff.com/nl-NL/Practice/Documents/CCCTB/Update\\_EP\\_report.pdf](http://www.loyensloeff.com/nl-NL/Practice/Documents/CCCTB/Update_EP_report.pdf)>.
- LUHMANN, N. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- MICOSSI, S. & PARASCANDOLO, P. “Multi-National Enterprises taxation in the European Union: some views on options for an overhaul”. In: *European Tax Studies*, 1/2010, pp. 1-15.
- ROEMER, A. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Cidade do México: ITAM, 2000.
- SCHÖN, W.; SCHREIBER, U. & SPENGLER, C. (Editors) *A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe*. Berlin: Springer, 2010.
- SCHOUERI, L. E. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SPENGLER, C. & ZÖLLKAU, Y. (Editors) *A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe*. Berlin: Springer, 2008.
- VITA, J. B. *Teoria Geral do Direito: Direito Internacional e Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin 2011.
- WEBER, D.; DA SILVA, B. A. *From Marks & Spencer to X Holding: The Future of Cross-Border Group Taxation*. Amsterdam: Kluwer Law International, 2011.
- WENDT, C. *A Common Tax Base for Multinational Enterprises in the European Union*. Wiesbaden: Gabler edition Wissenschaft, 2009.
- WENINGER, P. *Formulary Apportionment in the EU*. Cambridge: Intersentia, 2009.

---

Recebido em: 25/10/2013

Aprovado em: 18/12/2013

# RIFLESSIONI SULL'ACQUISITA SOGGETTIVITÀ TRIBUTARIA

## REFLEXIONS ON THE ACQUISITION OF THE FISCAL SUBJECTIVITY

.....  
Degli Oicr

### **Sommario**

1. Breve disamina delle recenti modifiche alla disciplina fiscale degli organismi di investimento collettivo del risparmio - 2. Sulla natura giuridica dei fondi comuni di investimento: le posizioni della dottrina civilistica e l'arresto della Suprema Corte di Cassazione in materia - 3. Il dibattito dottrinale sulla soggettività tributaria dei fondi comuni di investimento prima della novella legislativa che ha positivamente ricompreso gli OICR tra i soggetti passivi ai fini delle imposte sui redditi - 4. I riverberi del passaggio dall'imposizione sugli OICR a quella sugli investitori sull'operatività delle Convenzioni internazionale in materia fiscale - 5. La soggettività di diritto comune e la soggettività tributaria: brevi cenni ricostruttivi - 6. La soggettività tributaria ai fini delle imposte sui redditi degli OICR quale risposta normativa all'esigenza di assicurare loro l'applicabilità dei benefici pattizi.

### **Abstract**

La riconosciuta soggettività tributaria agli OICR istituiti in Italia si configura quale innesto sartoriale del legislatore (anche) in risposta all'esigenza di certezza in ordine al godimento, da parte di tali organismi, dei benefici convenzionali: ed invero, da un raffronto tra il percorso evolutivo della legislazione interna e le precisazioni contenute nel Commentario 2010 al Modello di Convenzione, è evidente come la prima abbia recepito le indicazioni emerse in ambito OCSE. Ne deriva che la qualifica degli OICR quali soggetti passivi d'imposta conferma, ancora una volta, la natura «strumentale e tecnica» della soggettività tributaria, che spiega la progres-

siva individuazione da parte del legislatore tributario di varie ipotesi di imputazione soggettiva tributaria svincolate da tutti quei requisiti ritenuti dalla dottrina tradizionale determinanti l'attribuzione della soggettività.

## **1 Breve disamina delle recenti modifiche alla disciplina fiscale degli organismi di investimento collettivo del risparmio**

Passando in rassegna, in sequenza cronologica, gli interventi normativi che di recente hanno interessato la disciplina fiscale degli organismi di investimento collettivo del risparmio di diritto italiano, troviamo, anzitutto, la disposizione di cui all'art. 2, commi da 62 a 84, del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2011, il quale, come noto, ha apportato rilevanti modifiche al regime tributario dei fondi comuni di investimento italiani.

In particolare, la richiamata normativa ha disposto il passaggio dalla tassazione del risultato di gestione maturato in capo agli organismi di investimento all'imposizione dei proventi realizzati dagli investitori al momento della loro percezione.

A tale intervento normativo sono seguite le modifiche apportate dall'art. 96, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, il quale ha (i) modificato l'art. 73, comma 1, lett. c)<sup>1</sup>, t.u.i.r., includendo, al ricorrere di determinate condizioni di seguito esaminate, gli organismi di investimento collettivo del risparmio tra i soggetti passivi ai fini dell'imposta sul reddito delle società che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale; (ii) integrato il comma 3 del citato art. 73<sup>2</sup> t.u.i.r., stabilendo che si considerano residenti nel territorio dello Stato "*gli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia*"; (iii) riformulato il testo dell'art. 73, comma 5- *quinquies* t.u.i.r.<sup>3</sup>, il quale, nella versione vigente, prevede che i suddetti organismi di investimento «*sono esenti dalle imposte sui redditi purché il fondo o il soggetto incaricato della gestione sia sottoposto a forme di vigilanza prudenziale*», proseguendo poi nel puntualizzare che le ritenute sui redditi di capitali percepiti dagli organismi di investimento, qualora applicabili, sono operate a titolo d'imposta.

Per effetto delle predette disposizioni, agli OICR istituiti in Italia, ancorché in regime di esenzione, viene attribuita natura di soggetti passivi d'imposta residenti in Italia, con la conseguente possibilità per quegli organismi

<sup>1</sup> Art. 96, comma 1, lett. a), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

<sup>2</sup> Art. 96, comma 1, lett. b), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

<sup>3</sup> Art. 96, comma 1, lett. c), del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

che percepiscono redditi provenienti da Stati esteri con i quali è in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni di beneficiare del trattamento convenzionale.

Orbene, elencati gli ultimi interventi normativi sul tema<sup>4</sup>, si intende di seguito avviare alcune riflessioni sulla natura della scelta operata dal legislatore che, sospinto dall'esigenza di recepire le indicazioni offerte in ambito internazionale circa la possibilità di riconoscere agli OICR lo *status* di "persona" "residente" ai fini convenzionali, ha riconosciuto soggettività tributaria ad un istituto sprovvisto di soggettività di diritto comune.

Ma procediamo con ordine.

## **2 Sulla natura giuridica dei fondi comuni di investimento: le posizioni della dottrina civilistica e l'arresto della Suprema Corte di Cassazione in materia**

Come noto, l'OICR si presenta, sul piano strutturale, quale complesso di beni e rapporti giuridici allo stesso ascrivibili, integrando, quindi, un patrimonio autonomo e distinto, a tutti gli effetti, sia dal patrimonio generale della SGR che lo gestisce o che lo ha costituito sia da quello di ciascun partecipante all'organismo.

Il carattere di autonomia del patrimonio del fondo ha rappresentato un dato qualificante della configurazione dell'istituto sin dalla sua prima adozione, essendo stato introdotto nell'ordinamento al precipuo fine di tutelare gli investitori partecipanti allo stesso da possibili azioni di terzi<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> La disciplina fiscale degli organismi di investimento di diritto italiano ed estero è stata anche oggetto di modifiche ed integrazioni a seguito dell'entrata in vigore delle disposizioni in materia di unificazione al 20 per cento dell'aliquota delle ritenute e delle imposte sostitutive applicabili sui redditi di natura finanziaria contenute nell'art. 2, commi da 6 a 34, d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

<sup>5</sup> Ne consegue l'espressa indicazione, *ex* art. 36, comma 6, d.lgs. n. 58/1998 (Testo Unico della Finanza), che non sono ammesse azioni su detto patrimonio da parte dei creditori della banca depositaria, o sub depositaria, o nell'interesse di questi. I creditori dei partecipanti, a loro volta, potranno promuovere azioni soltanto sulle quote di partecipazione di questi. Si aggiunge, poi, che la società di gestione non può in alcun caso utilizzare, nell'interesse proprio, o di terzi, i beni di pertinenza dei fondi gestiti. È previsto, infine, al quinto comma del medesimo articolo, che la società promotrice ed il gestore assumono solidalmente verso i partecipanti al fondo gli obblighi e le responsabilità del mandatario.

Come noto, l'istituto<sup>6</sup> è disciplinato dall'art. 1, comma 1, lett. j) del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza, d'ora in avanti TUF)<sup>7</sup>, che fornisce una definizione normativa del fenomeno, laddove è demandata al successivo articolo 36 TUF la disciplina delle relazioni che intercorrono tra il fondo ed i soggetti che operano nel contesto della prestazione del servizio di gestione collettiva unitamente all'indicazione dei caratteri fondanti in cui si sostanzia l'autonomia patrimoniale del fondo.

L'individuazione della natura giuridica dei fondi comuni di investimento (mobiliari o immobiliari) non è agevole già da un punto di vista civilistico: il legislatore, a partire dalla l. n. 77 del 1983, che ha istituito per la prima volta i fondi comuni di investimento mobiliare aperti, poi seguiti dalla disciplina sui fondi chiusi e di investimento immobiliare, non ha fornito al riguardo indicazioni esplicite.

La questione è stata lungamente dibattuta in dottrina senza che la stessa sia per vero pervenuta a soluzioni unanimemente condivise, essendosi nel tempo susseguite interpretazioni alquanto diverse, sussumibili, per facilità di esposizione, in tre poli teorici.

Un primo orientamento dottrinale, sul presupposto che la proprietà del fondo spetterebbe non alla società che ne ha l'amministrazione, bensì, *pro quota*, ai singoli sottoscrittori - i quali, seppur con i limiti imposti dalla disciplina, ne conserverebbero il godimento e la disponibilità - ha ricondotto l'istituto in esame a quello della comunione a scopo di godimento di cui all'art. 2248 c.c.<sup>8</sup>.

Il fondo, quindi, si presenterebbe, seconda detta impostazione, quale *universitas* di cui gli investitori hanno la proprietà, in comunione tra loro, e di

<sup>6</sup> Sulle origini dell'istituto di gestione collettiva del risparmio da parte di soggetti specificamente dotati di poteri gestori e sul collegamento con le figure del trust e della fiducia romanistica, T. Ascarelli, *Investment trust*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1951, I, 178 ss.; R. Costi, *La struttura dei fondi comuni d'investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. soc.*, 1968, 299 ss.; G. Cottino, *Diritto commerciale*, 2, I, Padova, 1992 (rist.), 153, che definisce la società di gestione "fiduciaria *ex lege*"; A. Nigro, voce *Investment trust*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 691; G.P. Savi, voce *Società finanziaria ("Holding") e società d'investimento ("Investment trust")*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XVII, Torino, 1970, 718 ss.; P. Spada, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 837.

<sup>7</sup> Nella sua più recente formulazione, l'art. 1, co 1, lett. j) TUF definisce il fondo comune di investimento come «il patrimonio autonomo raccolto, mediante una o più emissioni di quote, tra una pluralità di investitori con la finalità di investire lo stesso sulla base di una predeterminata politica di investimento; suddiviso in quote di pertinenza di una pluralità di partecipanti; gestito in monte, nell'interesse dei partecipanti e in autonomia dai medesimi».

<sup>8</sup> T. Ascarelli, *Investment trust*, cit., 178; L. Bigliuzzi Geri, voce *Patrimonio autonomo e separato*, in *Enc. dir.*, 1982, 280; R. Corrado, *L'investment trust nell'ordinamento italiano*, in *Studi in onore di P. Greco*, Padova, 1965, 143; L. Salamone, *Gestione e separazione patrimoniale*, Padova, 2001, 29; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, 85; G. Visentini, *Riflessioni in tema di fondi comuni d'investimento con riferimento al disegno di legge governativo*, in *Riv. soc.*, 1969, 1194.

cui ciascuno singolarmente ha il godimento dei frutti in ragione della quota di pertinenza<sup>9</sup>.

Un secondo approccio interpretativo, oggi prevalente<sup>10</sup>, sul presupposto che la titolarità dei beni del fondo sia da attribuire alla società di gestione<sup>11</sup>, ha qualificato il fondo come un patrimonio “separato” della società di gestione -che assurge cioè ad un insieme autonomo e distinto, *rectius* insensibile, anche sotto il profilo della responsabilità patrimoniale, alle vicende giuridico-economiche che sono estranee alla sua gestione in funzione dell’obiettivo cui è organicamente rivolto - “destinato”<sup>12</sup> all’attività di investimento prevista nel regolamento per l’esclusivo soddisfacimento dell’interesse unitario dei partecipanti al fondo.

Altra tesi interpretativa, allo stato minoritaria, ha inteso attribuire soggettività giuridica autonoma al fondo<sup>13</sup>, ravvedendo nel modello legislativo di funzionamento dei fondi, articolato sulle figure della società di gestione e della banca depositaria e sui rapporti intercorrenti tra di esse e i partecipanti, elementi

<sup>9</sup> La tesi testé riferita si esponeva a diverse obiezioni riassumibili in due considerazioni principali: da un lato (i) mentre nella comunione i comproprietari hanno diritti e poteri sui beni comuni finalizzati al loro godimento immediato, nel fondo essi vantano, per contro, soltanto un diritto di credito nei confronti della società di gestione per conseguire le utilità derivanti dall’attività di investimento; dall’altro (ii) mentre nella comunione il creditore personale di un comunista può soddisfarsi sulla porzione dei beni comuni di valore corrispondente alla quota di pertinenza dello stesso con separazione della quota in natura, siffatta facoltà è esclusa invece nel caso del fondo ove il diritto alla separazione in natura dei beni è radicalmente esclusa. Per un’analisi critica si confronti P. G. Jaeger, *Sui fondi comuni di investimento*, in *Riv. soc.*, 1969, 1142.

<sup>10</sup> P. G. Jaeger, *op. loc. ult. cit.*; F. Ascarelli, *I fondi comuni di investimento*, in P. Rescigno (diretto da) *Trattato di diritto privato*, Vol. 2, 1985, 741; S. Bartoli, *Trust e fondi comuni di investimento nella cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *Trust*, 2005, 47; F. Briolini, *Art. 36 del d.lgs. n. 58 del 1998*, in G. Campobasso, *Testo Unico della Finanza*, 2002, 331; A. Lener, *Sub art. 3 della legge n. 77 del 1983*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1984, 399; E. Tonelli, *Le società di gestione del risparmio*, in AA.VV., *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di A. Patroni Griffi, M. Sandulli, V. Santoro, 1999, 26; M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, 687ss..

<sup>11</sup> La posizione giuridica della società di gestione, quale titolare dei beni del fondo, è stata descritta non come diritto soggettivo bensì come funzione, ossia un potere-dovere da esercitare conformemente alla legge nell’esclusivo interesse dei partecipanti. Così P. G. Jaeger, *op.cit.*, 1143 ss..

<sup>12</sup> Sul punto, su tutti, G.E. Colombo, in G.E. Colombo, V. Dotti, G. Peretti, G. Schrans, G. Sottrifer, *L’investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967, 286, secondo il quale il fondo comune di investimento, essendo un patrimonio affetto da un vincolo di destinazione – destinato appunto all’attività di investimento nell’interesse dei sottoscrittori - allo stesso dovrebbe attribuirsi natura di patrimonio separato dal restante patrimonio della società di gestione del risparmio.

<sup>13</sup> La tesi in parola è stata avallata anche dal parere n. 108/1999 del Consiglio di Stato che, facendo riferimento ai fondi comuni di investimento immobiliari istituiti a norma della L. 23.12.1996, n. 662 per la dismissione del patrimonio statale, aveva ritenuto che la legge «pur non prevedendo l’attribuzione in maniera esplicita dei fondi ... riconosce a tale istituenda attività il grado massimo di autonomia patrimoniale, come di norma riconosciuto soltanto ad organismi dotati di una propria specifica soggettività» e dunque «la titolarità dei beni facenti parte dei fondi dovrebbe essere correttamente riferita agli stessi fondi, quali centri autonomi di imputazione di interessi».

Lo stesso Consiglio di Stato (parere 11 maggio 1999, n. 608) ha ritenuto, con riferimento alla fattispecie dei fondi immobiliari chiusi di cui all’art. 3, comma 86, L. 26 dicembre 1996, n. 662, che la proprietà dei beni facenti parte ai fondi spetterebbe agli stessi fondi quali “centri autonomi di imputazione di interessi” (con conseguente trascrizione immobiliare a favore di questi ultimi).

di organizzazione sufficienti per separare il patrimonio del fondo da quello dei suddetti soggetti attraverso la creazione di un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici. Tale impostazione è stata declinata da taluno prospettando un'assimilazione del soggetto fondo alla fondazione non riconosciuta<sup>14</sup> e da altri all'associazione atipica<sup>15 16</sup>.

Sullo sfondo di tali approcci interpretativi si staglia il recente pronunciamento della Suprema Corte di Cassazione la quale, con la sentenza 15 luglio 2010, n. 16605, ha individuato nella tecnica della separazione patrimoniale quella propriamente rispondente alla preoccupazione preminente del legislatore, ossia l'esigenza di tutelare gli investitori precludendo azioni da parte di terzi sui beni del fondo, così aderendo alla seconda tesi dottrinale che ravvisa nel fondo un "patrimonio separato" della società di gestione<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> R. Costi, *La struttura dei fondi comuni di investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, cit., 276, secondo cui il fondo rappresenterebbe una "istituzione a carattere fondazionale", con ciò spiegandosi l'esclusione dei partecipanti sulla gestione che, in quanto squisitamente tecnica, è demandata ad un'apposita struttura insensibile alle indicazioni dei partecipanti al fondo.

<sup>15</sup> A. Nigro, *I fondi comuni di investimento mobiliare: struttura e natura giuridica*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1969, 1522 ss..

<sup>16</sup> Per completezza espositiva si segnala anche l'impostazione prospettata da autorevole dottrina (F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, 548 ss.), il quale ha diversamente ricostruito l'istituto in esame inquadrando il rapporto tra partecipanti al fondo e società di gestione quale peculiare forma di mandato senza rappresentanza, in virtù del quale la società di gestione opera in nome proprio e per conto dei partecipanti, svincolata dalle istruzioni dei partecipanti-mandanti, attraverso operazioni la cui esecuzione è affidata alla banca depositaria presso cui sono depositati i beni sotto la denominazione del fondo. I beni acquistati dalla società di gestione entrano a far parte del patrimonio del fondo non aggredibile dai creditori della società di gestione in forza di una specifica disposizione di legge, peraltro conforme a un principio codicistico comune a tutti i mandati senza rappresentanza. I beni del fondo sono intestati alla società di gestione, unico soggetto legittimato a disporre e sono depositati, sotto la denominazione del fondo, presso la banca depositaria, la cui interposizione tutela dal rischio di confusione dei beni del fondo con il patrimonio della società. Il patrimonio del fondo costituisce proprietà collettiva dei partecipanti, seppur retta da regole completamente differenti dalla comunione (divieto di ottenere la divisione del fondo secondo le norme di diritto comune, amministrazione rimessa alla società di gestione, unica responsabile per le obbligazioni assunte nella gestione del fondo). La società di gestione è l'unico soggetto responsabile delle obbligazioni assunte nella gestione del fondo, rispondendo in caso di mancato adempimento con il proprio patrimonio come qualsiasi mandatario senza rappresentanza. Tale ultima implicazione della tesi in esame contraddice il disposto normativo di cui al novellato art. 36, comma 6, TUF, come modificato dall'art. 32 del d.l. 78/2010, secondo cui «*delle obbligazioni contratte per suo conto, il fondo comune di investimento risponde esclusivamente con il proprio patrimonio*».

<sup>17</sup> Nella parte motiva della sentenza citata, la Suprema Corte ha ripercorso i tre orientamenti dottrinali *supra* descritti, prendendo posizione a favore del secondo di essi. La Cassazione, in particolare, ha ritenuto che l'impostazione secondo cui il fondo sarebbe riconducibile alla figura della comunione (con i beni del fondo appartenenti pro quota a ciascuno dei partecipanti) mal si attaglia alla realtà, dato che lo scopo economico-pratico dei fondi d'investimento è assolutamente diverso da quello tradizionale della comunione, con conseguente impossibilità di assimilare le utilità che i partecipanti ritraggono dai beni del fondo a quelle che derivano ai comunisti dai beni in comunione e con divergenza dei poteri esercitabili su tali beni, rispettivamente, dai partecipanti al fondo e dai comunisti.

La Corte non ritiene di aderire neppure alla tesi che ravvisa nel fondo un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici, data la sostanziale assenza di un potere dei fondi di autodeterminare

### **3 Il dibattito dottrinale sulla soggettività tributaria dei fondi comuni di investimento prima della novella legislativa che ha positivamente ricompreso gli OICR tra i soggetti passivi ai fini delle imposte sui redditi**

Nella prospettiva segnatamente tributaria e principiando dall'analisi evolutiva del disposto normativo, si evidenzia come prima della recente riforma della tassazione dei fondi comuni ad opera dell'art. 2, commi da 62 a 84, del d.l. n. 225/2010, pur nella diversità dei regimi fiscali che si sono nel tempo succeduti<sup>18</sup>, l'imposizione in capo al fondo era sempre stata una costante nel sistema normativo domestico.

In particolare, ai sensi dell'art. 9 l. n. 77/1983, i fondi comuni di investimento mobiliare aperti erano soggetti a una particolare disciplina tributaria, consistente, oltre che nelle ritenute alla fonte su gran parte dei proventi ricevuti, nell'applicazione di un'imposta sostitutiva dell'Irpef, dell'Irpeg e dell'Ilor da commisurarsi sull'ammontare del valore netto del fondo calcolato come media annua dei valori netti mensili risultanti dalle situazioni di fine mese.

Già in vigenza di tale regime, la dottrina si era divisa in merito alla possibilità di considerare il fondo comune d'investimento quale centro autonomo di riferibilità della manifestazione di capacità contributiva assunta a presupposto d'imposta.

---

le proprie scelte e le linee guida del proprio agire, nonché l'assenza di una struttura organizzativa minima, di rilevanza anche esterna, presentandosi il fondo privo di quegli strumenti minimi che gli consentano di porsi direttamente in relazione con i terzi, potendo lo stesso operare solo per il tramite della società di gestione.

Il fondo quale patrimonio separato rappresenta, ad avviso della Corte di legittimità, la ricostruzione maggiormente rispondente alla definizione normativa di fondo in termini di "patrimonio autonomo" offerta dall'art. 1, comma 1, lett. j) del TUF in uno con la previsione legislativa che preclude ai creditori della società di gestione di aggredire il patrimonio del fondo di cui all'art. 36, comma 6, TUF.

Per un commento alla sentenza, si rinvia a A. Lamorgese, *I fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica autonoma*, in *I contratti*, 2011, 31ss; L. Boggio, *Fondi comuni di investimento: oggetto o soggetto di diritto?*, in *Le Società*, 2011, 46ss.; F.R. Fantetti, *Separazione e titolarità del patrimonio nei fondi comuni di investimento*, in *La res. civ.*, 2011, 124 ss.; S. Pellegatta, *Fondi comuni di investimento e acquisti di immobili: la Cassazione propende per l'intestazione alla società di gestione del risparmio*, in *Foro it.*, 2011, 1858 ss..

<sup>18</sup> Dall'originario sistema "misto" per cui il fondo era nettista su gran parte dei proventi ricevuti, scontando in aggiunta una imposizione di tipo patrimoniale, in seguito al d.lgs. 21 novembre 1997, n. 461, il fondo è divenuto lordista, attraverso l'assoggettamento a tassazione del risultato di gestione maturato in capo allo stesso.

Parte della dottrina si era espressa in senso favorevole, ricomprendendo, in linea di principio, i fondi nell'ampia previsione di cui all'art. 2, lett. b), del D.P.R. n. 598/1973 dedicata ai soggetti passivi<sup>19</sup>.

In tale prospettiva, si accordava al richiamato art. 9 della l. n. 77/1983 - che espressamente dichiarava i fondi “*non soggetti all'Irpef, all'Irpeg e all'Ilor*” e ne assoggettava il patrimonio ad imposta sostitutiva - natura di norma di esenzione, con portata derogatoria, e non ricognitiva di una condizione fisiologica del fondo quale figura sprovvista di soggettività tributaria.

Per contro, altra dottrina perveniva all'opposta conclusione di negare autonoma soggettività al fondo, valorizzando lo *status* civilistico di patrimonio (separato ma comunque) appartenente alla società di gestione<sup>20</sup> e la mancanza di struttura organizzativa<sup>21</sup>, ravvedendo nell'esclusione dei fondi dall'assoggettamento alle imposte dirette prevista in via normativa l'ulteriore e definitiva conferma della tesi prospettata.

In realtà, il problema della soggettività tributaria dei fondi, indagato dalla sovra esaminata dottrina su un piano precipuamente interno, risultava sotto tale ultimo profilo di indagine fortemente attenuato, quanto meno sotto il profilo della modalità di imposizione, avendo il legislatore optato per un regime

<sup>19</sup> Si veda A. Amatucci, *Il regime tributario dei fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Boll. trib.*, 1984, 421; E. Belli Contarini, *Fondi comuni di investimento mobiliari nazionali, società di investimento a capitale variabile (Sicav) e soggettività tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, 1121, per il quale il fondo sarebbe in grado di adempiere al dovere di contribuzione in quanto centro autonomo d'imputazione giuridica: esso, infatti, «*nonostante la rimborsabilità ad libitum delle quote riconosciuta ai singoli partecipanti, è pur sempre dotato di autonomia patrimoniale; lo stesso è munito, altresì, di autonomia gestionale, ovvero sia decisionale, sebbene gli organi che pongono in essere gli atti a lui (al fondo) riferibili siano gli stessi della società di gestione*»; F. Bosello, *Aspetti fiscali dei fondi comuni di investimento*, in *Dir. prat. trib.*, 1984, 73; G. Falsitta, *Lineamenti del regime fiscale dei fondi comuni di investimento mobiliare aperti*, in *Rass. trib.*, 1984, p. 1, secondo cui «*i fondi si configurano come dei patrimoni separati e personificati, destinati in via esclusiva all'esercizio di attività commerciali, in quanto tali ricadenti puntualmente nell'ampia previsione contenuta nella lettera b) dell'art. 2 del D.P.R. n. 598/1973; tant'è che può affermarsi che, nell'assenza di una espressa presa di posizione a questo riguardo, in sede di elaborazione della normativa, in un sistema quale quello italiano, sarebbe fuori discussione l'applicabilità, ai fondi, della disciplina prevista dall'art. 2 del decreto IRPEG*». A favore della soggettività dei fondi d'investimento ai fini delle imposte dirette anche A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, 409 ss. per il quale, anche senza tenere in considerazione il disposto normativo che statuisce l'autonomia patrimoniale dei fondi, «*l'imposizione sostitutiva (prevista -lo ricordo nuovamente- per i fondi mobiliari e per quelli immobiliari) attesta la loro soggettività, vuoi dal punto di vista della realizzazione della materia imponibile, vuoi da quello dell'imputazione dell'obbligazione d'imposta*».

<sup>20</sup> Cfr. F. Gallo, *I soggetti del libro primo del codice civile e l'Irpeg: problematiche e possibili evoluzioni*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, 347.

<sup>21</sup> Cfr. F. Gallo, *op. ult. cit.*, 348 ove si evidenziava come «*nel sistema della l. n. 77 il fondo è configurato come entità assolutamente incapace di agire, "oggetto" e non "soggetto" di diritti, non avente né una propria struttura organizzativa, né alcuna capacità negoziale o, comunque, decisionale, dalla quale possa desumersi che sia esso a disporre del proprio patrimonio e ad esserne titolare*». Nello stesso senso F. Marchetti, *Il regime fiscale dei fondi comuni di investimento mobiliare*, in *Quadrimestre* 184, 565-569.

di imposizione sostitutiva che, giusta il suo operare, certamente valorizzava il profilo oggettivo del fenomeno impositivo riducendo rilievo a quello soggettivo.

Per contro, sul piano del diritto internazionale tributario, la questione circa l'applicabilità ai fondi istituiti in Italia delle Convenzioni internazionali in materia fiscale, pur destando questioni interpretative<sup>22</sup>, era risolta in via di prassi, essendosi l'Amministrazione finanziaria espressa in termini positivi<sup>23</sup>, dando seguito a tale impostazione su un piano strettamente operativo con il rilascio dei certificati di residenza al fine dell'applicazione dei Trattati.

#### **4 I riverberi del passaggio dall'imposizione sugli OICR a quella sugli investitori sull'operatività delle Convenzioni internazionale in materia fiscale**

La problematica circa la soggettività degli OICR ai fini convenzionali, come detto già avvertita prima della riforma del 2010, si è evidentemente acuita a seguito dello spostamento della tassazione sul risultato di gestione maturato in capo agli stessi, all'imposizione sugli investitori al momento della percezione dei proventi da questi realizzati.

Invero, nell'imminenza dell'entrata in vigore della nuova disciplina, la riferita transizione dall'imposizione direttamente a carico dell'organismo a quella degli investitori portava evidentemente con sé il problema di stabilire se i fondi comuni di investimento residenti in Italia si potessero considerare "*persons*" e "*liable to tax*" nel territorio dello Stato, con la conseguente possibilità di accedere ai benefici pattizi.

Come noto, l'accesso ai benefici delle Convenzioni contro le doppie imposizioni presuppone la possibilità di qualificare il soggetto quale: (i) "persona" ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) del Modello OCSE di Convenzione internazionale in materia fiscale, (ii) "residente" a mente dell'art. 4 della Convenzione-tipo e, in relazione alle fattispecie reddituali tipiche percepite dagli OICR, (iii) "beneficiario effettivo" del reddito.

Con riferimento al primo requisito<sup>24</sup>, l'Ocse, nel contesto della raccomandazione sugli organismi di investimento collettivo<sup>25</sup> e nelle conseguenti

<sup>22</sup> Si confronti M. Gusmeroli, *Applicabilità della Convenzione con lo Stato dei soci di un fondo trasparente*, in *Corr. Trib.*, 2009, 965-970.

<sup>23</sup> Cfr. la circolare 20 marzo 2001, n. 29/E e la risoluzione 23 aprile 2003, n. 92/E in materia di fondi pensione. Nello stesso senso si era espressa anche Assogestioni nella circolare 24 gennaio 1995, prot. 165/95/G e nella circolare 18 dicembre 2000, prot. 2855/00/C.

<sup>24</sup> Cfr. S. Grilli, *Tax Treaty entitlement of investment funds*, in *Dir. Prat. Trib. Internaz.*, 2004, 863-948.

<sup>25</sup> *The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles*, rapporto adottato dal Comitato Affari Fiscali OCSE il 23 aprile 2010 e innestato nelle modifiche 2010 al

modifiche introdotte al Commentario all'art. 1 del Modello Ocse<sup>26</sup>, ha specificato che l'eventuale applicazione delle Convenzioni bilaterali a veicoli di investimento collettivi muove anzitutto dalla forma giuridica adottata in sede di istituzione, avendo di poi premura di evidenziare che, nella necessità di fornire un'interpretazione estensiva al termine "person" di cui all'art. 1 del Modello OCSE attesa la molteplicità delle impostazioni accolte nei vari Paesi, il requisito soggettivo in esame risulta integrato qualora l'organismo si qualifichi quale soggetto passivo d'imposta secondo la legislazione dello Stato di istituzione.

Quanto poi al secondo requisito, tralasciando in questa sede qualsivoglia analisi sui profili ricostruttivi della nozione di residenza ai fini convenzionali, vale rimarcare anzitutto come il par. 6.11 ed i successivi del Commentario OCSE all'art. 1 del Modello di Convenzione, corredi la nozione di residenza non alla forma legale (ferma comunque la possibilità di qualificarsi quale "persona" ai fini pattizi), bensì alla disciplina fiscale applicabile all'organismo.

Ebbene, ai fini del Trattato, alcuni Stati considerano che un soggetto possa essere considerato *liable to tax* anche qualora lo Stato di istituzione, nell'esercizio della propria potestà impositiva, rinunci ad applicare l'imposta che sarebbe altrimenti dovuta. In tal caso la qualità di residente ai fini convenzionali è riconosciuta solo a condizione che tale esenzione sia applicata esclusivamente al ricorrere di specifici requisiti sufficientemente stringenti previsti dall'ordinamento interno e che, nel caso in cui tali requisiti non sussistano, ricorra l'imposizione ordinaria<sup>27</sup>.

Tale impostazione è stata peraltro avallata anche dall'Amministrazione finanziaria italiana, la quale, nella risoluzione n. 167/E del 2008<sup>28</sup>, ha fatto proprie le indicazioni offerte in ambito internazionale con riferimento ai fondi pensione.

---

Commentario all'art. 1 del Modello OCSE di Convenzione internazionale.

<sup>26</sup> In particolare, il paragrafo 6.10 del Commentario OCSE all'art. 1 del Modello recita testualmente: «6.10- *The determination of whether a CIV should be treated as a "person" begins with the legal form of the CIV, which differs substantially from country to country and between the various types of vehicles. In many countries, most CIVs take the form of a company. In others, the CIV typically would be a trust. In still others, many CIVs are simple contractual arrangements or a form of joint ownership. In most cases, the CIV would be treated as a taxpayer or a "person" for purposes of the tax law of the State in which is established; for example, in some countries where the CIV is commonly established in the form of a trust, either the trust itself, or the trustees acting collectively in their capacity as such, is treated as a taxpayer or a person for domestic tax law purposes. In view of the wide meaning to be given to the term "person", the fact that the tax law of a country where such a CIV is established would treat it as a taxpayer would be indicative that the CIV is a "person" for treaty purposes.*».

<sup>27</sup> Cfr. par. 6.12 del Commentario OCSE all'art.1 che rinvia al par. 8.6 del Commentario OCSE all'art. 4.

<sup>28</sup> Per un commento del testo di prassi si confrontino G. Corasaniti (a cura di), *L'Amministrazione finanziaria italiana riconosce l'applicabilità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni anche ai fondi pensione*, in *Dir. prat. Trib. Internaz.*, 2008, 936-938; A. Tomassini, *Alcuni recenti sviluppi interpretativi sulla nozione di beneficiario effettivo e di residenza ai fini convenzionali*, in *Rass. Trib.*, 2008, 1383ss.

Quanto poi al requisito del beneficiario effettivo, il par. 6.14 del Commentario all'art. 1 del Modello precisa che un organismo di investimento collettivo si possa qualificare come tale se il relativo soggetto gestore ha poteri discrezionali in merito alla gestione del patrimonio dello stesso; con ciò fornendo per la prima volta, ancorchè limitatamente al caso specifico degli organismi di investimento collettivo, una definizione in positivo di beneficiario effettivo del tutto peculiare rispetto all'esegesi del sintagma proposta dal Commentario in seno agli artt. 10, 11 e 12 del Modello Ocse<sup>29</sup>.

Tanto premesso, ripercorse brevemente le precisazioni da ultimo offerte in ambito OCSE<sup>30</sup>, seppur già da queste ultime si potevano, in via interpretativa, ritrarre elementi utili per esprimersi a favore della fruibilità da parte degli OICR dei benefici convenzionali anche a seguito della modifica del regime fiscale di questi ultimi, tuttavia la questione non poteva dirsi compiutamente risolta.

Alla questione ha inequivocabilmente posto soluzione il legislatore fiscale, il quale, con l'ultimo arresto normativo in materia, ha ampliato l'ambito applicativo dell'art. 73, comma 1, lett. c) t.u.i.r., inserendo gli organismi di investimento collettivo del risparmio residenti in Italia a pieno titolo tra i soggetti passivi Ires che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale, sì dirimendo ogni dubbio in ordine alla possibilità per gli OICR istituiti nel territorio dello Stato di potersi qualificare quali "persone" ai fini convenzionali. Conseguentemente è stato integrato il comma 3 del citato art. 73, stabilendo che si considerano "residenti" nel territorio dello Stato "gli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia".

La novella legislativa, dopo aver collocato gli OICR tra i soggetti passivi dell'Ires ne dispone all'art. 73, comma 5- *quinquies*, l'esenzione, la quale, come evidenziato in premessa, non opera in via automatica, bensì al ricorrere di una specifica condizione, ovvero la soggezione del fondo (o del soggetto incaricato della gestione) a forme di vigilanza prudenziale<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Sulla nozione di beneficiario effettivo in relazione agli OICR si rinvia, per tutti, a S. Tellarini, *La nozione di "beneficiario effettivo" ai fini del regime convenzionale dei dividendi*, in *La tassazione dei dividendi intersocietari* a cura di G. Maisto, Milano, 2011, 591ss, in specie 600.

<sup>30</sup> Le precisazioni contenute nel Commentario operano esclusivamente con riferimento agli organismi che soddisfano i requisiti colà previsti dallo stesso Commentario per qualificarsi come *collective investments undertakings* (CIV). Trattasi, in particolare, di organismi di investimento le cui quote di partecipazione sono diffuse presso il pubblico ("*widely held*"), che detengono un portafoglio diversificato di titoli e che sono soggetti a vigilanza prudenziale nello Stato in cui sono istituiti.

<sup>31</sup> Tale previsione è stata inserita al fine di precisare che il regime di cui all'art. 73, comma 5- *quinquies*, t.u.i.r. trova applicazione anche nei confronti di organismi di investimento istituiti e gestiti in Italia da soggetti non residenti. Ciò in forza del c.d. passaporto del gestore in attuazione della direttiva 2011/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, sui gestori dei fondi di investimento alternativi, che modifica le direttive 2003/41/CE e 2009/65/CE e i regolamenti (CE) n. 1060/2009 e (UE) n. 2095/2010.

Mette conto rilevare che il regime di esenzione in parola è applicabile esclusivamente a quei fondi che rispondono ai requisiti richiesti dalla normativa civilistica affinché possa configurarsi una forma di gestione collettiva del risparmio. Ne consegue che qualora un organismo di investimento sia privo dei requisiti richiesti dalla normativa civilistica, nei confronti dello stesso si rendono applicabili le disposizioni in materia di imposta sul reddito delle società<sup>32</sup>.

Attese le intervenute modifiche normative, ancorché in via generale l'assoggettamento ad imposta degli OICR sia solo "virtuale" e non effettivo, ciò consente, anche alla luce delle sovra citate precisazioni del Commentario OCSE, di riconoscere agli OICR istituiti in Italia la fruizione dei benefici pattizi<sup>33</sup>.

In particolare, pur usufruendo di un peculiare regime tributario, l'inclusione tra i soggetti passivi Ires esclude la possibilità che gli OICR che integrano i requisiti previsti dall'art. 73 t.u.i.r. siano considerati quali soggetti esenti dall'imposta in relazione al profilo soggettivo<sup>34</sup>; donde i proventi dagli stessi percepiti, salvo particolari ipotesi assoggettate a ritenuta a titolo d'imposta<sup>35</sup>, sono percepiti dai fondi in esame al lordo delle relative imposte sostitutive.

Tanto premesso, l'evoluzione della disciplina interna, come meglio precisato *infra*, si presenta quale epilogo di un percorso di convergenza della normativa interna alle indicazioni emerse in ambito OCSE. Il che si è tradotto in un'estensione dell'area della soggettività tributaria a organismi che, per contro,

<sup>32</sup> In questi termini si esprime l'Amministrazione finanziaria nella circolare 15 luglio 2011, n. 33/E e nella circolare 28 marzo 2012, n. 11/E.

<sup>33</sup> Ne consegue, come precisato dalla stessa Agenzia delle Entrate nella circolare del 28 marzo 2012, n. 11/E, che «*anche nella vigenza del nuovo regime di imposizione degli organismi di investimento, gli Uffici finanziari sono tenuti a rilasciare – su richiesta della società di gestione del risparmio (SGR) o della società di investimento a capitale variabile (SICAV) – i certificati di residenza per l'applicazione delle Convenzioni relativamente agli OICR istituiti in Italia*».

Tuttavia, come specificato nella richiamata circolare, considerato che le Convenzioni contro le doppie imposizioni sono generalmente applicate a condizioni di reciprocità, le Autorità estere potrebbero subordinare l'applicazione del trattamento convenzionale agli OICR istituiti in Italia al riconoscimento dello stesso trattamento ai propri organismi di investimento che, come precisato dal comma 5-*quinquies* dell'art. 73 t.u.i.r., siano soggetti a forme di vigilanza prudenziale. Il requisito della vigilanza, al pari di quanto previsto per gli OICR italiani, dovrà essere verificato con riguardo all'organismo di investimento ovvero in capo al soggetto gestore.

<sup>34</sup> In questi termini la risoluzione 2 luglio 2013, n. 43/E.

<sup>35</sup> Il prelievo alla fonte sui redditi di capitale percepiti dagli OICR è limitato (i) agli interessi e altri proventi delle cambiali finanziarie, delle obbligazioni e titoli similari non quotati in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione di Stati comunitari o aderenti al SEE inclusi nella *white list*, emessi da società ed enti diversi dalle banche e da società emittenti strumenti finanziari rappresentativi del capitale negoziati nei medesimi mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione; interessi e altri proventi delle obbligazioni e titoli similari di durata non superiore a 18 mesi emessi, fino al 31 dicembre 2011, dai cosiddetti "grandi emittenti". In tutte queste ipotesi si applica, infatti, la ritenuta prevista dall'art. 26, comma 1, del D.P.R. n. 600 del 1973; (ii) proventi delle accettazioni bancarie di cui all'art. 1 del D.L. 2 ottobre 1981, n. 546, convertito dalla legge 1 dicembre 1981, n. 692; (iii) proventi dei titoli atipici di cui agli artt. 5 e 8 del D.L. 30 settembre 1983, n. 512, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 novembre 1983, n. 649.

non sono colti dall'ordinamento primario quale autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici. E ciò, *prima facie*, in apparente deroga al consolidato principio della sostanziale coincidenza tra soggettività tributaria e quella di diritto comune, su cui pare opportuno soffermarsi brevemente nel prosieguo.

## 5 La soggettività di diritto comune e la soggettività tributaria: brevi cenni ricostruttivi

Nel muovere verso le considerazioni conclusive in ordine alla natura della scelta operata dal legislatore tributario di riconoscere soggettività passiva ad organismi ritenuti sprovvisti di soggettività di diritto civile, si rendono opportune alcune basilari, ma necessarie considerazioni in ordine al tema della soggettività tributaria in termini di confronto-contrapposizione rispetto a quella civilistica.

Scervi da alcuna pretesa di completezza, vale brevemente ricordare come la diatriba in esame ha radici lontane<sup>36</sup>, essendosi dapprima sviluppata intorno all'art. 9 del r.d. del 17 settembre 1931, n. 1608, poi all'art. 2 del t.u. 5 luglio 1951, n. 573, e, quindi, all'art. 8 del t.u. 29 gennaio 1958, n. 645, contrapponendosi, nel tempo, due orientamenti distinti: uno, più risalente, che giungeva ad attribuire capacità giuridica tributaria anche a figure non elevate dal diritto privato a fattispecie soggettive; l'altro che, al contrario, negava la possibilità di radicare la soggettività solo sulle leggi d'imposta.

Ebbene, già prima dell'entrata in vigore del testo unico delle imposte dirette del 1958<sup>37</sup>, la dottrina maggioritaria teorizzava una possibile divergenza tra l'area dei soggetti di diritto civile e quella dei soggetti di diritto tributario,

<sup>36</sup> Peraltro, la disputa sulla capacità tributaria o speciale, come ricorda E. Antonini, *Profili soggettivi dell'obbligazione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1963, p. 90, occupò negli stessi anni anche la dottrina tedesca, la quale, muovendo da presupposti concettuali non dissimili a quelli propri della dottrina italiana, ha finito per ammetterne la configurabilità.

<sup>37</sup> Già nella vigenza del T.U. 24 agosto 1877, n. 4021, che disciplinava l'imposta sui redditi mobiliari, parte della dottrina si era pronunciata a favore di una nozione di soggettività tributaria più ampia rispetto a quella di diritto comune.

La questione della speciale capacità tributaria risulta già indagata da O. Quarta, *Commento alla legge sull'imposta di ricchezza mobile*, Milano, 1917, p. 102, il quale trovava riscontro alla propria tesi proprio nei lavori parlamentari relativi all'art. 2 del T.U. n. 4021/1877, dai quali emergeva con chiarezza l'intento di estendere l'imposizione a tutte le manifestazioni di ricchezza, senza preclusioni derivanti dalle questioni sulla soggettività civilistica.

Nello stesso senso M. Pugliese, *Istituzioni di diritto finanziario*, Padova, 1937, p.45; G. Tesoro, *Principi di diritto tributario*, Bari, 1938, p. 111; C. Arena, *Corso di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Napoli, 1940, p. 471; E. Vanoni, *Elementi di diritto tributario*, in *Opere giuridiche*, I, Milano, 1962, 159.

*Contra* sulla impossibilità di ravvedere già nella normativa ante TU del 1958 elementi a supporto di una più estesa accezione della soggettività in ambito tributario, E. Antonini, *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965, 77ss.

in quanto l' idoneità ad essere soggetti di rapporti di diritto tributario risultava essere "più lata della capacità giuridica generale"<sup>38</sup>.

Tale impostazione sembrava trovare solidi addentellati in tutte quelle disposizioni che, in materia di imposte dirette, attribuivano rilievo - oltre alle persone fisiche e giuridiche, alle società e alle associazioni - anche alle altre organizzazioni di persone e beni, prive di personalità giuridica, nei confronti delle quali il presupposto si verificava in modo unitario ed autonomo<sup>39</sup>; ed infatti, secondo la dottrina richiamata, proprio da tali norme doveva desumersi "un'estensione della personalità oltre i confini del diritto privato", la quale trovava, in ultima analisi, "la sua ragion d'essere e la sua giustificazione nello scopo di allargare l'ambito di applicazione del tributo e di renderne più facile e pronto l'accertamento"<sup>40</sup>.

Benché prevalente, l'orientamento descritto non andava, comunque, esente da critiche<sup>41</sup>: secondo alcuni autori, infatti, l'idea della divergenza tra l'area della soggettività tributaria e quella di diritto civile conteneva un vizio di fondo, in quanto la soggezione al tributo, importando l'obbligo di pagare una somma di danaro, presupponeva logicamente e necessariamente il riconoscimento

<sup>38</sup> Così, G. Ingresso, *Istituzioni di diritto finanziario*, II, *Le entrate dello Stato – imposte e tasse - entrate patrimoniali*, Napoli, 1937, 17. Nei medesimi termini, A. D. Giannini, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1972, 109, per il quale "la capacità giuridica tributaria nel nostro ordinamento, come in quello di altri Stati, non coincide con la capacità giuridica del diritto privato (o di altri rami del diritto), e ciò nel senso che, mentre tutte le persone fisiche e collettive, giuridicamente capaci secondo il diritto privato, sono, senz'altro, tali anche per il diritto tributario, quest'ultimo, invece, attribuisce la capacità di essere soggetti passivi di imposta anche ad unioni di persone o a complessi di beni sforniti, secondo il diritto privato, di capacità giuridica". In particolare secondo detto Autore la configurabilità di una soggettività tributaria svincolata dai canoni di diritto comune – che, vale ricordare, all'epoca riferiva la capacità giuridica alle sole persone fisiche e giuridiche – discendeva dai peculiari scopi della normativa fiscale volta a garantire l'imposizione di qualsivoglia situazione economica espressiva di capacità contributiva e la centralità dalla stessa accordata al presupposto oggettivo rispetto a quello soggettivo. Per la dottrina pubblicistica cfr. C. Lavagna, *Teoria dei soggetti e diritto tributario*, in *Riv. dir. fin. Sc. Fin.*, 1961, 3ss.; Id., *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 97-98. Più di recente M. Nussi, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova, 1996, 35.

<sup>39</sup> In particolare, cfr. art. 9 del R.D. 17 settembre 1931, n. 1608, che, nell'indicare le persone e gli enti obbligati a presentare la dichiarazione dei redditi soggetti alle imposte dirette, menzionava anche le associazioni, società o ditte "anche se esistenti soltanto di fatto"; nonché l'art. 2 del T.U. 5 luglio 1951, n. 573, per il quale la dichiarazione unica dei redditi doveva essere presentata, oltre che dalle persone fisiche e giuridiche, dagli enti di fatto, nei cui confronti il presupposto del tributo si verificasse in modo unitario, dalle fondazioni e aziende aventi finalità proprie, istituite da altri enti, anche se sforniti di personalità giuridica ai sensi della legge civile, quando hanno bilancio e gestione autonomi rispetto a quelli della persona o dell'ente che le ha costituite.

<sup>40</sup> A.D. Giannini, *Istituzioni di diritto tributario*, cit., 110.

<sup>41</sup> Si opponevano alla *communis opinio* dell'epoca L.V. Berliri, "Capacità giuridica tributaria" o concorso di debitori di imposta?, in *Riv. it. dir. fin.*, 1940, 237, nonché E. Allorio, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1962. Quest'ultimo, in particolare, negava non solo la capacità tributaria degli enti di fatto, ma anche la loro personalità meramente processuale: l'espressione "ente di fatto" doveva essere intesa, secondo l'Autore, "quale espressione breviloquente per designare le vere parti, che sono i suoi membri, rappresentati processualmente dalle persone che hanno la direzione dell'ente di fatto". Sul fondamentale contributo offerto da E. Antonini per il "superamento" della nozione di capacità tributaria speciale si veda *infra* nota n. 50.

della possibilità di possedere e trasferire somme di denaro, vale a dire la capacità giuridica di diritto privato<sup>42</sup>.

Orbene, come la dottrina successiva non ha mancato di osservare, l'orientamento richiamato che propugnava l'esistenza di una soggettività impositiva disgiunta dalla capacità giuridica di diritto civile nasceva ed era strettamente legato ad impostazioni di teoria generale più risalenti, che non ammettevano in ambito civilistico soggetti di diritto che non fossero anche soggetti personificati, tanto che probabilmente proprio l'evoluzione concettuale della soggettività in seno all'ordinamento primario ha contribuito al venir meno dell'utilità e della ragion d'essere di una autonoma figura di capacità tributaria speciale<sup>43</sup>.

Ed invero, proprio nella consapevolezza degli sviluppi della teoria generale in tema di soggettività nel senso di un'estensione della nozione oltre le persone (fisiche e giuridiche), si è assistito al consolidarsi dell'orientamento di segno contrario, allo stato prevalente, secondo cui la soggettività tributaria non può prescindere, ma anzi presuppone, quella di diritto civile.

In particolare, la nozione autonoma della soggettività tributaria si agganciava ad una concezione della capacità-soggettività giuridica di diritto comune c.d. organica tradizionale<sup>44</sup>, intesa come capacità generale delle persone fisiche e giuridiche ad essere destinatari dell'intero ordinamento giuridico, senza distinzioni. La capacità giuridica assumeva in tale contesto la funzione di indice dell'esistenza o della rilevanza giuridica del soggetto, designando "la posizione generale del soggetto in quanto destinatario degli effetti giuridici"

<sup>42</sup> Così L. V. Berliri, *Della cosiddetta capacità di diritto tributario*, in *L'imposta di R.M.*, - *Incontri e scontri di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1949, 426; sul punto anche A. Falzea, *Capacità giuridica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 17, il quale criticava l'idea di una soggettività tributaria speciale, ritenendo che il rapporto giuridico d'imposta non potesse costituirsi che, sia pure in riferimento ad un patrimonio autonomo, in capo ai soggetti titolari del patrimonio medesimo.

<sup>43</sup> Osserva F. Gallo, *Soggettività tributaria nel pensiero di G.A. Micheli*, in *Rass. Trib.*, 2009, 615, che la possibilità di costruire una speciale soggettività tributaria "dipende dalla maggiore o minore ampiezza che si intende dare alla nozione di soggettività di diritto comune: più questa è flessibile, ampia e comprensiva dei possibili, svariati centri di imputazione e meno si pone l'esigenza di individuare una soggettività tributaria disgiunta; e più la soglia minima della soggettività di diritto comune si abbassa più si riducono gli spazi che giustificerebbero la creazione di una speciale soggettività tributaria divergente da quella di diritto comune". Per F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Torino, 1987, 88, la difficoltà di concepire l'imputazione di obbligazioni tributarie a soggetti non titolari di un patrimonio appare ora superata dall'acquisita consapevolezza che lo stesso diritto comune riconosce la riferibilità di situazioni giuridiche a soggetti non dotati di personalità.

<sup>44</sup> A. Falzea, *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, 1960, vol. VI, 11. La capacità giuridica e quindi la soggettività è, in questa prospettiva, generica in quanto consiste in una posizione assunta dalla persona nei confronti dell'intero sistema e non delle singole norme. Inoltre, in forza della sua natura essenzialmente potenziale, si presenta come qualità astratta ed *a priori*, logicamente preliminare ad ogni altra situazione soggettiva. La stessa si pone, quindi, come condizione, presupposto per l'acquisto di tutti i diritti ed obblighi giuridici. Nello stesso senso S. Pugliatti, *Gli istituti nel diritto civile*, Milano, 1943 e C.M. Bianca, *Diritto civile, I, Le norme giuridiche, I soggetti*, Milano, 1978.

dell'intero ordinamento, venendo in tale prospettiva la "soggettività a coincidere puntualmente e senza residui con la capacità giuridica"<sup>45</sup>.

Quanto agli enti, il riconoscimento della capacità giuridica – intesa, dalla tesi in esame, quale attitudine ad essere destinatari dell'intero sistema normativo - conseguiva all'attribuzione della personalità giuridica al ricorrere dei requisiti quali lo scopo, l'organizzazione, l'autonomia patrimoniale e l'alterità, sì pervenendo la persona giuridica a rivestire la qualifica di soggetto di diritto in maniera qualitativamente analoga a quella della persona fisica.

Secondo l'approccio tradizionale la personalità fisica e la personalità giuridica<sup>46</sup> esaurivano le due specie del genere della soggettività<sup>47</sup>, non potendo, per contro, qualificare quale soggetto di diritti (nel senso sovra delineato) entità destinatarie solo di determinate norme e non assunte quali centri di interessi globale dell'intero ordinamento.

Senonchè, l'emergere di una nozione di soggettività di diritto civile più estesa rispetto a quella riconducibile alle sole persone fisiche o giuridiche di cui alla concezione tradizionale, così come in estrema sintesi e senza alcuna pretesa di esaustività descritta, ha segnato la crisi dell'opinione dottrinale circa l'esistenza di una soggettività tributaria speciale.

Ci si riferisce al contributo in tal senso offerto da quegli orientamenti della dottrina civilistica che si sono espressi in termini critici rispetto alla concezione organica tradizionale della soggettività intesa quale capacità generale ad essere destinatari dell'intero ordinamento giuridico.

In primo luogo si intende richiamare le concezioni cosiddette "normativiste", di diretta derivazione kelseniana<sup>48</sup>, secondo cui la nozione di capacità giuridica e la stessa soggettività, lungi dal costituire una qualità intrinseca ed irrelata dell'individuo, non presenterebbero una valenza generale, dovendo per contro essere valorizzato il singolo rapporto norma-soggetto. Invero, in tale prospettiva, - che, come eloquentemente mostrato dalla denominazione sotto la quale tali orientamenti sono stati accomunati, intende il diritto quale mero sistema normativo - si esclude la configurabilità di un modello unitario e generale di soggetto di diritto; quest'ultimo, per contro, non è tale per propria natura, bensì in quanto riceve la sua "giuridicità" - che può variare per grado ed intensità - a seconda delle scelte positive dell'ordinamento cui appartiene, disciplinando

<sup>45</sup> Così, ancora, A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 43ss).

<sup>46</sup> In tal senso M. Basile - A. Falzea, *Persona giuridica, Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, vol XXXIII, Milano, 1983, 249ss.

<sup>47</sup> In tali termini S. Fiorentino, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, Napoli, 2000, 31.

<sup>48</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad.it., Torino, 1966, 198.

ogni singola disposizione normativa il proprio destinatario, cui è riferibile una specifica capacità giuridica.

Tale impostazione dottrinale ha condotto ad una visione critica della persona giuridica così come intesa nella concezione tradizionale quale autonomo soggetto di diritti caratterizzato da una propria natura distinta da quella delle persone fisiche che ne fanno parte, ravvisando una valenza meramente strumentale della persona giuridica quale mero collettore dei diritti e doveri degli individui e mero intermediario tra questi ultimi e le norme poste dall'ordinamento<sup>49</sup>.

Le critiche rivolte alla concezione tradizionale della soggettività e personalità giuridica hanno consentito il superamento del rapporto di identificazione tra soggettività e personalità, nel senso di dover ammettere la rilevanza di soggetti diversi dalle persone fisiche e giuridiche.

Tale estensione ha, a sua volta, favorito il superamento<sup>50</sup> dell'impostazione più risalente circa l'esistenza di una nozione di capacità tributaria speciale verso la

<sup>49</sup> H. Kelsen, *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 1952, 89.

Aderisce all'impostazione in senso lato normativista, anche se in termini ancor più rigidi rispetto alla prospettiva kelseniana, T. Ascarelli, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 333 ss, il quale riconduce la persona giuridica in termini nettamente individualistici, pervenendo a negare qualsivoglia utilità dell'imputazione soggettiva di diritti ed obblighi alle persone giuridiche, utilità, per contro, in qualche modo riconosciuta, seppur come sovra detto in via strumentale rispetto alla sottostante disciplina di comportamenti umani, nell'approccio kelseniano.

Lo sviluppo più ampio delle tesi analitiche sulla persona giuridica, e il loro approdo ad esiti che escludono con nettezza l'autonomia soggettiva di quest'ultima sono dovuti a F. D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Milano, 1963, 241. Tale studio è stato ripreso anche da F. Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 553ss, il quale si è a sua volta espresso in senso critico alla concezione organica della soggettività.

Per una rassegna esaustiva dei vari orientamenti dottrinali, ivi compresa le teorie cosiddette nominaliste, si confronti S. Fiorentino, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, cit., pag. 32 ss..

<sup>50</sup> Il superamento delle tesi circa la configurabilità di una soggettività tributaria speciale si deve al contributo di autorevole dottrina (E. Antonini, *La soggettività tributaria*, cit., 146ss.) la quale, in adesione alla concezione normativo-individualista della soggettività per cui l'individuo è l'unico vero destinatario delle norme giuridiche, perveniva da tali premesse ad ancorare il riconoscimento degli enti collettivi quali "soggetti" di diritto comune alla previsione da parte dell'ordinamento primario di alcuni criteri (in specie organizzazione, formazione della volontà, rappresentanza) idonei a ricondurre l'imputabilità degli effetti dall'ente collettivo agli individui medesimi.

Orbene, non ravvisandosi nel campo tributario la valorizzazione di siffatti criteri, ne derivava, ad avviso dell'Autore, l'irrelevanza di tutti quei centri di imputazione soggettiva tributaria che non sono "soggetti" per il diritto comune, non potendo quindi la pretesa impositiva determinare l'esistenza di nuovi soggetti di diritto, ma al più di autonomi centri di imputazione.

Sempre all'interno di una prospettiva "normativa" della soggettività tributaria P. Boria, *Il principio di trasparenza nell'imposizione delle società di persone*, Milano, 1996; N. D'Amati, *La progettazione giuridica del reddito*, I, *Le ipotesi della riforma tributaria*, Padova, 1973, 195ss e A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit.

riconduzione della capacità tributaria a quella di diritto comune<sup>51</sup>, impostazione quest'ultima allo stato condivisa in dottrina<sup>52</sup>.

In tale prospettiva di riconduzione della soggettività tributaria a quella di diritto comune, è stato da taluna dottrina osservato, per un verso, come le obbligazioni d'imposta riguardino i titolari delle entità economiche colpite dal tributo o, comunque, coloro cui sono riferibili atti o attività giuridicamente rilevanti che realizzano il presupposto impositivo, val che dire soggetti che già dispongono di capacità giuridica<sup>53</sup>; per altro verso, e i due profili risultano intimamente connessi, che solo la capacità giuridica consente al soggetto di avere la disponibilità dei mezzi finanziari necessaria ad adempiere l'obbligazione tributaria<sup>54</sup>.

Inoltre, val qui richiamare l'opinione di autorevole dottrina<sup>55</sup>, la quale, al fine di suffragare la coestensività dell'area della soggettività di diritto civile e quella

<sup>51</sup> La questione circa la possibilità di configurare quali soggetti operanti nel solo diritto tributario quelle entità in relazione alle quali è preclusa la soggettività di diritto comune intesa nella accezione più ampia si riscontra già nel contributo di E. Giardina, *La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1962, 269ss., il quale risolve detta questione in senso negativo, escludendo la possibilità di accordare "capacità giuridica tributaria" a quelle entità sprovviste di soggettività di diritto comune anche nell'accezione più estesa di quella riconducibile alle persone fisiche e giuridiche. In particolare l'Autore, pur non negando, in assoluto, la possibilità di una soggettività limitata ad una sola branca dell'ordinamento, perviene ad escludere tale eventualità con riferimento al diritto tributario, non avendo lo stesso le caratteristiche di un sistema compiuto.

<sup>52</sup> A. Amatucci, *Teoria dell'oggetto e del soggetto nel diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1983 ss.; Id., *Soggettività tributaria*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIX, Roma – Milano, 1993, 1 ss.; G. Croxatto, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul) (Irpeg)*, in *Noviss Dig. It.*, Appendice, Torino, 1986, 415 ss.; A. Fedele, *Profili fiscali delle società di persone*, in *Riv. Not.*, 1988, I, 549 ss.; Id., *Il regime fiscale delle associazioni*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1995, 327 ss.; F. Gallo, *I soggetti del libro I del codice civile e l'Irpeg: problematiche e possibili evoluzioni*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993, 345 ss.; A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996; C. Magnani, *I soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, 1973, 1144; E. Potito, *Soggetto passivo d'imposta*, in *Enc. Dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 1226ss.; C. Sacchetto, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto tributario*, vol II, Padova, 1994, 61ss.; G. Zizzo, *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1994, I, 632 ss..

<sup>53</sup> In questi termini P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2002, 190. Tale impostazione riecheggia la tesi di L.V. Berliri (si veda nota 42).

<sup>54</sup> Così, G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2012, 266, per il quale i soggetti passivi dell'obbligazione tributaria possono essere solo quei soggetti che, in quanto titolari di beni assoggettabili ad esecuzione, rispondono del pagamento del debito di imposta.

<sup>55</sup> F. Gallo, *La soggettività ai fini Irpeg*, in AA.VV., *Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico*, Padova, 1988, 659 ss.; ID., *I soggetti del primo libro del codice civile e l'Irpeg: problematiche e possibili evoluzioni*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, 346, il quale osserva che il legislatore ha evitato (quando ha potuto) di attribuire una soggettività solo di diritto tributario ad organizzazioni di beni che non raggiungono la soglia minima necessaria per l'attribuzione della soggettività secondo il diritto comune. Ne costituisce un esempio, secondo l'Autore, l'eredità giacente, la quale è stata disciplinata, agli effetti fiscali, in modo da non dare alcuna rilevanza soggettiva al patrimonio che la compone, in questo modo dando seguito alla tesi civilistica secondo cui l'eredità giacente ha sempre un titolare che sarebbe, con effetto retroattivo, colui il quale accetterà o, in mancanza, lo Stato".

Analoga impostazione è peraltro da attribuire a G.A. Micheli, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. fin.*, 1977, 431, il quale osserva come in alcuni casi siano assunti "come soggetti di diritto tributario entità non personificate le quali trovano già nel diritto comune una disciplina

tributaria, evidenzia la circostanza che il legislatore, nell'opera di selezione della categoria residuale dei soggetti passivi Ires, ha assunto, quali requisiti rivelatori della soggettività in ambito tributario, proprio quelli (*i.e.* l'organizzazione, l'alterità, l'autonomia patrimoniale<sup>56</sup>) che lo stesso ordinamento generale richiede per la sussistenza di soggetti di diritto privato non personificati e non tipizzati, e ciò a riprova del fatto che l'ordinamento tributario non forgia soggetti settoriali ed "autoctoni".

Sotto tale ultimo profilo, attenta dottrina<sup>57</sup> ha criticato il tradizionale rinvio ai requisiti di alterità ed autonomia patrimoniale quale elementi indefettibili della soggettività passiva residuale Ires ed ancor più di quella tributaria generale.

In particolare, tale dottrina, una volta constatato il superamento del binomio soggettività-personalità di diritto comune, rifacendosi ad una ricostruzione offerta in ambito civile<sup>58</sup>, individua nell'imputazione giuridicamente rilevante di situazioni giuridiche il primo minimo elemento della soggettività, ferma restando la possibilità per l'ordinamento di caratterizzare, in aggiunta a tale effetto minimo ed in modo più o meno pregnante, talune fattispecie con ulteriori effetti significativi della soggettività (quali l'autonomia patrimoniale e l'alterità), che pertanto non assurgono ad elementi caratterizzanti in modo preclusivo e generale l'attribuzione di soggettività tributaria. Pertanto, tale Autore, mantenendosi fedele ad una nozione di soggettività tributaria di tipo normativo ed aderendo all'orientamento di teoria generale che individua una tripartizione dei soggetti - persone fisiche, persone giuridiche ed enti a capacità giuridica ridotta - ha sostenuto che quest'ultima possa essere normativamente

---

particolare che esalta l'autonomia patrimoniale di tali entità, giustificando così che esse siano assunte come unitari punti di riferimento, rispetto all'applicazione della norma tributaria". Per una rilettura del pensiero di Micheli, cfr. F. Gallo, *Soggettività tributaria nel pensiero di G.A. Micheli*, cit., p. 611 e ss.: in particolare è ivi sostenuto come Micheli non si sia mai spinto a teorizzare l'esistenza di una soggettività tributaria disgiunta da quella di diritto comune. Dunque la divergenza delle regole di diritto tributario da quelle del diritto civile non si risolverebbe mai, secondo Micheli, in una non coincidenza assoluta, ovvero di principio, ma solo relativa, derivante, cioè, dalla funzione e dalle finalità tipiche del diritto tributario, il quale mira a colpire il maggior numero di soggetti e situazioni di fatto che possono essere rilevanti per l'imposizione.

<sup>56</sup>Valorizza precipuamente il requisito dell'autonomia patrimoniale (e della responsabilità patrimoniale autonoma) quale elemento costitutivo interno alla soggettività A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit., 195.

<sup>57</sup>S. Fiorentino, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, cit., 86 ss; Id., *Riflessioni in tema di soggettività tributaria: il pensiero di Amatucci e la problematicità di questioni ancora attuali*, in AA. VV., *Dal diritto finanziario al diritto tributario, Studi in onore di Andrea Amatucci*, II, sez. II, Bogotà-Napoli, 2011, 305ss.

<sup>58</sup>In specie G. Pellizzi, *Soggettività giuridica*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIX, Roma- Milano, 1993, 3, il quale individua la soglia generalissima di rilievo giuridico soggettivo in diritto comune, oltre la quale la nozione di "imputazione soggettiva" non appare giuridicamente significativa, nell'imputazione normativa di diritti ed obblighi, che assurge a minimale indice di rilevanza soggettiva, riconoscibile essenzialmente attraverso la spendita del nome del centro di riferimento soggettivo, quale veicolo di specifici effetti giuridici.

rinvenibile anche all'interno del solo settore tributario, pur essendo come tale riconosciuta nell'ordinamento generale. Sono quindi, ad avviso dell'Autore, giuridicamente concepibili *“enti soggetti di diritto comune che ricevono la propria capacità giuridica ridotta interamente fuori dal diritto civile e, quindi, anche nel solo settore del diritto tributario”*<sup>59</sup>.

## **6 La soggettività tributaria ai fini delle imposte sui redditi degli OICR quale risposta normativa all'esigenza di assicurare loro l'applicabilità dei benefici pattizi**

Alla luce di tutto quanto sopra, la riconosciuta soggettività tributaria agli OICR si configura quale innesto sartoriale del legislatore (anche) in risposta all'esigenza di certezza in ordine al godimento, da parte di tali organismi, dei benefici convenzionali: ed invero, da un raffronto tra il percorso evolutivo della legislazione interna e le precisazioni contenute nel Commentario 2010 al Modello di Convenzione, è evidente come la prima abbia recepito le indicazioni emerse in ambito OCSE.

L'inclusione degli OICR tra i soggetti passivi d'imposta si presenta, quindi, quale conferma dell'ampia discrezionalità del legislatore tributario rispetto agli schemi della soggettività di diritto civile<sup>60</sup>, il quale, nel perseguimento della generale finalità di garantire l'attuazione del tributo, definisce con estrema elasticità i requisiti specifici per essere considerati soggetti passivi d'imposta.

In tale contesto deve, a nostro avviso, inquadrarsi la riconosciuta soggettività passiva degli OICR quale conferma dell'autonomia tra le due branche del diritto nello sviluppo del percorso di definizione della propria area di soggettività in ragione delle diverse istanze a ciascuna sottese, che ha condotto il legislatore tributario talvolta ad elaborare, con anticipo rispetto all'altro settore del diritto, soluzioni che sarebbero state accolte successivamente anche da quest'ultimo<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Così S. Fiorentino, *Riflessioni in tema di soggettività tributaria: il pensiero di Amatucci e la problematicità di questioni ancora attuali*, cit., 314.

<sup>60</sup> In tali termini S. Fiorentino, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, cit., 74.

<sup>61</sup> Anche nel caso degli OICR il legislatore tributario, sospinto da interessi propri sembra aver, in qualche modo, percorso le elaborazioni della seconda branca (quella civilistica) che, come evidenziato, ad oggi non concepisce i fondi come distinti centri di imputazione di situazioni giuridiche soggettive. Ciò, a ben vedere, pare discendere dal fatto che le disposizioni civilistiche hanno offerto puntuali ed esaustive risposte alla soluzione della maggior parte dei problemi applicativi che in origine era demandata alle opzioni ricostruttive degli interpreti. Donde, attesa la rispondenza della disciplina civilistica alle principali problematiche su cui si era tradizionalmente soffermata la dottrina, la “soggettivazione” dei fondi è stata colta dalla Corte di Cassazione nella sovra richiamata sentenza del 15 luglio 2010, n. 16605, e dalla dottrina prevalente che ne ha condiviso le conclusioni (si rinvia alla dottrina citata alla nota 17) quale complicazione non necessaria rispetto all'inquadramento degli

Se, infatti, come visto, la dottrina privatistica è rimasta per lungo tempo vincolata a concezioni antropocentriche, tipiche dei sistemi legislativi di matrice illuministico-napoleonica, per le quali l'imputazione di situazioni giuridicamente rilevanti risultava strettamente connessa al riconoscimento della personalità giuridica, il legislatore tributario ha sempre evitato di recepire acriticamente simili elaborazioni<sup>62</sup>: così, mosso da valutazioni e ad esigenze che gli sono proprie, *in primis*, quella della ottimizzazione delle modalità di rilevazione dell'imponibile e di semplificazione del correlativo prelievo tributario<sup>63</sup>, egli si è da sempre preoccupato di tracciare in via autonoma i requisiti minimi richiesti al fine dell'integrazione della soggettività con l'introduzione di disposizioni aventi chiaramente il carattere di clausole di chiusura. Disposizioni che, lungi dall'essere confinate entro i limiti del lento processo di entificazione proprio del diritto civile, fossero capaci di intercettare centri di produzione/imputazione di situazioni giuridiche non altrimenti inquadrabili in modo persuasivo e costituzionalmente adeguato quanto all'esigenza di rispettare la personalità della capacità contributiva.

D'altro canto rimangono in proposito valide le argomentazioni di quella dottrina che ha sottolineato l'importanza e la centralità dell'elemento oggettivo del tributo<sup>64</sup> in funzione del quale l'imputazione a carico del soggetto passivo risulta secondaria.

---

stessi quali patrimoni separati della società di gestione. Il che non esclude, tuttavia, che l'emersione di esigenze/problematiche nuove rispetto alle quali le disposizioni civilistiche non dettano una regolamentazione esaustiva potrà imporre al legislatore nuovi interventi, sì convergendo con la soluzione accolta dal legislatore tributario.

In proposito attenta dottrina di E. Schiavello, *La natura giuridica dei fondi comuni di investimento in una recente sentenza della Cassazione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2011, 117 ss., in specie 133, non manca di rilevare come, passando da problematiche tradizionali a nuove questioni meno indagate – quali quelle relative alle vicende che, in senso dinamico, possono intervenire sulla vita di un fondo (fusione dei fondi, scissioni, sostituzione del gestore) –, la tecnica della soggettivizzazione di diritto civile potrebbe presentare maggiori vantaggi rispetto a quella della separazione patrimoniale.

<sup>62</sup> Sulla questione, più ampiamente, cfr. L. Castaldi, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999, 17.

<sup>63</sup> G. A. Micheli, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, cit., 419.

<sup>64</sup> A.D. Giannini, *Istituzioni di diritto tributario*, op.loc.ut.cit.

In tale si segnala la posizione di autorevole dottrina (R. Schiavolin, *Il collegamento soggettivo*, in F. Moschetti (a cura di), *La capacità contributiva*, Padova, 1993, spec. 71) che lascia aperta la possibilità alla legge fiscale di attribuire la soggettività passiva a entità non riconosciute come "soggetti" di diritto civile se ravvisa in tali entità una specifica capacità contributiva, derivante dal "potere di fatto" su certe manifestazioni di ricchezza.

Sempre nel senso del ruolo secondario dell'imputazione soggettiva rispetto agli elementi oggettivi della fattispecie, si confronti L. Ferlazzo Natoli, *Riflessioni in tema di capacità giuridica tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, I, 10, il quale ritiene la capacità tributaria, intesa quale "attitudine ad essere titolari di rapporti giuridici tributari, come tale qualità del soggetto tributario (persona o ente), in quanto esso pone in essere il presupposto di fatto previsto dalla legge come condizione legittimante del (o causa del) tributo", indissolubilmente connessa alla sussistenza di capacità contributiva, che "costituisce il presupposto fondamentale per il sorgere di capacità tributaria".

Volgendo, dunque, al termine della nostra analisi, la qualifica degli OICR quali soggetti passivi d'imposta conferma, ancora una volta, la natura «strumentale e tecnica» della soggettività tributaria<sup>65</sup>, che spiega la progressiva individuazione da parte del legislatore tributario di varie ipotesi di imputazione soggettiva tributaria svincolate da tutti quegli aspetti ritenuti dalla dottrina tradizionale determinanti l'attribuzione della soggettività.

Il che sembra favorire l'impostazione accolta da quelle tesi dottrinali, le quali, facendo proprio il modello di analisi della soggettività di tipo "normativo", privilegiano una nozione estremamente ampia di "soggettività", che valorizzi in senso atomistico (anche) il singolo rapporto norma-soggetto e le concrete finalità che presiedono alla singola imputazione soggettiva<sup>66</sup>. Orbene, una simil prospettiva consente di inquadrare concettualmente la scelta legislativa di attribuire soggettività passiva ad entità sprovviste dei requisiti ritenuti dalla dottrina tradizionale costitutivi della soggettività (*rectius* alterità e autonomia patrimoniale), potendo gli OICR, pur privi di capacità giuridica generale, assurgere, in virtù dell'innesto legislativo, a "soggetto di diritto comune" a capacità giuridica ridotta.

Andrea Ballancin

---

<sup>65</sup> Così A. Giannini, *op.loc.ult.cit.*; G. A. Micheli, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, cit., 436; C. Lavagna, *Teoria dei soggetti e diritto tributario*, cit., 3ss.; Id., *Capacità di diritto pubblico*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1960, 97; N. D'Amati, *La progettazione giuridica del reddito*, cit., 157.

<sup>66</sup> S. Fiorentino, *Riflessioni in tema di soggettività tributaria: il pensiero di Amatucci e la problematicità di questioni ancora attuali*, cit., 314.

# LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TRIBUTO HACIA FINES EXTRAFISCALES

## THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF TAXATION FOR THE MEANS OF EXTRAFISCALITY

---

Daniel Yacolca Estares<sup>1</sup>

El tributo ha evolucionado en el tiempo, de ser un simple acto de reciprocidad en los inicios de la humanidad, paso hacer un signo de dominación de los vencedores a los vencidos, generándose un poder tributario arbitrario. Donde no existía el respeto a los derechos fundamentales, en un mundo sumido en la total desigualdad. Los impuestos siempre han estado presentes y han sido parte de los grandes cambios de la humanidad, como la dación de la Carta Magna en Inglaterra de 1215, las colonias Británicas de 1776, el absolutismo Francés 1779 y la marcha contra el impuesto a la sal de Gandhi en 1930.

En esa línea, según precisa JAIME FERNÁNDEZ<sup>(2)</sup>, el nacimiento de la Ciencia de la Hacienda como construcción teórica sistemática de la actividad financiera, suele fijarse en 1776, con aparición del libro V de la obra de ADAM SMITH “La Riqueza de las Naciones”. No obstante, la actividad financiera ha existido desde siempre, ya que desde el momento en que se establece el poder bajo cualquier forma en la sociedad, la primera función que ejerce es la de proporcionarse recursos materiales para su mantenimiento<sup>(3)</sup>. La hacienda pública como ha señalado VICENTE ARCHE<sup>(4)</sup>, desempeña, en el seno del Estado, una función instrumental, que admite grados diversos y se concreta

---

<sup>1</sup>Profesor de Postgrado de Derecho Tributario Doctorado en Derecho de la PUCP.

<sup>2</sup>FERNANDEZ ORTE, Jaime. La tributación medioambiental: Teoría y Práctica, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

<sup>3</sup> Véase GARCIA VILLAREJO, A. y SALINAS SANCHEZ, J. Manual de Hacienda Pública, Tecnos, Madrid, 1994, p. 77. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. La tributación medioambiental: Teoría y Práctica, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

<sup>4</sup> VICENTE-ARCHE DOMINGO, F. Hacienda Pública y Administración Pública, HPE, N° 26, 1974, pág. 77. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. La tributación medioambiental: Teoría y Práctica, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

en diferentes modalidades, según la naturaleza y destino de los recursos que la integran, pero cuyo fin es siempre el mismo: hacer posible la existencia del Estado y el cumplimiento de los fines que el mismo persigue, y por tanto, el desarrollo de la actividad administrativa típica.

| SOCIEDAD             |                      |                         |   |
|----------------------|----------------------|-------------------------|---|
| Poder                | Actividad financiera |                         |   |
| Evolución del Estado | Hacienda Pública     |                         | Fines   |
|                      | Concepción empírica  | Concepción científica   | Proporcionar recursos materiales para el mantenimiento del Estado |
|                      | Antes de 1776        | Desde 1776 (Adam Smith) |   |

La evolución de la hacienda es la consecuencia y el reflejo de la evolución del Estado. Así, en el siglo XIX, ligado al Estado Liberal, se construyó la ciencia de la hacienda clásica. Como el principio fundamental de dicha hacienda era limitar al mínimo las actividades del Estado, la actividad financiera, se limitaba a suministrarle los recursos necesarios para cubrir los gastos ocasionados por las funciones de administración que le estaban encomendadas.<sup>(5)</sup>

En el siguiente esquema se muestra la ciencia de la hacienda clásica:

| ESTADO LIBERAL SIGLO XIX |           |  |
|--------------------------|-----------|--|
| Hacienda Pública Clásica | Limitó    | Al mínimo la actividad del Estado  |
|                          |           | La actividad financiera  |
|                          | Se limitó | A suministrar los recursos necesarios para cubrir los gastos ocasionados por la funciones de administración que le estaban encomendados. |

La quiebra del orden liberal así construido, se hizo patente básicamente tras la crisis internacional de 1929, momento a partir del cual quedaron claramente al descubierto las bases en que se apoyaba éste. Ya no era viable mantener por parte del Estado la anterior inhibición frente a los problemas económicos y sociales aunque ésta nunca fue total y tajante. Tenía que asumir como afirma CHECA GONZÁLEZ<sup>(6)</sup>, un nuevo e importante papel como agente del proceso económico. Se inició la etapa de un Estado de impuestos para solventar el gasto.

<sup>5</sup> DUVERGER, M. Hacienda Pública, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 7. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. La tributación medioambiental: Teoría y Práctica, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

<sup>6</sup> CHECA GONZÁLEZ, C. Los impuestos con fines no fiscales: Notas sobre las causas que lo justifican y sobre su admisibilidad constitucional, REDF, N° 40, 1983, pág. 506 y 507. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. La tributación medioambiental: Teoría y Práctica, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

De esta manera, el Estado tuvo que comenzar a proporcionar una serie de prestaciones, desconocidas hasta entonces. Esa mayor necesidad de gasto público trajo inevitablemente consigo un mayor aumento también de los ingresos, y fundamentalmente de los más importantes, esto es, de los impuestos, ya que como señala RODRIGUEZ BEREIJO <sup>(7)</sup> “entre los impuestos y los gastos públicos ha de existir una íntima conexión”. Nexo que debe actuar, y esto es importante destacarlo, no solo en el plano cuantitativo, sino asimismo en el cualitativo, con lo cual el impuesto tenía necesariamente que abandonar el carácter neutral que tenía en la época liberal.<sup>(8)</sup> Evolucionando hacia la utilización del impuesto para otros fines que no sean el meramente recaudatorio.<sup>(9)</sup>

En el siguiente esquema se muestra la nueva concepción de la hacienda pública:

| SOCIEDAD             |                    |   |  |
|----------------------|--------------------|---|--|
| Poder                |                    | Actividad financiera  |  |
| Evolución del Estado | Hacienda Pública   |   | Fines hoy  |
|                      | Concepción Clásica | Concepción Moderna  |  |
|                      | Antes de 1929      | Desde la crisis internacional de 1929, el Estado se convierte en un agente económico, por la existencia de problemas económicos y sociales. | Incrementar los ingresos mediante el alza de los impuestos como nexo de la necesidad de mayor gasto. |
|                      |                    | Abandono de la neutralidad del impuesto.<br>Utilización del impuesto para otros fines que no sean el meramente recaudatorio.                |  |

La hacienda pública hoy en día, de acuerdo con RODRIGUEZ BEREIJO, se ha convertido en la pieza imprescindible, en torno al cual gira toda la política pública, y a través de la cual se trata de lograr la realización efectiva de esos principios fundamentales del ordenamiento jurídico como la libertad, la igualdad y la justicia: porque hoy esos fines es imposible conseguirlos si no es a través de un papel destacado y muy activo de la hacienda pública.<sup>(10)</sup> De manera que el impuesto no aparece reflejado como establece LEJEUNE

<sup>7</sup> RODRIGUEZ BEREIJO, A. El sistema tributario en la Constitución (Los límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), REDC, N° 36, 1992, pág.17. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. La tributación medioambiental: Teoría y Práctica, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

<sup>8</sup> CHECA GONZALEZ, C. Impuestos con fines no fiscales, op. cit. págs. 508 y 509. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. La tributación medioambiental: Teoría y Práctica, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

<sup>9</sup> SOLER ROCH, M. T. Incentivos a la inversión y justicia tributaria, Cuadernos Civitas, Madrid, 1983, pág 35.

<sup>10</sup> MARTINEZ LAGO, M. A. Los fines no fiscales de la imposición y la prohibición de la confiscatoriedad, Gaceta Fiscal, N° 81, 1990, pág. 149. Citado por: FERNANDEZ ORTE, Jaime. La tributación medioambiental: Teoría y Práctica, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 39 al 41.

VALCARCEL<sup>(11)</sup>, como una institución cerrada en sí misma, que agote su eficacia en el instante que cumple con su función recaudadora, sino que en cuanto institución constitucional, tiene un papel que cumplir al servicio del programa y los principios constitucionales. Con lo cual la actividad impositiva adquiere de este modo un nuevo carácter y desempeña un nuevo papel que viene amparado por la Constitución.<sup>(12)</sup>

En el siguiente esquema se muestra el tributo en un modelo de estado de derecho social y democrático, donde tiene cabida la función fiscal y extrafiscal del tributo:

| EL TRIBUTO COMO INSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL                 |   |                    |   |  |
|--|---|--------------------|---|--|
| Modelo de Estado de Estado Social y Democrático de Derecho | Funciones de la Hacienda Pública Moderna - Instrumental     | Fines del impuesto |   |  |
|  |   | Denominación       | Descripción                               |  |
|  | Recaudatoria  | Fiscal             | Cubrir los gastos públicos                |  |
|  | De servicio al programa y a los principios constitucionales | Extrafiscal        | Lograr los fines programáticos del Estado |  |

Por lo tanto, desde la Revolución Francesa se configuro el modelo de Estado de Derecho, cimentando un nuevo paradigma para la humanidad, como *“aquel Estado dentro del cual se presenta una situación en la que su poder y actividad se encuentran reguladas y controladas por el derecho; donde la esfera de derechos individuales es respetada gracias a la existencia de un sistema de frenos y contrapesos que permite un adecuado ejercicio del poder público”*<sup>1</sup>.<sup>(13)</sup> En ese sentido, el Estado de Derecho representa un estado de seguridad. Mediante la continua evolución del tributo se convirtió en el deber de contribuir dentro de la estructura del nuevo modelo de Estado de Derecho Constitucional y Social, que implica la luz del principio de solidaridad colectiva, el respeto a los derechos fundamentales y la proscripción de la arbitrariedad. Desprendiéndose de los denominados modelos de Estados Totalitarios que representaban el germen del poder tributario confiscatorio del derecho de propiedad y abuso de los derechos fundamentales.

De otro lado, a decir de GARCIA AÑOVEROS, *“la solidaridad es, entre otras cosas, una virtud que, por desgracia, tiene que traducirse casi siempre en hechos, hechos económicos. Las proclamas podrán ser encendidas y admirables, pero,*

<sup>11</sup> LEJEUNE VALCCARCEL, E. Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria, en la obra de AAVV: Seis estudios de Derecho Constitucional e Internacional Tributaria, Edersa, Madrid, 1980, págs. 120 a 121.

<sup>12</sup> CHECA GONZALEZ, C. Los impuestos con fines no fiscales, op. cit. pág. 510.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ PICHARDO, José y MARTÍNEZ QUIJADA, Luis Octavio. “Introducción al Estudio del Derecho, Una nueva visión del Estado de Derecho” Capitulo 6. Porrúa, México, 2007, página 224.

*si no siguen los hechos, la declaración puede apuntar los caminos del cinismo o de la pura idiotez. Las unidades políticas, por amplias y flexibles que sean, por muchos y variados territorios que comprendan, requieren, para su subsistencia como tales unidades políticas, un sentir solidario que se haga efectivo en hechos. La conciencia de pertenecer a una unidad política territorial supone que las personas vinculadas a los distintos territorios se consideren mutuamente como pertenecientes a esa unidad; y esto supone que unos se interesen por los problemas de los otros. Por lo demás, si entre las diversas partes las diferencias, por ejemplo económicas, son abismales, difícilmente aparecerá o se mantendrá esa conciencia de unidad; y sin esa conciencia la unidad, sencillamente, desaparecerá o no llegará a existir. Es cierto que un poder superior puede mantener la unidad de lo heterogéneo, pero será unidad por poder, que durará cuanto dure la fuerza suficiente.*<sup>14</sup>

En esa línea, como explicara FRANCISCO ESCRIBANO, desde una perspectiva de la configuración jurídica del deber de contribuir, *“será tributo toda prestación pecuniaria o, excepcionalmente, in natura, exigida coactivamente, de acuerdo con la capacidad económica de cada ciudadano, con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, siendo el destinatario del pago, necesariamente un ente público, mediante un sistema de categorías que se configuran sobre un deber de base solidaria inspirado en los principios de igualdad y generalidad.*<sup>15</sup>

Asimismo, el tributo resulta ser un concepto muy dinámico que hoy en día nos entrega un nuevo concepto constitucional, para proteger derechos fundamentales, mediante la función fiscal y extrafiscal del tributo.

El concepto constitucional del tributo constituye la base o cimiento donde nacen sus fines. El fin fiscal que está enfocado en el incremento del ingreso público vía recaudación tributaria y el fin extrafiscal que está diseñado para utilizar al tributo como un instrumento económico que internalice las externalidades negativas y fomente las positivas.

La simetría de la evolución del concepto del tributo con un Estado de derecho social y democrático, permite que el tributo no sea más parte de abusos, confiscaciones y violaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino, todo lo contrario, que sirva para hacer realidad el funcionamiento del Estado de derecho.

Los tributos son la mejor fuente de ingresos que tiene los Estados, para financiar los fines programáticos. Por eso la historia del Estado no se puede desligar de la historia del tributo. Los pasos que han tenido que dar la evolución del tributo

<sup>14</sup> GARCIA AÑOVEROS, Jaime, Solidaridad, Sección Tribuna, en el Diario El País de España, del 24 de diciembre de 1998. [http://elpais.com/diario/1998/12/24/espana/914454017\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1998/12/24/espana/914454017_850215.html).

<sup>15</sup> ESCRIBANO LOPEZ, Francisco, Configuración Jurídica del Deber de Contribuir: perfiles constitucionales, AIDET y GRIJLEY, 2009, página. 857.

para ser aceptado como instrumento de intervención, ha sido muy accidentado, más aún cuando el tributo persigue fines extra fiscales y su constitucionalidad dentro del Estado de derecho social y democrático. Por lo que la constitución ingresa al núcleo del tributo, es invasora del derecho tributario y de todas las ramas del derecho. Dicha extrafiscalidad es concebida como “una excepción a la clásica definición de la capacidad económica como límite cualitativo a la soberanía a la soberanía del legislador tributario, que determinaría la inconstitucionalidad de cualquier tributo que no tomase como hecho imponible algún dato o elemento revelador de tal capacidad económica”<sup>(16)</sup>. Convirtiendo dicho cambio de paradigma como la más reciente evolución de la función del tributo.

Así, *“la constitución es el contexto necesario de todas las leyes y de todas las normas y que, por consiguiente, sin considerarla expresamente no puede siquiera interpretarse el precepto más simple”*.<sup>(17)</sup> En materia tributaria con más razón, debe haber un respeto irrestricto a la constitución, porque el derecho tributario es un derecho de intervención, como también lo es el derecho penal tributario. Dado que están más cerca de los derechos fundamentales y su aplicación puede atentar contra los derechos fundamentales de los contribuyentes. La evolución del tributo crea nuevas perspectivas para solucionar las incertidumbres que enfrentamos y que vendrán en este milenio, en temas referidos a la protección de bienes valiosos de la sociedad y a los medios virtuales.

---

<sup>16</sup> GARCIA NOVOA, Cesar, Concepto Constitucional del tributo: Una experiencia española. En: Revista Peruana de Derecho Tributario, Universidad de San Martín de Porres, Tax Law Review, editado por el Centro de Estudios Tributarios de la Facultad de Derecho de la USMP, Año 1, Número 4, página 25, Lima, Perú. [www.derecho.usmp.edu.pe/cet](http://www.derecho.usmp.edu.pe/cet).

<sup>17</sup> Vid., Prólogo a la obra de GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 1988, páginas 20 y 21. Citado por: GAMBA VALEGA, Cesar, Principios constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Derecho Tributario, I Congreso Internacional del Derecho Tributario, AIDET y Grijley, 2009, página. 33.

---

PARTE GERAL



# AS TRANSFORMAÇÕES EMPÍRICAS E CONCEITUAS DO ESTADO MODERNO

EMPIRICAL AND CONCEPTUAL TRANSFORMATIONS  
OF THE MODERN STATE

.....  
Gabriela de Moraes Kyrillos<sup>1</sup>

Tiago Menna Franckini<sup>2</sup>

## Sumário

Considerações Iniciais. 2. Modernidade e Estado Moderno. 3. Marx e Gramsci. 4. Fatores de Transformação do Estado Moderno. 4.1. As Mudanças Supraestatais: globalização. 4.2. As Mudanças Infraestatais: estados Plurinacionais. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## Summary

1. Introductory Considerations. 2. Modernity and Modern State. 3. Marx and Gramsci 4. Transformational Factors of the Modern State. 4.1. The Supranational Transformations: Globalization 4.2. Intranational Changes: Plurinational States. 5. Final Considerations 6. Bibliographical References.

## Resumo

O presente artigo tem como proposta central debater acerca do conceito de Estado e as transformações que ele tem sofrido contemporaneamente. Para perpassarmos os primeiros debates sobre o Estado moderno, recorreremos aos estudos clássicos dos contratualistas – Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau – para, em seguida, vermos como o Estado era

---

<sup>1</sup> Mestranda em Política Social pela Universidade Católica de Pelotas – Bolsista FAPERGS. Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio Grande e do Grupo de Pesquisa Pluralismo Jurídico, Multiculturalismo e Democracia na América Latina da Universidade Federal de Pelotas.

<sup>2</sup> Mestrando em Sociologia pela mesma Universidade – Bolsista CAPES. Membro do Núcleo de Pesquisa e Extensão em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio Grande e do Grupo de Pesquisa Pluralismo Jurídico, Multiculturalismo e Democracia na América Latina da Universidade Federal de Pelotas.

compreendido na perspectiva de Karl Marx e Gramsci. Finalmente, analisamos dois processos distintos que têm influenciado as transformações dos Estados atuais: de um lado, a globalização e suas rupturas supranacionais; e, de outro, a retomada da concepção de Estados Plurinacionais enquanto processo de ruptura interna.

Palavras-chave: Conceitos de Estado; Globalização; Estado Plurinacional.

### **Abstract**

This paper intends to debate the concept of State and its contemporary transformations. In order to address the first debates about the modern State, we turned ourselves towards the classic contractualist studies of Thomas Hobbes, John Locke and Jean-Jacques Rousseau. In continuation, we took a look at Karl Marx's and Antonio Gramsci's concepts of State. Finally, we analyzed two different processes that have an impact in the transformations of States nowadays: in one hand, globalization and its supranational ruptures, and in the other one, the recapture of the idea of Plurinational States as a process of internal rupture.

Keywords: Concept of state; Globalization; Plurinational State.

*Para a nossa geração, reentra agora, no seguro patrimônio do conhecimento científico, o fato de que o conceito de “Estado” não é um conceito universal, mas serve apenas para indicar e descrever uma forma de ordenamento político surgida na Europa a partir do século XIII até os fins do século XVIII ou inícios do XIX na base de pressupostos e motivos específicos da história europeia [...]*

Ernst Boeckernfoerde

## **Introdução**

Este artigo tem por objetivo proceder a uma reflexão teórica a respeito das condições de possibilidade do Estado moderno e de como modificações nessas condições têm levado a uma progressiva erosão do modelo hegemônico de Estado que, cada vez mais, vem demonstrando sinais de crise. Nesse sentido, interessamos sobremaneira as alternativas concretas que se apresentam frente à crise do Estado e que vêm sendo construídas sub-repticiamente, ocupando os espaços vagos, as zonas de indeterminação do modelo hegemônico e subvertendo-o de dentro. Dentre a miríade de alternativas sobre as quais poderíamos nos debruçar,

optamos por focar nas que têm emergido na América Latina a partir das inovações do novo constitucionalismo Latino-americano e do pluralismo jurídico que julgamos apontar alguns caminhos interessantes a partir dos quais o Estado pode se transformar sem perder sua relevância frente aos problemas que se lhe impõem em um contexto hodierno.

Em verdade, o conceito de Estado sempre foi algo caro à Ciência Política, tendo sido por séculos motivo de grandes debates intelectuais. Se hoje temos um modelo de Estado dominante – ocidental, democrático, capitalista –, não significa que tenham, no plano fático, as mesmas características em todas as partes, nem que seja o único modelo possível de Estado. Ao longo do trabalho, percorreremos os estudos dos primeiros debates sobre o Estado moderno partindo dos clássicos contratualistas – Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau –, para, em seguida, vermos como o Estado era compreendido na perspectiva de Karl Marx e Gramsci. Finalmente, analisamos dois processos distintos que têm influenciado as transformações dos Estados atuais: de um lado, a globalização e suas rupturas supranacionais; e, de outro, a retomada da concepção de Estados Plurinacionais enquanto processo de ruptura interna.

## 1 Modernidade e Estado Moderno

A Modernidade pode ser entendida como o período histórico durante o qual vigorou de forma hegemônica, no ocidente, uma determinada visão de mundo (*weltanschauung*). As raízes teóricas imediatas dessa visão de mundo podem ser localizadas no pensamento de René Descartes, ao passo que as raízes históricas do período moderno derivam do imperialismo ibérico, de modo que o começo da Modernidade pode ser localizado, conforme a ênfase que se queira dar, tanto em meados do século XVII (com a publicação do *Discurso do Método*, obra fundamental de Descartes), quanto no final do século XV (com a chegada dos espanhóis às Américas). Ambos os marcos nos interessam: o primeiro por permitir que visualizemos as raízes epistemológicas da *weltanschauung* moderna; o segundo, por demarcar de forma bastante clara o fato de que a modernidade se dá como um processo de imposição e de exploração em que valores e modelos eurocêntricos são impostos sobre o “Novo Mundo” e sustentados às custas deste.

A partir dessa segunda visão, reconhece-se que a América tem papel fundamental no início da Era Moderna. “O ego cogito moderno foi antecipado em mais de um século pelo ego conquiro (eu conquisto) prático do luso-hispano, que impôs sua vontade (a primeira ‘Vontade-de-poder’ moderna) sobre o índio

americano.”<sup>3</sup>. Nessa perspectiva, “A América Latina entra na Modernidade (muito antes que a América do Norte) como a ‘outra face’, dominada, explorada, encoberta.”<sup>4</sup>. É nessa conjuntura de disputas políticas que vão emergir os países-colônia na América Latina. Anibal Quijano reconhece que a América se constituiu “[...] como o primeiro espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial, e, desse modo e por isso, como a primeira identidade da Modernidade.” (*Idem*, 2005, p. 228).

Qualquer que seja o caso, o violento processo de colonização que sofreram os povos ameríndios faz com que as discussões acerca do Estado moderno até o século XX ocorram quase que exclusivamente na Europa. O surgimento da ideia de Estado, no sentido como o entendemos hoje, data do século XVI. É Nicolau Maquiavel<sup>5</sup>, em sua obra clássica *O Príncipe*, quem utiliza a palavra *Estado* como sendo um espaço territorial que possui um líder político – no caso, um monarca – e que exerce, por meio do monopólio legítimo da força, seu poder sobre os demais indivíduos. Antes de Maquiavel, o termo *Estado* se referia basicamente a tudo aquilo que dizia respeito à organização da vida humana, excetuando-se sua dimensão espiritual<sup>6</sup>.

Serão os contratualistas, nos séculos XVI e XVII, que irão desenvolver longos debates acerca da origem do Estado. Os principais autores desse período são Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Suas visões sobre o surgimento da sociedade tinham pontos comuns. Todos partiam do argumento de que os homens, antes de viverem em sociedade, estavam em *estado de natureza*, e que foi a partir do firmamento de um *contrato* que instauraram a sociedade. Mas o que era esse estado de natureza, os termos em que se dá o contrato e a própria sociedade que emerge dele, possuem definições distintas de acordo com cada pensador.

Para Thomas Hobbes, em *Leviatã*,<sup>7</sup> – publicado pela primeira vez em 1651, os homens precisam da sociedade em razão da segurança que ela oferece. Ele compreende que no estado de natureza há uma rivalidade constante entre os iguais e isso gera a insegurança e a guerra de todos contra todos. Por essa razão, é lógico que esses homens aceitem firmar um contrato social para, em detrimento de parte de suas liberdades, terem a segurança de que um leviatã irá manter a ordem e obrigar o cumprimento das leis. Para Hobbes, o leviatã pode ser compreendido como o Estado absolutista de sua época. Para o autor, a

<sup>3</sup> (DUSSEL, 2005, p. 63).

<sup>4</sup> (*Ibid idem*)

<sup>5</sup> (*Ibid idem*)

<sup>6</sup> (SCHIERA, 1998, p. 425-431).

<sup>7</sup> (*Ibid idem*).

América de sua época encontrava-se em estado de natureza em contrapartida à civilização europeia, com sua estrutura e instituições estatais.

John Locke publica o *Segundo Tratado sobre o Governo*<sup>8</sup> em 1690 e inova ao trazer algumas discussões sobre os limites e o poder do Estado. Segundo ele, o estado de natureza é um contexto no qual um grupo de pessoas vive sem estar sob o comando de um poder superior; portanto, não se trata exclusivamente de um momento histórico delimitado. Nesse sentido, Locke afirma que o Estado é um guardião e detentor das funções administrativas. Os homens, portanto, autorizam a existência dessa administração central – o que faz com que o Estado tenha o dever de garantir os direitos individuais – ligados essencialmente à propriedade privada – e a segurança social. Esse raciocínio de Locke no século XVII foi revolucionário na medida em que instaurava uma nova forma de compreender o Estado e suas atribuições. Apesar de reconhecer que o monarca era o representante de Deus na terra, também considerava que os direitos individuais eram dádivas divinas concedidas aos homens e, portanto, deveriam ser protegidos sob pena de violar o desejo divino. Abre-se, nesse argumento, a possibilidade do povo destituir do cargo o monarca caso este desrespeite tais direitos.

Jean-Jacques Rousseau, em *O Contrato Social*<sup>9</sup> – publicado em 1762 – avança ainda mais nas discussões iniciadas pelos contratualistas que o precederam. Para Rousseau, os homens nascem livres e são iguais e é a partir do contrato social que irá instaurar o Estado, que terá como dever zelar pela proteção dos direitos individuais. Sendo assim, o autor argumenta que as leis que são aceitas livremente não tolhem a liberdade individual; contudo, submeter-se à vontade de um indivíduo seria uma forma de servidão. Por essa razão, Rousseau destaca que o bom legislador é aquele que faz as leis de acordo com os anseios do povo. É interessante observar como Rousseau agrega a ideia de sanções e mesmo do surgimento de uma “religião civil” (caracterizada por um amor/devoção às leis) como elementos necessários para que houvesse um Estado estável politicamente – elementos que envolvem coesão social e que se aproximam do que veremos mais adiante sobre a ideia de identidade nacional.

Deve-se ter em mente, entretanto, que as formulações teóricas dos contratualistas não têm por propósito uma descrição da história humana, e sim uma investigação sobre a natureza do Estado e do poder. Assim, o estado de natureza não corresponde e não tem a obrigação de corresponder a um período específico da história humana, e o contrato social não é um evento que tenha literalmente ocorrido. Para dar o exemplo a partir de Hobbes, se em algum

---

<sup>8</sup> (*Ibid idem*).

<sup>9</sup> (*Ibid idem*).

momento a humanidade realmente chegou a viver em uma ausência completa de Estado, redundando em uma guerra de todos contra todos, é coisa absolutamente indiferente do ponto de vista teórico: o que importa é que a presença do Estado é necessária para que essa guerra não ocorra, e coisa semelhante se poderia dizer, guardadas as proporções, de Locke e Rousseau. Assim, estado de natureza e contrato social não são “coisas” que existam de fato no mundo, e sim conceitos cujo propósito é o de compreender melhor a realidade. Dito de outra forma, estamos tratando não de objetos, mas de entes de razão.

A relevância dessa discussão contratualista sobre o Estado está no fato de que é nela que encontramos o fundamento da obrigação política na modernidade. Por essa razão, Boaventura de Sousa Santos é categórico ao afirmar que “O contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental.”<sup>10</sup>. A seguir, nos deteremos nos debates sobre o conceito de Estado desenvolvido por Marx e Gramsci.

## 2 Marx e Gramsci

A Revolução Industrial, que se inicia em meados do século XVIII na Inglaterra, irá transformar diversas características das sociedades europeias. A substituição da manufatura pelas fábricas e o surgimento do trabalho assalariado em larga escala demarca o início de uma nova relação capital/trabalho, com sérias consequências humanas. É nesse contexto que surgem as grandes obras de Karl Marx, que explicarão esse processo de industrialização e suas perversas consequências para os trabalhadores, além de perceberem os limites das teses liberais e individualistas formuladas no mesmo período.

Dadas as limitações do presente artigo, não é viável que realizemos sequer um breve estudo sobre todo o pensamento de Marx, contudo, em razão da relevância teórica de sua obra, percorreremos suas discussões a respeito do conceito de Estado. Apesar de Marx não ter realizado um estudo sistemático sobre o Estado, ele é responsável por inaugurar uma visão bastante singular na medida em que, para ele, o Estado é uma instituição que defende única e exclusivamente os interesses da burguesia. Nesse sentido, o conceito de Estado se distancia das visões anteriores que apresentamos e é entendido como tendo a função de “[...] assegurar e conservar a dominação e a exploração de classe.”<sup>11</sup>. Para entendermos o conceito de Estado, faz-se indispensável compreendermos o que era, segundo Marx, a divisão de classes.

---

<sup>10</sup> (*Ibid idem*).

<sup>11</sup> (MILIBAND, 2001. p. 133).

*Classe* é um dos conceitos centrais da obra de Karl Marx. Já no *Manifesto do Partido Comunista*, escrito em parceria com Engels, encontramos que “A história de toda a sociedade até nossos dias é a história da luta de classes.”<sup>12</sup>. A grande particularidade da era capitalista moderna, segundo os autores, reside no fato de que houve uma simplificação na oposição entre as classes: “Cada vez mais a sociedade inteira divide-se em dois grandes blocos inimigos, em duas grandes classes que se enfrentam diretamente: a burguesia e o proletariado.”<sup>13</sup>. Podemos perceber, portanto, que a estrutura de classes é um ponto basilar da teoria marxista, que reconheceu, inclusive, a força política e o potencial transformador da classe operária.

A partir disso, podemos compreender a relevância do conceito de Estado na forma como se organiza a sociedade capitalista e suas relações de exploração e dominação. Na medida em que “O governo do Estado moderno é apenas um comitê para gerir os negócios comuns de toda a burguesia”<sup>14</sup>, não há como acreditar na possibilidade de estabelecer relações igualitárias entre as classes a partir do Estado moderno. Apesar disso, por um período, Marx acreditou na democracia como meio de sanar essa incapacidade do Estado de representar o interesse geral, mas não tardou em considerar que somente isso não seria suficiente, posto que a emancipação política, sozinha, não seria capaz de provocar a emancipação humana<sup>15</sup>.

Enquanto Hegel defende que o Estado seria a “materialização do interesse geral da sociedade”<sup>16</sup>, Marx considerava o Estado como sendo o representante da classe mais poderosa da sociedade, posto ocupado pela burguesia no início da era industrial. É válido, também, destacar que a partir dessa visão de Marx, a ausência de pontos comuns e os interesses antagônicos entre as classes conduzem à impossibilidade de que exista um bem comum ou um interesse geral da sociedade, como pretendia Hegel. Em síntese, podemos afirmar que Marx pretendia uma sociedade sem Estado.

Um dos marxistas que mais contribuíram para as discussões sobre o conceito de Estado foi o italiano Antonio Gramsci. Os estudos de Gramsci ocorrem no século XX e apresentam o Estado como a soma da sociedade política e a sociedade civil. É interessante perceber aí uma ruptura com o entendimento de Marx, para quem o Estado correspondia apenas à sociedade política – razão pela qual, para o autor, romper com o Estado era romper com a coerção. Com

<sup>12</sup> (*Ibid idem*, p. 23).

<sup>13</sup> (*Ibid idem*, p. 24).

<sup>14</sup> (*Ibid idem*, p. 35).

<sup>15</sup> (MILIBAND, 2001).

<sup>16</sup> (*Ibid idem*, p. 134).

essa visão mais ampliada de Estado, Gramsci destaca o caráter coercitivo da sociedade política e o papel da hegemonia e da ideologia no campo da sociedade civil. De fato,

[...] articulando de uma maneira nova o conceito de Estado com relação à sociedade, Gramsci soube evitar tanto as velhas concepções social-democráticas quanto a teoria stalinista do Estado como pura Força. Essa reflexão original de Gramsci desemboca naquela que ficou conhecida como a “concepção ampliada” do Estado, com a inclusão, dentro do próprio Estado, dos aparelhos hegemônicos.<sup>17</sup>

Podemos perceber, portanto, que Gramsci inclui a questão da hegemonia e acaba reconhecendo que a política não é sinônimo de partidos políticos e Estado na medida em que inclui, também, os elementos culturais da sociedade. É por essa razão que os estudos de Gramsci se estenderam por diversos temas que até então não seriam tidos como políticos; dentre eles, a literatura, a religião e a escola<sup>18</sup>. Em outras palavras, “A hegemonia não pode prescindir de determinadas concepções de mundo que o organizam cognitivamente, constroem referências simbólicas para a ação das pessoas e contrapõem-se a outras visões de mundo.”<sup>19</sup>.

### **3 Fatores de transformação do Estado Moderno**

#### **3.1 As mudanças supraestatais: globalização**

É interessante observarmos que toda mudança sociopolítica emerge de um contexto histórico específico que tende a nos ajudar a compreender melhor tais transformações. No caso da globalização não é diferente, razão pela qual podemos associá-la ao desenvolvimento da Modernidade, que vínhamos discutindo anteriormente, afinal de contas:

A globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a ideia

<sup>17</sup> (MEDICI, nov. 2007. p. 33).

<sup>18</sup> (ORTIZ, out. 2006. p. 100).

<sup>19</sup> (*Ibid idem*).

de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial [...].<sup>20</sup>

Uma das características fundamentais da era Moderna foi o estabelecimento do Estado nacional como o espaço-tempo privilegiado, ou seja, o *locus* principal das relações sociais e de poder de cada comunidade. A colonização teve papel central no fortalecimento desses primeiros Estados modernos europeus na medida em que os abasteceu com produtos e mão de obra escrava por longos séculos. Ademais, o fato de que “[...] os espaços coloniais sempre foram concebidos como permanecendo no estado de natureza [...]”<sup>21</sup>, ao serem analisados a partir da ótica eurocêntrica, foram considerados inferiores e serviam como contraponto ao Estado moderno europeu. Era a dicotômica e preconceituosa divisão: barbárie *vs* civilização.

O novo padrão de poder mundial – o capitalismo – que irá surgir alimenta-se no início do Estado enquanto espaço-tempo privilegiado de agregação de interesses<sup>22</sup>. Contudo, é importante ter claro que

A Modernidade ocidental e o capitalismo são dois processos históricos diferentes e autônomos. O paradigma sociocultural da Modernidade surgiu entre o século XVI e os finais do século XVIII, antes de o capitalismo industrial ter-se tornado dominante nos atuais países centrais. A partir daí, os dois processos convergiram e entrecruzaram-se, mas, apesar disso, as condições e a dinâmica do desenvolvimento de cada um mantiveram-se separadas e relativamente autônomas. [...]”<sup>23</sup>

O capitalismo que se expande a partir do período da Revolução Industrial – possível, em parte, graças à acumulação de bens extraídos das colônias – será o grande pano de fundo para o desenvolvimento da globalização na qual as empresas privadas e instituições internacionais, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, serão os atores privilegiados.

*Globalização* é um termo extremamente contemporâneo e se tornou bastante popular: das discussões acadêmicas ao senso comum, todos já ouviram falar em globalização – e possivelmente têm uma opinião a respeito. Esse contexto aumenta a dificuldade em precisarmos o que é globalização, pois “Todas

<sup>20</sup> (QUIJANO, 2005, p. 227).

<sup>21</sup> (SANTOS, 2010, p. 322).

<sup>22</sup> (Ibid *idem*, p. 320).

<sup>23</sup> (SANTOS, 2009).

as palavras da moda tendem a um mesmo destino: quanto mais experiências pretendem explicar, mais opacas se tornam.”<sup>24</sup>. Além disso, como o sociólogo Zygmunt Bauman nos alerta, “Quanto mais numerosas as verdades ortodoxas que desalojam e superam, mais rápido se tornam cânones inquestionáveis.”<sup>25</sup>, o que só faz aumentar a dominância e abrangência do conceito. É o próprio Bauman que nos ajuda a caminhar na tentativa de compreender melhor a globalização, e afirma que:

O significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo.<sup>26</sup>

Essa percepção se contrapõe de modo muito visível com a ideia de projeto da Modernidade, que significava que naquele período havia um “centro”, responsável pelos mecanismos de controle destinados tanto para o mundo natural, quanto social, e tal instância central era o Estado<sup>27</sup> na Modernidade: “[...] O Estado é entendido como a esfera em que todos os interesses encontrados na sociedade podem chegar a uma ‘síntese’, isto é, como o *locus* capaz de formular metas coletivas, válidas para todos. [...]”<sup>28</sup>.

No período atual, ao contrário, paira uma aura de incerteza e de ausência de controle incompatível com o Estado moderno. Há um inegável surgimento de instituições intra e supraestatais que ganham espaço no cenário político, razão pela qual é “[...] imposible la identificación reduccionista de la sociedad internacional como una mera sociedad de Estados soberanos y autónomos, hecho que obliga [...] a considerar la realidad global de un modo más complejo, puesto que en ella participan una pluralidad de actores con una visión de mundo también plural y heterogénea.”<sup>29</sup>. Tais questões colocam em cheque o papel do Estado no contemporâneo mundo globalizado, bem como ampliam as discussões sobre seu conceito.

As consequências dessas mudanças para o Estado têm sido o seu “definhamento”: “Suas causas não são plenamente compreendidas; ele (o definhamento) não pode ser previsto com exatidão mesmo que as causas sejam

<sup>24</sup> (BAUMAN, 1999. p. 7).

<sup>25</sup> (*Ibid idem*).

<sup>26</sup> (*Ibid idem*, p. 67).

<sup>27</sup> (CASTRO-GÓMEZ In: *A Colonialidade do Saber, Eurocentrismo e Ciências Sociais: Perspectivas Latino-Americanas*. Edgardo Lander (Org). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005. p: 170-171).

<sup>28</sup> (*Ibid idem*, p. 171).

<sup>29</sup> (STOLZ, 2009. p. 126).

conhecidas; e com certeza não pode ser evitado, mesmo que previsto.”<sup>30</sup>. A dominância do capitalismo como valor universal extrapola os limites das relações econômicas, como tem demonstrado em seus estudos Zygmunt Bauman<sup>31 32</sup>  
<sup>33</sup>. O que chamamos aqui de Modernidade, o autor denomina como sendo a Modernidade sólida, pesada, que tem por ícone a fábrica fordista, que reduzia as atividades humanas a movimentos simples e predeterminados e buscava aprisionar o capital ao trabalho. O nosso tempo presente, segundo o autor, é marcado pela Modernidade líquida, leve, fluida.

A modernidade líquida é assim denominada por sua semelhança com os líquidos que “[...] *não fixam o espaço nem prendem o tempo*. [...] os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; [...]”<sup>34</sup>. Desse modo, Bauman<sup>35</sup> estabelece dois diferenciais da Modernidade líquida, quais sejam: o colapso da crença moderna de que haveria, ao final do caminho, um *télos* alcançável e a desregulação e individualização das tarefas e deveres modernos; em outras palavras, a privatização (entendida aqui como um conceito oposto de público/estatal). Na esfera do estatal, temos o que Boaventura chama de desnacionalização do Estado: “um certo esvaziamento da capacidade de regulação do Estado sobre a economia política nacional.”<sup>36</sup>. É nesse contexto que existe, hoje, o capitalismo leve, no qual há uma pluralidade de autoridades de modo que nenhuma isoladamente consegue ser preponderante diante as demais<sup>37</sup>.

O consumidor passa a ter papel central em uma sociedade na qual o capitalismo é o valor fundamental<sup>38 39</sup>. O trabalho, que no tempo de Marx era o elemento central na construção identitária, passa a ser preterido ao consumo como marco característico da cidadania<sup>40</sup>. O trabalho torna-se um meio para conseguir o elemento indispensável para ser consumidor, e nessa ótica ser, portanto, cidadão. As diretrizes das relações de consumo passam a pautar as mais diversas relações sociais, tema sobre o qual Bauman<sup>41</sup> se dedicou em *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*, reconhecendo nas diversas formas de

<sup>30</sup> (BAUMAN, 1999. p. 65).

<sup>31</sup> (*Ibid idem*)

<sup>32</sup> (*Idem*, 2001).

<sup>33</sup> (*Idem*, 2004).

<sup>34</sup> (*Idem*, 2001. p. 8).

<sup>35</sup> (*Ibid idem*).

<sup>36</sup> (*Ibid idem*).

<sup>37</sup> (BAUMAN, 2001).

<sup>38</sup> (*Idem*, 1999).

<sup>39</sup> (*Idem*, 2001).

<sup>40</sup> (SANTOS, 2010).

<sup>41</sup> (*Idem*, 2004).

relacionamento interpessoal critérios como: relação custo/benefício, rendimento, durabilidade (esta categoria ora positiva, ora negativa), etc. É nesse contexto que imperam os valores individualistas que compelem cada um a lutar por si e que fazem com que seja o único responsável por suas vitórias e derrotas<sup>42</sup>.

Pensando nesse viés individualista, não é difícil compreender o surgimento dos questionamentos do conceito de identidade nacional, um dos elementos-chave do Estado moderno. São essas discussões e questionamentos sobre a unidade cultural e jurídica que compõem um Estado nacional, que veremos no item seguinte, partindo dos estudos do sul geopolítico e das lutas sociais que ali têm se concretizado.

### 3.2 As mudanças infraestatais: Estados Plurinacionais

A América teve um importante papel na História Moderna, mas, como vimos anteriormente, sempre ocupou o posto de subalterna<sup>43</sup>. Essa característica marcou a construção identitária das colônias e, posteriormente, dos Estados nacionais latino-americanos. Exemplo disso é a tendência histórica do Brasil e de outros países da América Latina de apelarem para a ideia da mestiçagem como símbolo da identidade de um povo com origens plurais, mas com uma identidade comum<sup>44</sup>.

Nesse sentido, temos a ideia de “brasilidade”, que seria a junção do que cada um dos três grupos originários do país teria de melhor<sup>45</sup>, ou seja, índios, portugueses e africanos. Essa concepção de mestiçagem tem, em Gilberto Freyre e sua obra clássica, *Casa-Grande & Senzala* (originalmente publicado em 1933), um de seus maiores ícones. Segundo Costa<sup>46</sup>, não é exagero considerar que as políticas adotadas pelo Estado brasileiro na Campanha de Nacionalização de Getúlio Vargas, em 1937, partiram da concepção de *brasilidade* de Gilberto Freyre. Temos, portanto, na ideia de mestiçagem, um ponto central do que viria a se tornar o mito da democracia racial no Brasil<sup>47 48</sup>.

---

<sup>42</sup> (*Idem*, 2001).

<sup>43</sup> Uma das melhores definições de *subalterno* é encontrada na obra de Gayatri Spivak, como bem apresenta Sandra Almeida no prefácio de uma das obras centrais da indiana: “[...] O termo subalterno, Spivak argumenta: ‘às camadas mais baixas da sociedade constituídas pelos modos específicos de exclusão dos mercados, da representação política e legal, e da possibilidade de se tornarem membros plenos no estrato social dominante.’” (*Idem*, 2010, p. 12)

<sup>44</sup> Exemplos disso são os casos da Bolívia e do Equador, como bem apresentado por Edwin Cruz Rodríguez (2010).

<sup>45</sup> (COSTA, 2001, p. 146).

<sup>46</sup> (*Ibid idem*, p. 147).

<sup>47</sup> (*Ibid idem*).

<sup>48</sup> (WALSH, 2010).

No que diz respeito aos povos indígenas, essa busca por uma identidade nacional esteve intimamente ligada ao assimilacionismo dessas comunidades à sociedade “nacional”, o que significava a obrigatoriedade de abrir mão de diversos hábitos de suas culturas. Percebemos, portanto, que ainda existia uma relação de colonização do poder estatal frente aos povos indígenas do Brasil no século XX.

Nos termos de Eloise Damázio, fazendo menção a Mignolo, temos que a colonialidade corresponde as “histórias, formas de vida, saberes e subjetividades colonizadas a partir das quais surgem as respostas descoloniais.”<sup>49</sup>. Damázio reconhece que ao mesmo tempo em que a colonialidade – violenta e hierarquizante – é a cara invisível da Modernidade, ela também é a energia que gera a descolonialidade. Nesse sentido, Mignolo afirma que a descolonialidade significa tanto desvelar a lógica do colonialismo quanto a da reprodução da matriz colonial do poder<sup>50</sup>. A proposta, como nos apresenta Eloise Damázio, é bastante ampla e promissora:

A interculturalidade como processo e projeto social, político, ético e intelectual assume a descolonialidade como estratégia, ação e meta. A meta não é simplesmente reconhecer, tolerar nem tampouco incorporar o diferente dentro da matriz e estruturas estabelecidas, mas é implodir a diferença nas estruturas coloniais do poder como provocação, proposta, processo e projeto. Trata-se de refundar as estruturas sociais e epistêmicas.<sup>51</sup>

Além da descolonialidade, outro elemento chave nos debates atuais da América Latina é o de interculturalidade e multiculturalismo. Reconhecendo que o mestiço é uma construção social que pode se tornar bastante opressiva na medida em que busca uma homogeneização da sociedade por meio de um padrão construído e pouco verossímil, os estudos interculturais buscam a valorização das diferenças e o respeito à pluralidade étnica e cultural.

A interculturalidade corresponde ao processo contingente de construção, de conexões e de associações sem a obrigatoriedade da “inclusividade” ou do “temos que viver juntos”; dessa forma, há um destaque para o “entre”, abarcando tanto os pontos de contato como os de conflito<sup>52</sup>. Já o multiculturalismo, conforme Boaventura de Sousa Santos e João Arriscado Nunes<sup>53</sup> pode ser distinguido a

<sup>49</sup> (*Idem*, 2009. p. 110)

<sup>50</sup> (*Ibid idem*)

<sup>51</sup> (*Ibid idem*, p. 114).

<sup>52</sup> (SANTOS & NUNES, 2003. p. 32).

<sup>53</sup> (*Ibid idem*, p. 28).

partir de três traços gerais, quais sejam: (1) a existência de múltiplas culturas; (2) a coexistência de diferentes culturas em um mesmo Estado-nação; e (3) culturas que se interinfluenciam, seja dentro ou fora do espaço do Estado-nação.

A proposta prática da interculturalidade – que se aproxima do ideal da descolonização – busca

[...] reorganizar o mundo globalizado, fazendo valer, contra as forças dominantes e niveladoras da globalização atual dominante, que no mundo existem povos que fazem o mundo plural e que o futuro da humanidade, por isso, também pode ir pelo rumo da solidariedade entre mundos reais que se respeitem, isto é, de uma humanidade solidária que convive em muitos mundos.<sup>54</sup>

A proposta reside, portanto, em um diálogo entre “mundos” distintos e no entendimento de que esses “mundos” podem existir dentro do território de um mesmo Estado. Isso não significa dizer que deverá, necessariamente, haver um enfraquecimento do Estado, mas sim que o Estado-nação moderno precisa ser repensado. Durante parte da História do Brasil, desqualificou-se a ideia de raça (ou etnia) enquanto mecanismo de discurso político-público, ainda que de modo velado aquela tenha continuado sendo o referencial para as hierarquizações sociais<sup>55</sup>. Por essa razão, não devemos desconsiderar a pluralidade étnica que compõe um Estado, pois isso pode nos conduzir a visões colonizadoras, como foi o caso da busca pela incorporação dos povos indígenas à “comunhão nacional”.

Cada vez mais têm-se ampliado os debates sobre o conceito de Estado pluriétnico ou plurinacional. Como o próprio nome sugere, ao contrário do ideal do Estado-nação moderno, temos o reconhecimento de que um Estado pode ser composto por mais de uma nação. É fundamental que tenhamos claro que o monismo jurídico é uma construção social, cultural e jurídica que surge e se consolida no início da Modernidade nos Estados nacionais do ocidente. O pluralismo jurídico, por outro lado, encontra-se muito mais próximo do empírico; em outras palavras, “O pluralismo jurídico é, antes, uma situação de fato do que uma construção teórica.”<sup>56</sup>

A construção dos Estados teve como base o monismo jurídico que, conforme nos esclarece Catherine Walsh (2010, p. 9), sustenta-se no sistema de direito positivista ocidental e que vem contribuindo para a manutenção

<sup>54</sup> (FORNET-BETANCOURT, 2003. p. 301).

<sup>55</sup> (COSTA, 2001, p. 141).

<sup>56</sup> (ALBERNAZ & WOLKMER, 2010. p. 195).

e reprodução da colonialidade do poder, bem como para a manutenção da geopolítica dominante da razão jurídica. O pluralismo jurídico aceita a coexistência de diferentes ordenamentos normativos, mas isso nem sempre acontece sem hierarquias e subordinação, na medida em que:

[...] el pluralismo jurídico no es un nuevo fenómeno sino una realidad histórica: lo nuevo es su reconocimiento por parte de entidades internacionales y los Estados, un reconocimiento a veces problemático por el poder que implica en nombrar, controlar y codificarlo, y por ser típicamente subordinado al sistema nacional-estatal, la única excepción siendo tal vez el caso de la nueva Constitución de Bolivia.<sup>57</sup>

Embora o Brasil ainda não tenha reconhecido constitucionalmente a existência de organizações jurídicas ancestrais e não estatais em seu território, essa vem sendo uma tendência nas Cartas de outros países latino-americanos, como as constituições da Bolívia e do Equador. Podemos observar que no momento em que a Carta Constitucional brasileira afirma o direito à autodeterminação dos povos (Artigo 4º, III) como sendo um dos princípios constitucionais brasileiros, não está fazendo referência a um ideal de Estado Plurinacional. Esse princípio é, na verdade, dedicado às relações internacionais. Por essa razão, Clavero afirma com propriedade, mesmo sem fazer menção direta ao Brasil, que

Hay Constituciones que proclaman sus posiciones anticoloniales elevando la defensa del derecho de libre determinación de todos los pueblos a principio inspirador de la política exterior tal y como si no existieran en el interior de las propias fronteras pueblos aún sometidos a la condición colonial con el mismísimo derecho entonces a la libre determinación si de descolonización hablamos.<sup>58</sup>

Por outro lado, nos países onde essas novas formas de organização constitucional têm emergido, as relações são pautadas a partir de outros parâmetros, muito mais amplos que a pseudoigualdade construída de modo a homogeneizar a população. Um dos melhores exemplos disso é o caso da Bolívia<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> (*Idem*, p. 9-10).

<sup>58</sup> (*Idem*. Disponível em: <<http://www.rebellion.org/docs/85079.pdf>>. Acesso em: 15.abr.12, p. 2).

<sup>59</sup> Parte das discussões apresentadas neste parágrafo e nos próximos surgiu inicialmente em: *Indígenas e Interculturalidade na América Latina: breve apreciação Jurídico-Política da Questão Descolonial* (KYRILLOS, FRANCKINI & SPAREMBERGER, 2012)

A Constituição da Bolívia de 2009 surge durante o Governo de Evo Morales, líder sindical, indígena, cocaleiro<sup>60</sup> de vertente política socialista. A ascensão de um indígena ao cargo máximo do Poder Executivo daquele país foi uma ruptura com inúmeros governos anteriores de homens brancos e que muito pouco ou nada contribuíram para melhorar a situação da população indígena, historicamente explorada e subalternizada. A Constituição Federal passou por um referendo popular antes de sua promulgação e gerou muitas reações contrárias no que concerne a ampliação dos poderes de autonomia dos povos indígenas.

Como Bartolomé Clavero afirma, a atual constituição boliviana é a primeira que rompe de modo decisivo com a forma tipicamente americana de tratar o que ele denomina de *colonialismo constitucional* ou *constitucionalismo colonial*<sup>61</sup>. De fato, podemos reconhecer que houve mudanças significativas com a implementação da nova Constituição. Uma das mais relevantes é o destaque dado às questões descoloniais e indígenas, bem como a proposta da Bolívia de constituir-se enquanto um Estado Plurinacional – conforme consta já no primeiro artigo: “[...] Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”<sup>62</sup>.

A valorização da pluralidade cultural também está visível no preâmbulo da Constituição, no qual consta:

Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. [...] Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Vale recordar a especificidade cultural no que concerne a coca na Bolívia. Devido à tradição indígena (maioria da população naquele país) e às condições geográficas (altas altitudes), a folha da coca é consumida em chá ou mascada cotidianamente. Não possui, a princípio, qualquer relação necessária com o narcotráfico.

<sup>61</sup> (CLAVERO, Bartolomé. “Bolívia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo Emancipatório”. Disponível em: <<http://www.rebellion.org/docs/85079.pdf>>. Acesso em: 15.abr.12, p. 2).

<sup>62</sup> Constituição Federal da Bolívia.

<sup>63</sup> Constituição Federal da Bolívia, Preâmbulo, 2009

Podemos observar que o preâmbulo faz alusão tanto à mitologia indígena quanto à maior divindade religiosa ocidental, colocados em igualdade (Pachamama e Deus), algo de inegável valor simbólico no que concerne à equiparação das crenças sem a hierarquização tipicamente colonial-moderna. Assim como a questão indígena e a violência da colonização constam no preâmbulo da Constituição, o artigo 2º é dedicado aos povos indígenas bolivianos e a necessidade de respeito a sua autonomia:

Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.<sup>64</sup>

Bartolomé Clavero<sup>65</sup> destaca o combate constitucional à servidão indígena ainda recorrente na Bolívia (característica que não é exclusiva daquele país) e aborda de que modo forças que se opõem à nova Constituição, as elites historicamente constituídas naquele país (os “não indígenas”), buscam manter as estruturas de poder inalteradas, em especial em âmbito local. É importante reconhecermos, ademais, que a Constituição boliviana atribui aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos *status* de norma supraconstitucional, ou seja, em caso de atrito entre um dispositivo de um Tratado sobre Direitos Humanos e um dispositivo da própria constituição, deverá prevalecer a disposição internacional sempre que esta possua direitos mais favoráveis. Em outras palavras, há total confluência entre o novo constitucionalismo descolonial boliviano e o cenário internacional dos Direitos Humanos.

Ainda que seja inegável a relevância de textos constitucionais interculturais e descoloniais, importa também reconhecer de que modo tem se consolidado a questão jurisprudencial nos países que já se encontram inseridos nessa tendência neoconstitucional latino-americana. Para isso, recorreremos às decisões da Corte Suprema do Peru acerca das pessoas que realizam as rondas nas comunidades tradicionais. Porém, antes de abordarmos a decisão propriamente dita, vale realizarmos uma breve retomada do conteúdo constitucional daquele país, especialmente no que tange as rondas campesinas.

---

<sup>64</sup> *Ibid idem.*

<sup>65</sup> (*Idem.* Disponível em: <<http://www.rebellion.org/docs/85079.pdf>>. Acesso em: 15.abr.12.

Na Constituição Peruana de 1993, há expressa previsão constitucional que legitima as Rondas Campesinas a exercerem funções jurisdicionais de acordo com o direito consuetudinário, desde que não violem direitos fundamentais da pessoa humana<sup>66</sup>. É Raquel Fajardo<sup>67</sup> quem nos esclarece que as Rondas Campesinas, de um modo geral, têm procedimentos relativamente comuns; quando ocorre de alguém ser pego pela Ronda, acusado de alguma infração, nos casos graves, há uma assembleia local da qual participam todos os membros da comunidade, e as penas mais comuns são reparação, multa, restrição de alguns direitos ou a “cadena ronderil”<sup>68</sup>. Algumas dessas Rondas existem há mais de 25 anos e atuam de acordo com os preceitos e valores das comunidades – muitas vezes compostas por indígenas ou grupos imigrantes, regiões nas quais havia uma ausência de tutela jurisdicional estatal.

O caso que chegou para apreciação da Suprema Corte de Justiça do Peru, que apresentaremos, tratou de uma decisão em primeira instância que condenava 11 autoridades das rondas campesinas por acusação de sequestro, usurpação de funções, violência e resistência à autoridade. O entendimento da Corte Superior foi no sentido de reformar a decisão inicial, inocentando os 11 membros das Rondas Campesinas. As justificativas apresentadas pela Corte são fundamentais para compreender qual a tendência de interpretação de dispositivos constitucionais interculturais nos países da América Latina, de modo que Raquel Fajardo<sup>69</sup> considera que elas podem ser o início de uma jurisprudência pluralista no Peru.

Podemos perceber que a decisão da Corte Superior vai de encontro às interpretações mais restritivas da Constituição e seu conteúdo acerca das Rondas Campesinas. Ditas interpretações alegavam que não estariam legitimadas pela Constituição as rondas campesinas autônomas, que eram aquelas que não serviam às comunidades campesinas e nativas, mas sim a outras formas de comunidades, que, por desconhecimento do legislador constitucional, não foram expressamente contempladas<sup>70</sup>. Desse modo, a Corte, com essa decisão, entende que

---

<sup>66</sup> Conforme a letra da Lei: “Artículo 149°. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.” (PERU, 1993)

<sup>67</sup> (2007, p. 433).

<sup>68</sup> Consiste em colocar aquele que foi condenado pela assembleia comunitária em diferentes grupos de rondas, de modo que realizem trabalhos comunitários durante o dia e durante a noite façam rondas ou patrulhem (FAJARDO, 2007, p. 433).

<sup>69</sup> (*Idem*, 2007, p. 435).

<sup>70</sup> (*Ibid idem*).

No es necesario que la Constitución autorice expresamente a cada órgano comunal para actuar con facultades delegadas de dicha comunidad. Las comunidades tienen derecho de decidir a través de qué órganos ejercen sus funciones jurisdiccionales.<sup>71</sup>

A grande relevância de posicionamentos jurisdicionais desse tipo reside em reconhecer a pluralidade jurídica que pode existir dentro de um mesmo Estado Nacional. Mais do que uma previsão abstrata de pluralismo, trata-se do respeito e do respaldo do Estado nacional às ações de grupos e comunidades que lidam com seus conflitos de modo diferente do padrão judicial ocidental. Desse modo, estamos falando dos três problemas fundamentais enfrentados hoje no campo jurídico latino-americano de acordo com Catherine Walsh, quais sejam:

[1] El monismo legal que reduce el derecho al derecho estatal, totalizando las ideas-concepciones de derecho y de justicia y negando u obviando otros lugares de producción jurídica.

[2] La oposición jerárquica e irreconocible entre el modelo positivista-estatal de derecho y modelos o sistemas de derecho consuetudinario (dando mayor reconocimiento y juridicidad a derechos indígenas que a derechos de los pueblos y comunidades afrodescendientes).

[3] El asumir que el pluralismo jurídico es inherentemente progresista expresión máxima de diversidad étnica y jurídica (y por ende, la solución en sí) y que la interculturalidad es solo asunto del reconocimiento étnico-cultural, y no un problema histórico-estructural-racial-colonial en el cual estamos insertos todos, incluyendo también el modelo, estructura y práctica del Estado y su campo jurídico “nacional”.<sup>72</sup>

Observamos que as recentes experiências dos países latino-americanos demonstram uma via possível para a manutenção do Estado moderno enquanto instituição autônoma e com poder de decisão. Ainda que seja necessária uma reformulação nas suas estruturas, ele continuaria tendo um papel central na organização da vida e da sociedade. Para isso, seria necessário, como demonstramos, uma revisão de suas funções e de algumas de suas características, em especial a ideia de que um Estado só é formado por uma única cultura, um

<sup>71</sup> FAJARDO, R. Y. Hacia una Jurisprudencia Pluralista. In: Revista *Anuario de Derecho Penal. Derecho Penal y Pluralidad Cultural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Suiza, 2007. p. 437

<sup>72</sup> (*Idem*, 2010, p. 3).

único povo. Talvez somente a partir desses debates seja possível encontrar um caminho capaz de perpetuar o Estado enquanto uma das mais importantes instituições sociopolíticas do mundo ocidental.

## Considerações finais

Conforme apresentado inicialmente, a proposta do presente trabalho foi promover uma discussão a respeito do conceito de Estado. Percorremos dois momentos históricos distintos: as discussões contratualistas e os debates de Karl Marx, buscando chegar até o presente e às transformações que têm repercutido nos Estados atuais: a globalização e o reavivamento dos ideais de um Estado Plurinacional.

Podemos perceber que a globalização tem atingido os Estado em um de seus elementos centrais: a soberania. O fato de reconhecermos a existência da globalização não significa que ignoramos a importância das alternativas possíveis e necessárias que existem. Alguns autores, como Boaventura de Sousa Santos<sup>73</sup>, irão debater sobre a relevância fundamental de uma globalização contra-hegemônica que promova a valorização dos subalternos e marginalizados, defendendo a inclusão e o respeito às diferenças e identificando a economia neoliberal como uma propulsora de injustiças sociais. Mas, as possibilidades de sucesso de uma globalização contra-hegemônica parecem ser reduzidas, dado o poderio econômico das grandes corporações internacionais que lucram com o tipo de globalização até então predominante.

Por outro lado, é importante que reconheçamos que a hegemonia do monismo jurídico, centrado em um Estado nacional, encontra-se cada vez mais questionada pelas diferentes realidades sociais. As diversas formas de uma sociedade se organizar e a pluralidade de culturas que existem dentro de um Estado tendem a gerar diferentes modos de vida, de sociabilidade e conflitos. Talvez resida na ideia de consolidação de Estados Plurinacionais a esperança de novas formas de organização da sociedade, nas quais o Estado e a sociedade tenham papéis importantes e complementares na construção de sociedades mais plurais, solidárias e justas.

## Referências

ALBERNAZ, R. & WOLKMER, A. C. “As Questões Delimitativas do Direito no Pluralismo Jurídico”. In: *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos na contemporaneidade*. Antonio Carlos

---

<sup>73</sup> (*Ibid idem*, 2010).

Wolkmer, Francisco Quintanilha Veras Neto e Ivone M. Lixa (Orgs). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195-221.

ALMEIDA, S. R. G. “Prefácio – Apresentando Spivak”. In: *Pode o Subalterno Falar?* (SPIVAK, G. C.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

BAUMAN, Z. *Globalização: as Consequências Humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Amor Líquido: sobre a Fragilidade dos Laços Humanos*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

CASTRO-GÓMEZ, S. “Ciências Sociais, Violência Epistêmica e o Problema da ‘Invenção do Outro’”. In: *A Colonialidade do Saber, Eurocentrismo e Ciências Sociais: Perspectivas Latino-americanas*. Edgardo Lander (Org). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005, p. 169-186.

CLAVERO, B. “Bolívia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo Emancipatório”. Disponível em: <<http://www.rebellion.org/docs/85079.pdf>>. Acesso em: 15.abr.12.

COSTA, S. “A mestiçagem e seus Contrários – Etnicidade e Nacionalidade no Brasil Contemporâneo.” In: *Tempo Social; Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, p. 143-158, maio de 2001.

DAMÁZIO, E. da S. P. “Descolonialidade e Interculturalidade dos saberes político-jurídicos: uma análise a partir do pensamento descolonial”. In: *Direitos Culturais*. Santo Ângelo, v. 4, nº 6, p. 109-122, jan/jun 2009.

DUSSEL, E. “Europa, Modernidade e Eurocentrismo”. In: *A Colonialidade do Saber: Eurocentrismo e Ciências Sociais – Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (Org). Tradução: Júlio César C. B. Silva. São Paulo: CLACSO, 2005, p. 55-70

FAJARDO, R. Y. “Hacia una Jurisprudencia Pluralista”. In: *Revista Anuario de Derecho Penal: Derecho Penal y Pluralidad Cultural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Suiza, 2007.

FORNET-BETANCOURT, R. “Pressupostos, Limites e Alcances da Filosofia Intercultural”. In: *Alteridade e Multiculturalismo*. Antônio Sidekum (Org.). Rio Grande do Sul: Editora UNIJUI, 2003, p. 299-316

HOBBS, T. *Leviatã ou a Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret. 3. ed. 2008.

KYRILLOS, G.; M. FRANCKINI, T. M & SPAREMBERGER, R. F. L. “Indígenas e Interculturalidade na América Latina: breve Apreciação Jurídico-política da Questão Descolonial”. In: *Anais do II Fórum Internacional da Temática Indígena*. Universidade Federal de Pelotas. Disponível em: <<https://docs.google.com/file/d/0B8BGeCl567yUTRjMHI3dlVrcmM/edit>>. Acesso em: 10.dez.12.

LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

MAQUIAVEL, N. *O príncipe*. São Paulo: DPL Editora, 2008.

MARX, K. & ENGELS, F. *O Manifesto do Partido Comunista*. Tradução: Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

\_\_\_\_\_. “O Manifesto do Partido Comunista”. In: *O Manifesto Comunista de Marx e Engels*. David Boyle. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2006.

MEDICI, R. “Gramsci e o Estado: para uma Releitura Crítica do Problema”. In: *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, nº 29, p. 31-43, nov. 2007.

MILIBAND, R. “Estado”. In: *Dicionário do Pensamento Marxista*. Tom Bottomore (editor). Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001, p. 133-136

ORTIZ, R. “Notas sobre Gramsci e a Sociedade Civil”. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 21, nº. 62, p. 95-167, out. 2006.

QUIJANO, A. “Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina”. In: *A Colonialidade do Saber: Eurocentrismo e Ciências Sociais – Perspectivas latino-americanas*. Edgardo Lander (Org). Tradução: Júlio César C. B. Silva. São Paulo: CLACSO, 2005, p. 227-278.

ROUSSEAU, J. R. *Do Contrato Social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SANTOS, B. de S. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2010.

\_\_\_\_\_. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Experiência*. Volume 1. 7. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2009.

SANTOS, B. de S. & NUNES, J. A. “Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade”. In: *Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolitismo Multicultural*. Boaventura de Souza Santos (Org). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SCHIERA, P. “Estado Moderno”. In: *Dicionário de política*. Vol. 1. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci & Gianfranco Pasquino. Tradução: Carmen C, Varriale *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11. ed., 1998, p. 425-431.

STOLZ, S. “Lo que se globaliza y lo que no se globaliza: algunas acotaciones sobre la globalización y los derechos humanos”. In: *Direitos Humanos e Fundamentais: o Necessário Diálogo Interdisciplinar*. Sheila Stolz e Gabriela Kyrillos (Orgs). Pelotas: Editora Universitária. Universidade Federal de Pelotas, 2009, p.121-140

WALSH, C. “Interculturalidad crítica y pluralismo jurídico”. Palestra apresentada no Seminário Pluralismo Jurídico. Procuradoria do Estado/Ministério da Justiça. Brasília, 13-14 de abril de 2010.

Recebido em: 05/03/2013

Aprovado em: 17/11/2013

# SOLIDARIEDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

SOLIDARIEDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alberto de Almeida Oliveira Peixoto<sup>1</sup>

Hárrisson Fernandes dos Santos<sup>2</sup>

Alexandre Walmott Borges<sup>3</sup>

## Sumário

1. Introdução; 2. Formação do estado; 3. Estado de direito; 3.1. Estado liberal de direito; 3.2. Estado social de direito; 3.3. Estado democrático de direito; 4. Solidariedade; 5. Princípio da solidariedade; 5.1. Normas, regras e princípios; 5.2. Natureza jurídica da solidariedade; 6. Solidariedade como princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro; 7. Considerações finais; referências.

## Summary

1. Introduction; 2. Generation of the state; 3. State-of-law; 3.1. Democratic state-of-law; 3.2. Social state of law; 3.3. Democratic state of law; 4. Solidarity; 5. Principle of solidarity; 5.1. Standards, rules and principles; 5.2. Legal nature of solidarity; 6. Solidarity as a principle of the brazilian legal order; final considerations; references.

## Resumo

O presente estudo expõe a apreciação da problemática e do longo caminho percorrido pelo valor da solidariedade, que teve sua base na Revolução Francesa, com o *status* de fraternidade, e que na atualidade é considerado

<sup>1</sup>Advogado, bacharel em Direito pela UNIUBE (Universidade de Uberaba).

<sup>2</sup>Advogado, mestre em Direito Público pela UFU (Universidade Federal de Uberlândia).

<sup>3</sup>Advogado, professor doutor da UFU (Universidade Federal de Uberlândia) e da UNESP (Franca). Este artigo contou com o apoio dos órgãos de fomento FAPEMIG e CAPES.

como direito de terceira geração. Esse desenvolvimento se deu por meio do declínio do Estado Liberal, que viu a ascensão do Estado Social colocar em prática as leis consagradas no Estado anterior, mas agora com focos sociais, pelo que ficou conhecido como geração dos direitos da igualdade. O Estado Democrático de Direito sucedeu o antigo regime e agora tem como principal objetivo fazer a releitura das gerações de direitos e consagrar a terceira geração. Para isso, o Poder Judiciário, com papel de destaque em nosso ordenamento, torna-se o principal poder para efetivar os objetivos constitucionais e, para tanto, demonstra por meio de suas decisões que o princípio da solidariedade não será aplicado de forma restritiva, mas sim de forma geral, sendo essa uma tendência a seguir nas suas decisões. Enfim, o princípio da solidariedade deixa o campo ideológico e sociológico não apenas para ser positivado em nossa Constituição, mas para ser uma sustentação para concretizar e humanizar o Direito, com o fito de regularizar a vida em sociedade, demonstrando a importância da efetivação dos objetivos constitucionais.

Palavras-chave: Princípio da Solidariedade; Gerações de direitos; Estado Democrático de Direito; Objetivos constitucionais.

### **Abstract**

The present study exposes an appraisal of the issue and the long path through the value of solidarity, which was based on the French Revolution with the status of fraternity and currently is regarded as a third generation right. This development occurred through the decline of the Liberal State, which saw the rise of the Social State, putting into practice the laws enshrined in the previous State, but now with social focus, which became known as the equal rights generation. The Democratic State of law succeeded the former regime and now has as main purpose to make the rereading of the generations of rights and consecrate the third generation. To this end, the Judiciary, with outstanding role in our legal order, becomes the main power to enforce constitutional goals, and for that, shows through its decisions that the Principle of Solidarity will not be applied restrictively, but in general, so that is a tendency to follow in its decisions. Lastly, the principle of solidarity leaves the ideological and sociological field not only to be set out in our Constitution, but to be a mainstay to achieve and humanize the right, with the aim of regularizing the life in society, showing the importance of the realization of the constitutional objectives. Keywords: Principle of Solidarity; Generations of rights; Democratic State; Constitutional objectives.

## Introdução

O presente estudo visa demonstrar a importância da efetivação dos objetivos fundamentais expostos na *Constituição Federal* de 1988, mais precisamente o constante no inciso I, do Art. 3º, que tem como norte tornar a sociedade brasileira livre, justa e solidária. Outrossim, esclarecer a importância do valor solidariedade no sentido de sair apenas do campo moral e ético para a relação jurídica, mostrando sua relevância nas relações dos direitos fundamentais.

Dessa forma, faz-se mister esclarecer vários pontos importantes, como: formação do Estado e evolução do Estado de direito ao Estado democrático de direito; o momento em que a solidariedade tornou-se relevante juridicamente, bem como sua evolução; influência e reflexos nas decisões do Supremo Tribunal Federal; e, por fim, a importância do incentivo e efetividade do princípio axiológico da solidariedade para garantia do bem-estar social.

Inicialmente, o estudo se reportará à formação do Estado para compreendermos o que levou as pessoas a abdicarem de seus direitos naturais para conviver em sociedade, bem como uma breve análise da evolução das formas de governo, para que possamos visualizar a trajetória da união em sociedade, e nesse contexto, analisar se já havia os primeiros indícios implícitos nos valores da solidariedade. Assim, como existem inúmeras teses acerca da formação do Estado, nos atentaremos principalmente à justificação contratualista de Hobbes, Locke e Rousseau.

Serão analisados alguns aspectos que influenciaram a criação do Estado de Direito e, depois, o Estado de Direito Liberal, com suas vertentes acerca da propagação dos direitos fundamentais, mais precisamente os das liberdades individuais, considerados de primeira geração. As ideologias do Estado Social, com o desenvolvimento dos direitos na seara coletiva ou de massas, consagrados como direitos de segunda geração. E, por último, o Estado Democrático de Direito, que consagra os direitos de terceira geração, surgindo como alternativa da efetivação do bem-estar social.

Em paralelo, as constituições dão legitimidade e ideologias aos Estados, que no Estado Liberal de Direito cria a estrutura político-jurídico-administrativa, conferindo direitos que ficam no campo formal e a separação de poderes – o que dá ensejo ao Estado Social, que visa exigir a efetivação dos direitos individuais adquiridos, porém agora não apenas individual, mas sim coletivo, denominando uma nova fase do constitucionalismo, sendo esse, agora, social. E, com as crises de legitimação do Estado Social, transcorreu a fase democrática, em que mesmo fazendo parte das constituições dos estados anteriores, devido às constantes

recaídas autoritárias na História, a democracia surge como uma esperança perene, e não apenas provisória.

O poder Judiciário, que nesse processo ampliou sua participação, ajudando a concretizar de vez o Estado Democrático de Direito, viabilizando a legitimidade e a cidadania, vai além, reconstrói a relação de direito e moral anteriormente destruída pelo positivismo.

E, nesse contexto, torna-se imprescindível a efetiva aplicação dos princípios; no caso específico, o princípio da solidariedade, pelo qual se torna necessário o pensamento do todo em vez do individual, pensamento esse pautado na ética socrática, que pode ser visto na obra *A República*, que traz um diálogo entre Sócrates e Glauco, em que Platão descreve uma das falas de Sócrates “[...] nossos cidadãos participarão, pois, em comum, dos interesses de cada indivíduo particular, interesses que considerarão como seus próprios, e, em virtude desta união, todos participarão das mesmas alegrias e das mesmas dores”.<sup>4</sup>

Assim, Sócrates defendeu a ética do coletivo em detrimento do individual e, após sua injusta condenação, consagrou seus pensamentos pelo simples modo de respeitar a pena de morte imposta, entendendo que se não bebesse a cicuta, estaria indo em desencontro com seus ensinamentos de respeito às leis e do sacrifício do individual pelo coletivo, ou seja, o desrespeito à sentença seria a derrogação do princípio básico do respeito às leis, causando, assim, a desordem social.

Hodiernamente, vimos o Supremo Tribunal Federal por meio de seus julgados demonstrar a relevância da aplicação do princípio da solidariedade, porém essa aplicação não pode ser apenas de forma simplória, mas sim de um modo abrangente e relevante socialmente, pois o real alcance do princípio da solidariedade, que é um dos objetivos fundamentais da *Constituição Federal* de 1988, torna-se necessariamente um axioma que a sociedade brasileira deve utilizar tanto nas relações privadas quanto nas públicas, visando consolidar uma justiça fraterna, ou seja, realmente justa.

Portanto, o objetivo do presente estudo é demonstrar a importância da efetivação do princípio e objetivo constitucional para que o valor da solidariedade consolide uma nova perspectiva de igualdade e liberdade, sedimentada na solidariedade do povo brasileiro, na dignidade da pessoa humana e na justiça social, consolidando um estado de direito pleno, ou seja, o Estado Democrático de Direito, em que os direitos humanos serão direitos de todos, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, afastando, assim, qualquer forma de desumanização quando me atrevo a pensar em um Estado Solidário de Direito.

---

<sup>4</sup> (*Idem*, 2004).

## 1 Formação do Estado

A partir do estudo sobre o Estado, compreendemos que são inúmeras as teorias que tentam explicar a sua origem, porém são várias as contradições em suas premissas e conclusões. Assim, o tema se torna bastante complexo, pois a matéria não dispõe de elementos seguros para reconstituir a História e os meios de existência das primeiras associações humanas.

Dessa forma, levando em consideração que as teorias são baseadas em meras hipóteses, tendo em vista que são escassos os subsídios que possuímos, o presente estudo será realizado a partir da teoria contratualista. Essa teoria é considerada uma das mais significantes em relação à origem do Estado, porquanto afirma que o Estado nasce a partir de um contrato social, ou seja, em dado momento os homens verificam a importância da sociedade se organizar, e, dessa forma, dá a um terceiro os poderes de regulamentar a vida em sociedade, sendo esse poder ofertado a partir do contrato, ou melhor, do consentimento da população.

Entretanto, os filósofos do século XVII estão preocupados em justificar racionalmente não a exata origem do Estado, mas sim a validade da ordem social e política, ou seja, a base legal do Estado. Os contratualistas partem da mesma ideia de que o homem vivia em Estado de Natureza, isto é, antes de qualquer sociabilidade, porém cada qual conclui sua teoria baseado em diferentes premissas, conforme veremos.

Para Thomas Hobbes, no Estado de Natureza os indivíduos possuíam o chamado *jus naturale*, viviam isolados e em constante luta, vigorando a guerra de todos contra todos, conclusão que consagrou sua máxima: “o homem é o lobo do homem”. Nessa análise, constata-se que não havia segurança e nem paz, predominando, assim, os interesses egoístas, como afirma a seguir:

A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo que o outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício e que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal, o mais fraco tem força suficiente

para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.<sup>5</sup>

Assim, de acordo com Hobbes, nenhum homem pode triunfar de maneira total sobre o outro; e como nenhum tem a certeza de como o seu semelhante irá reagir devidos às incertezas, o mais prudente é atacar o próximo, motivo pelo qual a guerra se generaliza. Dessa maneira, a única forma de cessar os interesses egoístas e a guerra de todos contra todos, na visão de Hobbes, está no reconhecimento da necessidade de se renunciar ao direito a todas as coisas para cessar o estado de vida ameaçador e na decisão de se passar à sociedade civil por meio da instituição de um Contrato Social, pelo qual os indivíduos renunciem à liberdade natural e à posse natural de bens, riquezas e armas e concordem em transferir a um terceiro “Soberano” o poder para criar e aplicar as leis, visando obter a paz social e segurança de todos.

Já John Locke afirma que no Estado de Natureza todos os homens possuíam igualdade e independência, ou seja, eram livres e por isso não podiam ser expulsos de suas terras e propriedades ou se submeterem a algum poder político sem seu consentimento. Sendo assim, para que haja uma renúncia à liberdade natural e se formalizem os laços de uma sociedade civil, será necessário o acordo de todas as pessoas em se juntarem e se unirem em uma comunidade para viverem com segurança e paz, gozando dos seus bens, resguardados contra quem não fizer parte dessa união.

Dessa forma, Locke entende que a transição do estado de natureza para uma união em comunidade nada mais é que uma abdicação em favor da maioria, juntando-se todo o poder necessário para a realização dos fins que os fizeram se unir em sociedade por meio da criação de um corpo político; e, em consequência, os direitos naturais dos homens não seriam expurgados devido ao contrato social. Pelo contrário, tais direitos subsistem para limitar o poder do soberano, ou seja, existe uma relação de confiança; e se o soberano não visar o bem público, é permitido aos governados retirar o seu poder e confiá-lo a outrem. Ele ainda afirma que Deus deu a terra em comum a todos, e ao incorporar seu trabalho à matéria bruta que se encontra em estado natural, o homem tornava-a sua propriedade privada, ou seja, o trabalho era o fundamento primário do direito à propriedade privada, e esse direito era inviolável pelo Estado.

Jean-Jacques Rousseau, por sua vez, afirma que no Estado de Natureza os indivíduos viviam sozinhos e isolados pelas florestas, sobrevivendo com o que a natureza lhes dava, desconhecendo guerras e vivendo em uma felicidade

---

<sup>5</sup> (*Idem*, 2006).

original como um “bom selvagem inocente”, porém esse meio de vida acaba quando alguém diz: “É meu!”. Assim, a divisão entre o meu e o teu, a propriedade privada, dá origem ao Estado de Sociedade, que corresponde ao Estado de Natureza hobbesiano, no qual predominavam os interesses egoístas e a guerra era generalizada. Dessa maneira, para pôr fim ao Estado de Natureza, Rousseau encontra como solução o contrato social, que seria uma forma de associação que protegesse as pessoas e os bens dos associados, e essa união só obedeceria a si mesma permanecendo seus componentes tão livres quanto antes.

Verifica-se, então, que para pôr fim às guerras de todos contra todos, de Hobbes, à insegurança dos bens de Locke e à felicidade original de Rousseau, é necessária a abdicação de algo pelo próximo, ou seja, é mister a transformação de um Estado de Natureza a um Estado Civil – o que nos leva a afirmar implicitamente que o valor da solidariedade já estava no âmago das justificações dos três pensadores, pois apesar de cada uma possuir uma ideia diferente quanto aos primórdios da humanidade, todos defendem a formação do Estado para o bem comum, e, para isso, cada indivíduo deve abdicar de algo pela coletividade.

Logo, o valor da solidariedade já se mostrava extremamente importante mesmo sem os pensadores trazerem à baila tal justificativa. Na verdade, suas ideias partem de uma predisposição da generalidade sobre o individualismo, com fulcro a se ter uma vida justa e harmoniosa. Ocorre que cada qual vislumbra uma forma de legitimidade de governo, sendo que para Hobbes o ideal seria o Absolutismo; para Locke, o liberalismo; e, por fim, para Rousseau, a democracia.

Portanto, é nessa legitimidade de poder que Locke e Rousseau fornecem justificção moral, política e ideológica a várias revoluções, dentre elas a Francesa, com a influência que gerou nos filósofos iluministas e a consequente evolução de Estado para Estado de Direito.

## **2 Estado de Direito**

No chamado século das luzes, ocorreu um grande movimento filosófico burguês, ecoando as ideias políticas, científicas e econômicas que contestaram antigos regimes, absolutistas e aristocráticos. Esse movimento de filósofos ficou conhecido como Iluminismo, pois considerava a necessidade de “iluminar com a razão”, ou seja, aqueles acreditavam ser a razão uma forma indispensável para se chegar à verdade, sendo essa a base da compreensão dos fenômenos naturais e do funcionamento da sociedade.

Locke, considerado o pai do Iluminismo, tinha, dentre suas ideologias, a divisão dos poderes, originária de Montesquieu, porém o poder Legislativo seria

o mais importante, pois representaria o verdadeiro poder do Estado, opondo-se, assim, à concentração de poder em apenas um Soberano, para que fossem resguardados os direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade.

Bobbio resume bem o aspecto do pensamento lockiano quando descreve:

Através dos princípios de um direito natural preexistente ao Estado, de um Estado baseado no consenso, de subordinação do poder executivo ao poder legislativo, de um poder limitado, de direito, de resistência, Locke expôs as diretrizes fundamentais do Estado Liberal.<sup>6</sup>

A França no século XVIII, mais precisamente em 1789, era governada por uma monarquia absolutista e dividida em três Estados: o primeiro e segundo Estados eram constituídos, respectivamente, pelo alto clero e pela nobreza, e o terceiro era o restante da população, mais precisamente a alta, média e baixa burguesias, que eram a parcela urbana; e os servos, arrendatários, pequenos proprietários e uma grande massa de camponeses, sendo a parcela rural, que chegava a 80% do total da população.

O terceiro Estado, principalmente, era massacrado pela rígida estrutura social e vivia em desespero pela miséria, pois a corte consumia cifras exorbitantes; os nobres, considerados parasitas da sociedade, não pagavam impostos; crises agrícolas se sucediam desde 1780 devido a situações climáticas, sem contar os vários envolvimento em guerras, sendo que a principal, a Guerra de Independência dos Estados Unidos, custou-lhes uma dívida externa imensa, crescendo, assim, a insatisfação, desesperança e o enfurecimento cada vez maior da população pobre.

Assim, baseados nos ideais iluministas e com o *slogan* de liberdade, igualdade e fraternidade, o terceiro Estado se revoltou contra o Ministério nas tentativas deste de aumentar os impostos, e o dia 14 de julho de 1789 ficou marcado pela tomada da fortaleza da Bastilha, quando o povo, já faminto, desconfiado e injustiçado, resolveu se revoltar contra a opressão absolutista. E, por conta disso, apoderou-se das armas que se encontravam estocadas na fortaleza da Bastilha, libertou os presos inimigos políticos da monarquia francesa, saiu para as ruas em defesa de seus ideais, culminando, assim, com a queda do despotismo. E, a partir dessa data, ocorreram várias mudanças, dentre elas: abolição dos privilégios feudais, aprovação da Constituição Civil do Clero, descentralização da administração na França, publicação da “Declaração Universal dos Direitos

---

<sup>6</sup> (*Ibid idem*, 1986, p. 41).

do Homem e do Cidadão”, disseminação dos valores iluministas pelo mundo, ficando essa revolta conhecida por todos como Revolução Francesa, que ficou marcada como o fim da monarquia tradicional, isto é, o fim do antigo regime absolutista, que era detentor de todo o poder.

Desse modo, consagrou-se o denominado Estado de Direito, pelo qual o direito passou a sobrepor o Estado, ou seja, o Estado teve seu poder limitado e agora teria que cumprir o que a lei lhe imputava tendo em vista que essa era a expressão da vontade geral. Assim sendo, a revolução foi um marco na História da humanidade, e seu modelo de revolução liberal-democrática e burguesa ultrapassou os limites da França e serviu de base a várias outras revoluções, bem como para várias constituições vigentes na atualidade.

## 2.1 Estado Liberal de Direito

Logo após os feitos dos revolucionários franceses, o Estado passou a ser um Estado Liberal de Direito, quando foram difundidas as ideias de separação de poderes, império das leis e consagração dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, etc. No entanto, o setor público, que agora não se mistura com o privado, é guiado pelas ideias de liberdade; o Estado passa a ser não interventor, ou seja, não interfere nas atividades econômicas privadas; e os cidadãos passam a ter ampla liberdade.

Nesse período, com o advento do império das leis, são consagrados os direitos individuais, ou melhor, os direitos de primeira geração, que são: direito à vida, à liberdade e à propriedade, pelos quais o indivíduo passa a ser sujeito de direitos. Esses direitos são classificados pelos doutrinadores como gerações, ou dimensões de direitos, porém essa classificação de gerações de direitos traz a ideia de renovação ou sucessão, o que não ocorre com os direitos fundamentais, tendo em vista que esses se somam uns aos outros, ou seja, a expressão mais adequada seria a utilização do termo *dimensões de direito*, porém a doutrina e o Supremo Tribunal Federal adotaram a palavra *geração*. Portanto, esse período é marcado principalmente pela liberdade, pela qual todos podiam fazer aquilo que não fosse proibido por lei.

Já em relação à divisão de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), o parlamento, que detém o poder Legislativo devido ao advento do império das leis e à importância em produzir leis para diminuir o poder do Estado e garantir os direitos individuais, passa a ser o mais importante entre os poderes, tendo em vista que o poder Executivo apenas complementa o direito no sentido de garantir segurança jurídica e social, e o poder Judiciário se limita à aplicação da

lei, marcando o positivismo jurídico. Não obstante, apesar da supremacia do Poder Legislativo, por ser o que elabora as leis, os três poderes são pautados pelo sistema de freio e contrapesos de Montesquieu, tendo esse o objetivo de evitar abusos de poderes, pelo qual cada poder era limitado.

Apesar de a Revolução Francesa ter dentre seus ideais pôr fim ao poder absoluto e construir a liberdade com base na ordem política da burguesia, acaba por levar o poder à alta classe burguesa; e contrariamente ao que pregava nos movimentos sociais, a burguesia não coloca em prática o que a levou ao poder, ou seja, os direitos individuais, em sua maioria, ficam apenas no campo formal e parcial, sendo que a burguesia, agora transformada em classe conservadora, passa a defender apenas os interesses de uma classe social detentora de poder econômico, proibindo qualquer avanço revolucionário; gerando, assim, as desigualdades fáticas.

Portanto, a “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que consagrou os princípios de Liberdade, Igualdade e Fraternidade sob o ideário iluminista, na verdade ficou marcada pelo ideal apenas de direito à liberdade, pois a igualdade não passou apenas de formalidade, bem como a fraternidade.

## **2.2 Estado Social de Direito**

A égide do Estado Liberal do século XVIII, pela qual as ideias abstratas de exercício de liberdades e garantias individuais, sendo esta apenas no campo da formalidade, ficaram marcadas na História como o período de maior exploração do homem pelo homem, pelo advento do sistema capitalista, que demonstrou que a liberdade existente era, na verdade, a liberdade de mercado, o burguês no poder se viu livre para se aproveitar do trabalhador, pois eram grandes as diferenças entre os ricos e os pobres; e assim, sobretudo, esse sistema se aflorou e de maneira degradante colocou em questionamento todos os ideais revolucionários. Nesse contexto, Dallari esclarece:

O Estado Liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a Revolução Industrial: o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as

técnicas de poder, surgindo e impondo-se a ideia do poder legal em lugar do poder pessoal.<sup>7</sup>

Entretanto, na prática, o que vimos foi que apesar da promulgação da “Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão” de 1789, da Constituição da República de 1791 e da Constituição girondina de 1793 se aterem aos direitos naturais, não cogitaram conter os direitos sociais, motivo que levou o Estado Liberal de Direito à decadência, sob a perspectiva de um Estado Social de Direito.

O Estado Social de Direito, por sua vez, conectado com outros movimentos institucionais sobre as novas exigências sociais, possibilitou o surgimento de uma nova fase constitucionalista, sendo esta social e com base na Constituição Mexicana de 1917 e na Alemã, de Weimar, de 1919. Surgindo prioritariamente com o intuito de materializar os direitos adquiridos no Estado Liberal, que ficaram apenas no aspecto formal, ou seja, o Estado Social transcende com o objetivo de efetivar os direitos de primeira geração; e ainda, conforme pontua Carvalho Netto, “agora pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação”<sup>8</sup>, de modo a se aproximar da igualdade material.

Dessa forma, o Poder Executivo, por meio dos governos, busca a efetivação das leis, ou seja, o Executivo detém, no Estado Social, uma relevância maior, pois seu objetivo é assegurar os Direitos Sociais. Não obstante, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário não ficam para trás, passam a ter novos mecanismos; o Legislativo, agora, passa também a ser fiscal da atuação do Estado; e o Judiciário não será um mero aplicador de lei, passa a utilizar a hermenêutica jurídica, ou seja, passa a aplicar o direito por meio de princípios e valores fundamentais, utilizando métodos e análises teleológicas e históricas. E, por conseguinte, são consagrados os direitos de segunda geração, que são: direito ao trabalho, à seguridade social, à educação, à saúde e o principal, à igualdade material, pautados na efetivação das leis.

Portanto, o Estado passa a ser interventor, pois temos uma aproximação do público com o privado, e, para tanto, o Estado intervém nas relações de trabalho tentando aproximar o empregado do empregador, visando garantir uma maior igualdade. Dessa forma, Carlos Ari Sundfeld afirma: “o estado torna-se um Estado Social, positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento (não

---

<sup>7</sup> (*Ibid idem*, 2000).

<sup>8</sup> (*Ibid idem*, 1999).

o mero crescimento, mas a elevação do nível cultural e a mudança social) e a realização da justiça social (é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico)<sup>9</sup>. Assim, o Estado vivencia uma seara maior de atuação, tendo em vista que a complexidade da sociedade faz-lhe abranger novos fins econômicos e sociais, visando uma garantia maior de bens e serviços à sociedade; e, para isso, é necessário garantir um mínimo de direitos para que o indivíduo passe a ser um real cidadão.

### 2.3 Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito surge quando o Estado Social de Direito, após a Segunda Guerra Mundial, passa a ser questionado, tendo em vista que não conseguiu garantir a efetiva justiça social devido à complexidade dessa nova sociedade, em que são demonstradas suas falhas quando não consegue realizar a participação democrática do povo no processo político, ou seja, não atendeu aos anseios democráticos, sendo necessário, assim, um novo arquétipo de Estado, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Não obstante o surgimento desse considerado novo modelo de Estado, as antigas repúblicas gregas e romanas, em destaque o modelo de Estado ateniense, já haviam se manifestado democraticamente, sendo essa democracia praticada sob a forma direta, quando o povo governava por si mesmo por meio de assembleias realizadas nas praças públicas. Já no mundo Moderno, mais precisamente após a queda do Estado Social, o Estado Democrático de Direito surgiu sob a forma indireta, sendo mantido o princípio da soberania popular, porém transferindo o exercício para representantes do povo, pelo qual, quando se ouve a palavra *democracia*, subentende-se como apenas um sistema representativo de governo.

Dessa forma, a ideia de democracia pode ser entendida de duas maneiras: no sentido estrito ou em sentido amplo. No sentido estrito, é traduzida a fórmula clássica, qual seja, todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, ou seja, é um sistema de organização política com interesses coletivos que são assegurados pelas normas jurídicas; a participação efetiva do povo na formação do governo. Já no sentido amplo, verifica-se que a preocupação tem caráter constitucional, baseando-se no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais, pelos quais podem-se enumerar vários pontos como essenciais; dentre eles, o mais significativo e importante: a dignidade da pessoa humana, sendo garantido indistintamente o tratamento fraternal para se obter a não discriminação, a

---

<sup>9</sup> (*Ibid idem*).

justiça, a garantia real da liberdade e igualdade conquistadas formalmente nos Estados de Direito anteriores.

Ademais, a democracia tem como principal objetivo difundir as vitórias da civilização, estabelecendo, assim, um ambiente democrático de conquistas para uma vida decente no meio social, constituindo o desenvolvido por meio de atividades sociais, políticas e econômicas. E ainda, a democracia deve servir para o Estado como um meio para se atingir o seu fim, ou seja, o fim do Estado é propiciar a realização imperativa da pessoa humana.

Dessa forma, a democracia, em seu sentido estrito e amplo, nada mais é que um sistema organizado politicamente, pelo qual todo poder emana do povo. As funções dos representantes são temporárias e eletivas, a ordem pública tem como base a constituição, respeita-se a tripartição dos poderes, os direitos fundamentais são reconhecidos constitucionalmente e o Estado deve propiciar meios para suas garantias e efetividade.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito faz a releitura dos direitos fundamentais da primeira e segunda geração. A liberdade, considerada como direito de primeira geração, pode ser estudada em duas vertentes, positiva ou negativa, sendo aquela a faculdade individual de autodeterminação que deve ser garantida pelo Estado, com exemplo na garantia da liberdade de reunião, de associação e do exercício das prerrogativas de cidadania, e esta como a ausência de impedimentos ou limitações do poder público, ou seja, a não intervenção do Estado na liberdade de pensamento, crença, etc.

Bobbio define então:

Estado Liberal e Estado Democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte, é pouco provável que um Estado não democrático seja capaz de garantir liberdades fundamentais.<sup>10</sup>

Assim, o direito fundamental da liberdade consagrado no Estado Liberal de Direito é essencial para o exercício da democracia, o qual é condição para a

---

<sup>10</sup> (*Ibid idem*, 1986, p. 20).

existência e manutenção desses direitos individuais – razão pela qual se verifica uma reciprocidade, qual seja, a necessidade da democracia para garantir os direitos individuais e a necessidade da liberdade para se garantir o Estado Democrático de Direito.

Já em relação ao direito de igualdade, no período liberal somente fez-se de maneira formal, sendo instituída somente uma lei para a nobreza, para o clero e para o povo, no sentido de não se admitirem privilégios de classes sociais, de não se permitir a restrição de direitos e prerrogativas que neguem a dignidade da pessoa humana, a impossibilidade de criação de tribunais de exceção e nem ampliação ou restrição de liberdades por razões pessoais. Porém, esse objetivo se tornou falho e inconsistente em face dos problemas econômicos e sociais, gerando uma ordem materialista que porventura levou à decadência do Estado Liberal.

Já no período social, deu-se um conceito de igualdade diametralmente oposto, uma vez que preocupados com o todo coletivo, ocorreu a abstração da individualização das desigualdades, criando-se uma ordem materialista, chamada pela doutrina cristã de período da coisificação do homem. Isso tudo, pois, na ordem natural das desigualdades, os homens são humanamente desiguais tanto na constituição física e psíquica, bem como são socialmente desiguais em inteligência, cultura, capacidade de ação e situação econômica.

Diante dessa realidade, a igualdade só pode ser compreendida racionalmente no sentido de promover uma igualização formal das desigualdades materiais, cabendo ao Estado levar em consideração as desigualdades humanas e sociais para tratar desigualmente os desiguais, na proporção das suas desigualdades, para que sejam igualizados no plano jurídico. E assim, ampliam-se os direitos subjetivos materiais, ou seja, é necessário se ter um mínimo de direitos assegurados e realizados para que o indivíduo possa ser, realmente, um cidadão. Ademais, compreende-se que os direitos sociais são todos indisponíveis, pois são um meio para se alcançar o objetivo do ser humano, cumprindo ainda destacar que a primeira constituição a consagrar os direitos sociais foi a mexicana, em 1917, mesmo sendo a alemã, de 1919, a mais conhecida.

Portanto, o Estado Democrático de Direito cria os direitos de terceira geração, que se situam principalmente no plano e conteúdo fraternal, compreendendo os direitos essenciais e coletivos, isto é, completa-se a tríade da Revolução Francesa, qual seja, Liberdade, Igualdade e Fraternidade, sendo esta culturalmente chamada de Solidariedade, pela qual o Estado Democrático de Direito buscar garantir a participação política com fito de estabelecer uma sociedade justa, livre e solidária, considerando, sobretudo, a soberania popular como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Enfim, a solidariedade pode ser compreendida como a geração de direito em que vivemos, ou seja, a nossa geração de direitos, atualmente, é a terceira, e tem como principal objetivo, inclusive consagrado na *Constituição Federal* de 1988, tornar-se uma sociedade solidária, sendo, portanto, consagrado como um objetivo constitucional, em que devemos nos valer do Estado Democrático de Direito para conseguirmos efetivamente garantir nossos direitos fundamentais, sendo substancialmente necessário se ter uma sociedade voltada para o bem social comum, e não individual, defendendo, assim, os direitos difusos e coletivos, dentre os quais se observa o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos, a moralidade administrativa e outros.

### 3 Solidariedade

Segundo os dicionários, basicamente a solidariedade pode ser definida como um sentimento de que os homens se ajudam mutuamente, e assim, Avelino a conceitua como:

Atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é se autorrealizar por meio da ajuda ao próximo.<sup>11</sup>

Não obstante, fazendo um paralelo de fraternidade com solidariedade, a primeira pode ser conceituada como amor ao próximo, com ideia de caridade e filantropia, e esta, por sua vez, muito utilizada como sinônimo, é um sentimento próprio do ser humano e está presente em todos os tipos de sociedade, até mesmo nos povos considerados mais violentos. A fraternidade foi prestigiada no período da Revolução Francesa, sendo utilizada de acordo com a filosofia cristã; já a solidariedade foi empregada como origem basicamente latina. Porém, como a fraternidade tinha características individualistas de somente ajuda ao necessitado, com o advento do período social o termo foi desprestigiado e passou-se a utilizar comumente a palavra *solidariedade*, tendo em vista seu caráter geral, reconhecendo-se que a desigualdade tem característica social.

Assim, verifica-se que o valor solidariedade começou a se aproximar do Direito e, por isso, hodiernamente ressalta-se seu valor como um princípio constitucional, com *status* de direitos fundamentais de terceira geração, sendo utilizado como um reconhecimento de uma sociedade hipercomplexa, motivo

---

<sup>11</sup> (*Ibid idem*,2005).

pelo qual a necessidade de sua positivação constitucional como princípio e objeto que a República Federativa do Brasil pretende alcançar.

## **4 Princípio da solidariedade**

### **4.1 Normas, regras e princípios**

Inicialmente, cumpre esclarecer as definições e diferenças existentes entre normas jurídicas, regras e princípios para se obter o real enfoque da solidariedade em nosso ordenamento, ou seja, com a conceituação poderemos entender o grau de aplicação e a forma como o valor da solidariedade é desenvolvido pelos doutrinadores e pelos tribunais, bem como quais os ramos do direito pátrio são mais ou menos aproveitados.

Dessa forma, as normas jurídicas englobam tanto regras como princípios, segundo os quais podemos dizer que as normas são positivas ou negativas, ou seja, impõem condutas positivas definindo um agir ou impõem condutas negativas por uma omissão, um não fazer, ou seja, as normas nos dizem o que é proibido ou o que deve ser feito, constituindo, assim, um produto em que seu resultado será interpretado, sendo, portanto, a interpretação feita como uma essência de regra ou de princípio.

As normas principiológicas ou as normas com caráter de regra são distinguidas por vários critérios, porém o mais básico e comum é sua generalidade, possuindo, portanto, os princípios um grau de abstração e generalidade maior do que as regras, ou seja, ambos se distinguem pela diferença qualitativa.

As regras disciplinam fatos descritos em suas hipóteses de incidência, sendo reguladas na sua exata medida, não sendo mais e nem menos do que descreve, ou seja, suas determinações são específicas. Sendo assim, não deixam margem para interpretação. Dessa maneira, quando duas regras colidem, só uma será aplicada ao caso concreto, vez que uma afastará a outra e, portanto, as regras valem ou não valem, incidem ou não incidem quando se tem uma antinomia normativa.

Os princípios, por sua vez, não são definidos como mandados definitivos ou categóricos, podendo, na verdade, ser entendidos como mandados de otimização, pois são cumpridos em diferentes graus, sendo aplicados nesse ou naquele sentido. Sua incidência é determinada pela respectiva consequência jurídica, sendo utilizados como pontos de partida que sinalizam a aplicação conforme as exigências do caso.

Os princípios possuem, no ordenamento jurídico, uma importante dimensão institucional, uma vez que a amplitude e indeterminação dos seus significados pactuam e viabilizam acordos de convivência para que as disputas ideológicas não se tornem perenes; sendo permitida, assim, a promulgação consensual das leis fundamentais. E, nesse sentido, Ávila entende:

[...] princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Os princípios não descrevem um objeto em sentido amplo (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), mas, em vez disso, estabelecem um estado ideal de coisas que deve ser promovido.<sup>12</sup>

Dessa maneira, percebe-se que os princípios servem tanto como um fundamento de uma norma, como um objetivo a ser alcançado, ou seja, é simultaneamente um fundamento e um fim da norma estrita, demonstrando, assim, suas importâncias no mundo jurídico. Sendo assim, comparando as regras com os princípios, essas visam disciplinar um momento ocorrido no passado, enquanto estes fixam soluções ideais a serem atingidas.

Portanto, os princípios são normas de grau de abstração maior do que as regras; na aplicação, os princípios são vagos e indeterminados, enquanto a regra é aplicada diretamente; os princípios são normas com papel fundamental devido a sua posição hierárquica no sistema de fontes; os princípios são radicados nas exigências de justiça ou de direito, enquanto as regras são normas vinculantes com conteúdo meramente funcional e, por fim, os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas-base que fundamentam as regras.

## 4.2 Natureza jurídica da solidariedade

O valor solidariedade está descrito expressamente em nosso ordenamento jurídico na *Constituição Federal* de 1988, mais precisamente no título I – “Dos Princípios Fundamentais” no inciso I do Art. 3º, a saber: “Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: inciso I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

---

<sup>12</sup> (*Ibid idem*, 2006).

Percebe-se que em relação ao referido inciso, pode ser feito um paralelo fundamentando o que anteriormente foi estudado, no sentido da releitura das gerações de direitos que consagram o Estado Democrático de Direito, porquanto verifica-se que o objetivo constitucional de construir uma sociedade livre é a releitura do Estado Liberal de Direito, que consagrou a liberdade como direito de primeira geração; construir uma sociedade justa é a releitura do Estado Social de Direito, que sagrou a igualdade como geração de direito no sentido de se fazer justiça por meio da irradiação das desigualdades; e, por fim, construir uma sociedade solidária que consagre a geração de direito atual, qual seja, terceira, pela qual o Estado Democrático de Direito retira definitivamente a solidariedade do campo meramente sociológico para o direito pátrio.

Dessa maneira, o dispositivo expressa uma ordem voltada para toda a sociedade brasileira no sentido de nossas ações serem pautadas considerando esse valor historicamente conhecido para que consigamos construir uma sociedade livre, justa e solidária. Sendo assim, a norma em comento determina o norte que devemos seguir, possuindo, portanto, um caráter orientativo, para alcançarmos um objetivo como o Estado, ou seja, um ideal como sociedade.

Nesse mesmo sentido, fazendo uma interpretação literal do texto constitucional, vemos que a solidariedade faz parte de um rol de objetivos fundamentais de nosso país. E que o poder constituinte utilizou a norma para designar situações concretas a serem buscadas fundamentalmente, ou seja, tanto o Estado como os particulares devem desenvolver suas ações atendendo diretamente aos objetivos fundamentais, sendo essas ações de caráter público ou privado, indistintamente.

Diante disso, a norma descrita no inciso I do Art. 3º da *Constituição Federal* de 1988 carrega um caráter de prevalência axiológica abstrata, sendo que as ações públicas ou privadas devem buscar os ideais de dignidade e solidariedade, não sendo direcionadas para nenhum sujeito em particular, anunciando, assim, como uma finalidade para a qual o Estado Democrático de Direito foi instituído, pois evidencia-se que os constituintes visualizaram construir uma sociedade que domine a igualdade e a justiça como valores dotados de supremacia de uma sociedade fraterna.

A solidariedade é, ainda, dotada de dois efeitos, o vertical e o horizontal. A solidariedade vertical é entendida como aquela identificada como dever do Estado, pelo qual os órgãos públicos buscam minimizar as desigualdades, buscando implantar os benefícios em prol de todos os cidadãos, corrigindo, assim, os desníveis sociais. Já no sentido horizontal, o dever passa a não ser somente do Estado, mas sim de toda a sociedade civil, sendo que cada pessoa é vinculada

à ideia de solidariedade. Nabais verifica suas constatações de manifestação da sociedade civil:

1) uma, concretizada na atuação espontânea dos indivíduos e grupos sociais, que nunca deixaram de atuar socialmente mesmo quando o Estado Social, apoiado no seu crescimento constante, chegou a julgar-se capaz de realizar todos os anseios dos seus cidadãos e substituir por inteiro a sociedade civil; 2) outra, expressa na solicitação e empenhamento do próprio Estado que, reconhecendo a sua incapacidade, mesmo quando atingiu a forma superlativa do Estado Social, isto é, o Estado de bem-estar, se voltou para a sociedade civil.<sup>13</sup>

Portanto, a solidariedade prevista constitucionalmente não possui um caráter meramente normativo, vai além, possui um caráter de princípio, com valor finalístico, de conteúdo jurídico essencial, pelo qual o Estado e os cidadãos devem pautar suas ações, possuindo, ainda, um alto grau de abstração, dando o entendimento de que o valor/princípio é como um norte a ser seguido por uma bússola, sendo, portanto, solidariedade um princípio norteador da sociedade brasileira.

## **5 Solidariedade como princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro**

Demonstrado nos itens anteriores, o valor da solidariedade é um princípio constitucional que a nação brasileira deverá utilizar como orientação para buscarmos o objetivo de nos tornarmos uma sociedade livre, justa e solidária. Porém, apesar do princípio demonstrar sua importância como norma e objetivo constitucional, sua efetivação é percebida com clareza basicamente nas searas previdenciária, tributária e administrativa.

No ramo do Direito Previdenciário, a *Constituição Federal* de 1988 estabeleceu em seu Art. 194 que “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” Nesse sentido, verifica-se o ânimo de atuação do Estado e da sociedade de acordo com o valor da solidariedade, estabelecendo em prol dos menos favorecidos o acautelamento dos ditos direitos.

---

<sup>13</sup> (MALUF, 2007). (*Idem apud* GRECO, 2005, p. 116).

No Direito Administrativo, o princípio da solidariedade é visto na criação de consórcios públicos para a execução de várias políticas públicas. Dessa maneira, à luz do Art. 241 da *Constituição Federal* de 1988 e da Lei Federal nº 11.107/05, é possível verificar que um consórcio público que é firmado entre entes federativos, que tem como objetivo desenvolver ações conjuntas que visem o interesse coletivo por meio de gestão associada de serviços públicos, é no cenário jurídico que se viabilizam políticas públicas de municípios de poucos recursos.

Assim, a falta de investimentos é eficazmente atacada por meio dos consórcios públicos de entes federativos, propiciando, assim, um somatório de recursos destinados à prestação de serviços comuns a todos, uma vez que, de forma individualizada, essas políticas públicas não poderiam ser concretizadas, não sendo, portanto, efetivados os direitos fundamentais, que, na maioria das vezes, são ligados ao direito à saúde, visto que devido ao grande número de municípios no território brasileiro, a maioria não possui serviço de saúde digno da pessoa humana.

Na seara tributária, verifica-se o princípio da solidariedade no Art. 145, § 1º da *Constituição Federal* de 1988, sendo tratado o instituto da capacidade contributiva, que nada mais é que uma vertente do princípio da solidariedade, pois estabelece que os impostos sejam pagos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte, dizendo assim, implicitamente, que em nome da solidariedade, o que ganha mais paga mais, compensando aqueles que pagam pouco ou que não pagam por não possuírem capacidade mínima contributiva, sendo, portanto, existente como anseio da sociedade em prol do bem comum. Diante disso, essa é talvez a grande razão da maioria dos estudos sobre o princípio da solidariedade ter sido mais bem desenvolvido por doutrinadores tributaristas, que procuram o meio de justificar a ética em pagar tributos, pois antigamente, como visto no período anterior à Revolução Francesa, a tributação servia muito mais como um meio de acumular riquezas dos ricos em detrimento dos pobres.

Nesse sentido, verifica-se a ascensão do princípio da solidariedade em detrimento da teoria do sacrifício igual, sendo mudado esse paradigma por meio da ADI 3105, que atacou o Art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003, que previa a contribuição social dos servidores públicos inativos e pensionistas da União, Estados, Distrito Federal e municípios, autarquias, fundações, e incidindo até mesmo sobre servidores já aposentados ou sobre pensões. Sendo julgado pelo Supremo Tribunal Federal, quando especificadamente no campo das contribuições previdenciárias, foram alterados os fundamentos principais da contribuição, passando-se do custo benefício da capacidade contributiva para o princípio da solidariedade, permitindo a promoção, por meio da tributação, da

redistribuição de renda com a conseqüente diminuição das desigualdades sociais. Dessa forma, o Art. 40 da *Constituição Federal* de 1988 passou de meramente contributivo para, agora, considerado contributivo e solidário.

Não obstante, um princípio com tamanha carga valorativa não pode ser aplicado de forma restritiva em ramos específicos do Direito. Deve, na verdade, ser aplicado em todas as relações jurídicas e relações particulares existentes, ou seja, deve estar na essência de toda relação existente entre entes públicos e privados. Dessa forma, quando nos depararmos com uma relação jurídica ou não de um ente público com um ente privado, entre um ente público e outro ente público ou de um ente privado com outro ente privado, o princípio da solidariedade deve estar presente, independentemente de qual direito será discutido, pois o Estado Democrático de Direito buscará tornar a sociedade solidária e, para isso, o princípio em questão tem papel fundamental para essa conquista, sendo sua efetivação, portanto, imprescindível.

E é nesse sentido que o Estado Democrático de Direito busca sua própria afirmação, pois para fazer a releitura dos direitos de primeira e segunda gerações já estudados nos antigos Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito, será necessário efetivar a geração em que vivemos, qual seja, geração dos direitos de solidariedade, sobre a qual devemos nos conscientizar de que o respeito ao próximo é extremamente necessário tendo em vista que a proteção não será do homem isoladamente, será da coletividade; por exemplo: direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, etc. Sendo assim, o Estado Democrático de Direito tem o dever de cumular as evoluções desses direitos no tempo, interagindo todas as gerações de direito em si.

Assim, verifica-se que se no Estado Liberal, que ficou conhecido como o período do império das leis, em que o legislador tornou o Poder Legislativo o mais importante entre os poderes, no Estado Social, que busca a efetivação das leis, o Poder Executivo teve sua atuação mais admirada. O Estado Democrático de Direito e o Poder Judiciário ocupam posição de destaque devido à omissão dos outros dois poderes, surgindo, assim, duas características primordiais para que se consiga garantir e avançar na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, quais sejam: a judicialização e o ativismo judicial.

A judicialização surgiu para resolver grandes questões de repercussões políticas e sociais, que serão decididas pelo Judiciário devido às omissões do Legislativo e do Executivo, ocorrendo, assim, a transferência de poder para os juízes. A grande judicialização existente e que se encontra presente na vida de todos foi a redemocratização do país, que culminou na promulgação da *Constituição Federal* de 1988, que reavivou a cidadania após a Ditadura Militar,

garantindo um maior nível de informação e consciência de direitos da população, que agora sabe que seus interesses deverão ser protegidos pelos tribunais. Outra característica importante foi o aumento de atuação do Ministério Público e a crescente disseminação de Defensorias Públicas pelo país. Já o ativismo judicial, por sua vez, pode ser conceituado como uma expansão do alcance de se interpretar a Constituição, sendo associada uma participação mais ampla do Judiciário na consolidação dos valores e objetivos constitucionais, sendo que sua atitude de judiciar será por intermédio dos princípios, ocasionando uma postura ativa.

Dessa forma, como exemplo de judicialização e ativismo judicial, em que o Poder Judiciário demonstra seu destaque em ter uma postura ativa e ampla na interpretação constitucional e que demonstra, ainda, sua força em solidificar o Estado Democrático de Direito, pode ser visto no julgamento da ADPF 186, em que a Suprema Corte discute se os programas de ação afirmativa que estabelecem um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estão ou não em consonância com a *Constituição Federal* de 1988.

O tema foi discutido à luz dos princípios constitucionais, e apesar de não se referir explicitamente ao princípio da solidariedade, a corte, ao analisar a igualdade formal e material e aplicar a justiça distributiva, corroborou que o referido princípio é a tendência de aplicação e efetivação do Estado Democrático de Direito, uma vez que ao relatar que não se admitirá a desigualdade no ponto de partida, assegurando a alguns a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual e negando tudo a outros, deverá a igualdade ser não só um direito, mas uma possibilidade de se alcançar esse direito. E, para isso, é hoje papel do Judiciário pensar no menos favorecido, para que ele tenha as mesmas condições e possibilidades daqueles que se encontram mais bem condicionados. Ademais, deverá ser transformado o direito à isonomia, sobretudo no tocante à participação equitativa nos bens sociais, por meio da aplicação da justiça distributiva, superando as desigualdades fáticas, relocando os bens e oportunidades existentes em benefício da coletividade. Mais uma vez encontra-se implícito, mais claro, que o valor/princípio da solidariedade está sendo tutelado para diminuir as desigualdades, bem como servindo de ponto para a garantia da dignidade da pessoa humana.

## **Considerações finais**

A sociedade está em constante evolução e, por isso, os problemas e conflitos cada vez mais precisam de solução. O Estado, por meio do Direito, nem sempre consegue fazer justiça, pois muitas vezes encontra-se engessado, não

possibilitando o desenvolvimento e nem conseguindo regulamentar as relações sociais.

O princípio da solidariedade, positivado em nossa Constituição, como visto, não possui caráter meramente individual, mas sim de cunho coletivo, pelo qual é dever da sociedade ajudar os desamparados, tendo em vista que o Estado, sozinho, não consegue zelar pelo bem-estar social; e ainda encontramos um grande problema de ordem constitucional caso o princípio estudado seja aplicado de forma meramente restritiva a alguns ramos do Direito.

Sendo assim, o Art. 3º, I da *Constituição Federal* de 1988 estabelece uma aplicação obrigatória em todos os demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, pois a norma consagra o princípio da solidariedade, que ostenta o condão de materializar os direitos fundamentais, constituindo não somente um princípio, mas um objetivo de uma nação, almejando diminuir as desigualdades e garantindo a dignidade da pessoa humana, sendo, para isso, necessária a atuação de todos – tanto os órgãos públicos e privados quanto a população como um todo, cujo objetivo, uma vez alcançado, beneficiará irrestritamente a todos, tendo em vista sua aplicação em todos os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Portanto, o princípio da solidariedade está no momento de efetivação, e não mais de ideologia; e, para isso, sua otimização dependerá, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal, visto ser esse o órgão que possui em nosso Estado Democrático de Direito o maior poder para efetivar os anseios da sociedade. E caso siga a mesma tendência do julgamento da ADPF 186, estaremos mais perto de atingir o objetivo de tornar nosso país mais justo, livre e solidário.

Enfim, a solidariedade pode ser considerada um alicerce indispensável à existência da isonomia e da liberdade, pois a efetiva igualdade decorre da solidariedade e a liberdade decorre dessas duas. Sendo assim, o valor da solidariedade foi trazido para o campo jurídico para humanizar o Direito, regularizar a vida em sociedade e finalmente conseguir resguardar uma justiça social.

## Referências

- AVELINO, P. B. “Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 53, out/dez 2005.
- ÁVILA, H. *Teorias dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186R\\_L.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186R_L.pdf)>. Acesso em: 30.out. 12.
- BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BESTER, M. G. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.
- BOBBIO, N. *O futuro da Democracia: uma defesa das Regras do Jogo*. Trad. Brasileira de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- CARVALHO NETTO, M. de. “Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte, nº 3, mai de 1999.
- COTRIM, G. *Fundamentos da Filosofia*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *História Global*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2000.
- HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MALUF, S. *Teoria Geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NABAIS, J. C. “Solidariedade social, cidadania e direito fiscal”. In: GRECO, M. A. & GODOI, M. S. (coord.) *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- MELLO, L. “John Locke e o individualismo liberal”. In: WEFFORT, F. (org.). *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Ática, 2006.
- PLATÃO, *A República*. Trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. 1. ed. São Paulo: Russel, 2006.
- SUNDFELD, C. A. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

---

Recebido em: 02/12/2013

Aprovado em: 20/12/2013

# HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIÁLOGO DAS FONTES

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE SOURCES DIALOGUE

.....  
Marcus Pinto Aguiar<sup>1</sup>

## Sumário

Introdução. 1. Hermenêutica dos direitos fundamentais. 2. Processo dialógico entre normas de direitos humanos. 2.1. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna. 2.2. Critérios para a solução de antinomias entre tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno. 3. O Supremo Tribunal Federal e o conflito de fontes. 4. Conclusão. Referências.

## Summary

Introduction. 1. Fundamental rights of hermeneutics. 2. Dialogical process between human rights norms. 2.1. Hierarchy of international human rights treaties in the national order. 2.2. Criteria to solve antinomies between international human rights treaties and internal law. 3. The Federal Supreme Court of Brazil and the sources conflict. 4. Conclusion. References.

## Resumo

A realidade atual da pluralidade de fontes normativas de Direito Internacional dos direitos humanos e de direito interno tem ensejado, por parte do intérprete/aplicador, quando da internalização dos primeiros, pela ratificação de tratados, o empenho de uma solução hermenêutica capaz de harmonizar tais ordens jurídicas em busca da realização dos direitos humanos no âmbito nacional. A questão da hierarquia desses tratados na

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, bolsista PROSUP/CAPES, pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais.

ordem interna e o controle de convencionalidade são essenciais para que a coordenação daquelas fontes possa conduzir o intérprete, especialmente no Supremo Tribunal Federal, a realizar os ideais de promoção da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Tratados internacionais de direitos humanos; Conflito normativo; Diálogo das fontes; Controle de convencionalidade.

### **Abstract**

The current reality of the plurality of normative sources of international human rights laws has moved the interpreter/applicator when internalizing the first ones through the ratification of treaties for the search of a hermeneutic solution capable of harmonizing such orders of law in the pursuit of the execution of human rights in the national order. The matter of hierarchy of these treaties in the internal order and the control of conventionality are essential for the coordination of these sources to lead the interpreter, especially the one of the Brazilian Supreme Court, to make the ideals of human dignity come true.

Keywords: Human rights international treaties. Conflict of laws. Dialogue between sources of law. Control of conventionality.

## **Introdução**

A necessidade de interpretar um texto normativo é própria da condição de que tal regramento clama por uma aplicabilidade diante de um caso fático que se apresenta diante do aplicador/intérprete.

A hermenêutica é justamente a ciência que trata da atividade interpretativa; entretanto, a hermenêutica como ciência tem recebido tratamento diferenciado de acordo com a visão de cada época. Assim, a considerada hermenêutica jurídica tradicional, aquela que surge no século XIX, tem como foco principal a busca do entendimento da intenção do legislador estatal, a fonte por excelência da norma. E isso se dá por uma necessária compatibilidade com a concepção do Direito naquele período, em que o positivismo jurídico criava a ideia de ordenamento jurídico completo, atribuindo ao juiz a mera tarefa declarativa do Direito no processo de aplicação da norma, afastando qualquer possibilidade criativa desse agente estatal.

A fase do constitucionalismo social, a partir do início do século XX, apesar da crítica às posições liberais extremadas, não se opõe a estas ao ponto de refutar os princípios liberais como um todo, mas reflete um espírito de justiça

social e maior defesa dos direitos fundamentais sociais, trazendo até certo ponto um paradoxo normativo, pois alberga na Constituição normas de cunho eminentemente liberais, e, simultaneamente, ditas sociais.

Essa revalorização de princípios éticos caros ao Direito traz consigo a dimensão construtiva da atividade hermenêutica, que toma como parâmetro principal a Constituição fundamentada na relevância dogmática dos princípios.

Primeiramente, este trabalho apresentará a relevância de se distinguir uma hermenêutica própria para análise e interpretação de uma normatividade prenhe de direitos fundamentais, especialmente acolhidos pela Constituição e dotados de uma alta carga valorativa de abertura semântica.

Em seguida, levando-se em consideração a pluralidade de fontes de Direito que permeia as ordens jurídicas estatais, em especial as fontes de Direito Internacional de direitos humanos, esta pesquisa aborda a relevante questão das antinomias entre este e o Direito Interno, trazendo a necessidade de analisar o posicionamento hierárquico, dentro da ordem jurídica interna, dessas normas internacionais de direitos humanos quando internalizadas via ratificação de tratados.

Uma importante contribuição para este trabalho traz a abordagem analítica do método denominado “diálogo das fontes” para construir uma hermenêutica fundamentada na coordenação das fontes de Direito Internacional de direitos humanos e as de Direito Interno, e, posteriormente, do conceito de “controle de convencionalidade” para se verificar a compatibilidade das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor na ordem interna.

Por fim, utilizando-se também a metodologia empírica, serão discutidas algumas das principais decisões do Supremo Tribunal Federal que trouxeram à baila esse enfrentamento dos conflitos entre a normatividade internacional dos direitos humanos e a *Constituição Federal* brasileira.

## 1 Hermenêutica dos direitos fundamentais

Tem-se por certo que as dimensões dos direitos fundamentais, especialmente a partir do movimento constitucionalista do século XX, revelaram sua força expansiva e implicaram em uma progressão da atividade hermenêutica, agora mais intensamente permeada por valores e princípios, diferentemente da hermenêutica jurídica tradicional<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> (PEREIRA, 2006, p. 25).

Uma série de críticas e temores<sup>3</sup> advieram dessa “nova hermenêutica dos direitos fundamentais”, colocando em xeque, inclusive, teorias consideradas devidamente assentadas, como a própria separação dos poderes, uma vez que o Legislativo tradicionalmente era não apenas a fonte de direito por excelência dentro da estrutura do Estado, mas também a própria fonte de interpretação, pois dela somente deveriam beber os intérpretes das normas.

A hermenêutica dos direitos fundamentais que propicia uma atividade criativa<sup>4</sup> maior por parte do intérprete (mesmo que não desvinculado ontologicamente da atividade legiferante)<sup>5</sup> dá-se pelas características próprias da abertura semântica e valorativa de tais direitos. Além disso, os direitos fundamentais expressam os anseios pela construção de um direito que tem com fonte principal e destinação a realidade da vida concreta dos homens, como expressão de seus valores e interesses individuais e coletivos.

Assim, apropriadamente, Luño lembra que:

A atividade hermenêutica e o método para a reconstrução do sistema jurídico se acham estreitamente vinculados à própria natureza das fontes do direito sobre as quais operam. Por isso, já não é adequado para uma interpretação atual do sistema de direitos fundamentais o posicionamento positivista, cifrado em uma atitude mecânica baseada em conclusões silogísticas, mas se faz necessária uma maior participação do intérprete na elaboração e desenvolvimento do seu *status*. Estas circunstâncias têm conduzido a uma revalorização de posturas metodológicas de inspiração jusnaturalista, sempre mais úteis para explicar e legitimar atitudes metódicas abertas e dinâmicas [...]”<sup>6</sup>. (Tradução livre)

<sup>3</sup> Pérez Luño, com muita propriedade, lembra da resistência natural que toda cultura tem de perpetuar seus “modelos operativos”, assim como “a cultura jurídica tradicional ligada a um método interpretativo orientado para a subsunção dos fatos aos esquemas formais de uma normatividade analítica e casuística” tem para interpretar, sob a ótica do seu modelo, normas dispostas em termos mais gerais e flexíveis. (*Idem*, 2010).

<sup>4</sup> “Pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”. (ÁVILA, 2009, p. 33).

<sup>5</sup> Para compreender melhor este “acoplamento estrutural”, Neves aponta o conceito de “Constituição transversal”, que “pressupõe que a política e o Direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo”. (*Idem*, 2009).

<sup>6</sup> (*Ibid idem*, 2010, p. 291-292). No original: “La actividad hermenéutica y el método para la reconstrucción del sistema jurídico se hallan estrechamente vinculados a la propia naturaleza de las fuentes del derecho sobre las que operan. Por ello, ya no es adecuado para una interpretación actual del sistema de los derechos fundamentales el planteamiento positivista, cifrado en una actitud mecánica basada en conclusiones silogísticas, sino que se hace necesaria una mayor participación del intérprete en la elaboración y desarrollo de su *status*. Estas circunstancias ha conducido a una revalorización de posturas metodológicas de inspiración iusnaturalista, siempre más útiles para explicar y legitimar actitudes metódicas abiertas y dinámicas [...]”.

As normas de direito fundamental se apresentam morfológicamente como princípios e como regras, influenciando tal classificação no processo de interpretação de tais normas e na solução de conflitos entre elas, tal como afirma Alexy:

Sem ela, não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. [...] Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais<sup>7</sup>.

Dessa forma, ao admitir que a cada princípio se deve atribuir um peso quando houver disputa entre mais de um deles para alcançar a sua aplicação no caso concreto, surge a questão de como será atribuído o peso. É Ávila, com toda propriedade, quem responde, lembrando que “a dimensão de peso desse ou daquele elemento não está previamente decidida pela estrutura normativa, mas é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto”<sup>8</sup>.

A necessidade de impor limites aos direitos fundamentais e a consequente harmonização entre eles é de suma importância para a solução de conflitos entre esses direitos, tendo em vista sua previsão constitucional plural e a importância de sua efetividade. Sua abertura semântica e o amplo catálogo positivado tornam propícios os conflitos normativos, as denominadas antinomias jurídicas<sup>9</sup>.

## 2 Processo dialógico entre normas de direitos humanos

Especialmente após o segundo pós-guerra, diante da constatação da fragilidade dos Estados nacionais de proteger seus próprios cidadãos sob o manto de sua ordem jurídica interna, um movimento praticamente hegemônico de âmbito internacional<sup>10</sup> suscitou uma grande produção de documentos voltados à proteção da pessoa humana.

<sup>7</sup> (*Ibid idem*, 2011, p. 85).

<sup>8</sup> (*Ibid idem*, 2009, p. 43).

<sup>9</sup> De acordo com Pereira: “As antinomias são contradições entre normas que ocorrem quando estas atribuem conseqüências divergentes para uma mesma situação de fato”. (*Ibid idem*, 2006, p. 223).

<sup>10</sup> Segundo Monterisi: “La soberanía de los Estados que caracterizó al Derecho Internacional Público [...] dio paso a otra soberanía mucho más importante: *la de la dignidad de la persona humana* como tal frente al peligro que deparaban para ella los propios Estados. (sic). Segundo uma tradução livre: “A soberania dos Estados que caracterizou o Direito Internacional Público [...] cedeu espaço a outra soberania muito mais importante: a da dignidade da pessoa humana diante do perigo que para ela representavam os próprios Estados”. (*Ibid idem*, 2009, p. 19).

Esse sistema jurídico internacional gerou o hoje denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, fundamentalmente um direito de proteção, categoria do Direito que goza de autonomia, dotado de um *corpus juris* próprio, cuja finalidade é a proteção da pessoa humana nos planos nacional e internacional<sup>11</sup>.

Esse sistema de proteção integrado e consensual reflete uma “consciência ética contemporânea”, que se expressa normativa e institucionalmente como uma unidade universal, via mecanismos do sistema normativo global da ONU, conjuntamente com instrumentos dos sistemas regionais da Europa, da América e da África, todos fundamentados no valor supremo da pessoa humana, complementando-se entre si e com os sistemas normativos internos dos Estados de proteção dos direitos humanos.

Diante da complexidade das múltiplas relações estabelecidas entre Estados, comunidades e pessoas, as diversas ordens jurídicas internacionais e nacionais têm se inter-relacionado com uma frequência maior, na qual o âmbito de atuação de cada ordem dependia quase que exclusivamente da soberania de cada Estado, mas hoje, a partir da cessão de parte dessa soberania para internalizar uma normatividade jurídica estranha, a ordem internacional e a nacional têm se integrado de tal forma, a partir da abertura do sistema jurídico, reconhecendo sua capacidade de evolução, ao ponto de fazer surgir uma nova categoria antinômica: a dos “conflitos entre os tratados internacionais (de direitos humanos) e norma de direito interno”, o denominado “conflito entre fontes”<sup>12</sup>.

E aqui, diante dessa colisão de ordens jurídicas, tem-se que enfrentar dois problemas: o primeiro se refere à hierarquia na ordem interna com que é recepcionado um tratado internacional, em especial o de direitos humanos; e segundo, qual o critério a ser utilizado para resolver a antinomia direito internacional/direito interno?

Essas são duas questões intimamente relacionadas com a hermenêutica dos direitos fundamentais, uma vez que tais direitos estão dispostos primária e essencialmente na Constituição (isto na ordem interna); e nos tratados de direitos humanos, na ordem internacional, têm sua expressão universal.

---

<sup>11</sup> (TRINDADE, 2003, p. 28).

<sup>12</sup> (MAZZUOLI, 2010, p. 45).

## 2.1 Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna

O fim do regime ditatorial no Brasil e o início do processo de democratização na década de 1970, com a atuação dos movimentos populares<sup>13</sup>, podem ser considerados um marco significativo para o acolhimento da normatividade internacional de proteção dos direitos humanos no país<sup>14</sup>.

Esse percurso culmina também com o nascimento da *Constituição Federal* de 1988, que defende, a partir de seu Preâmbulo, os princípios fundamentais de valorização da pessoa humana. Dentre eles, como imperativo da garantia e promoção da dignidade humana<sup>15</sup> e dos direitos dele advindos, o da não exclusão de outros princípios relativos aos direitos e garantias fundamentais advindos de tratados internacionais<sup>16</sup>.

Após o trâmite de incorporação do tratado internacional na ordem interna, conforme disposto principalmente nos artigos 49, inciso I, e artigo 84, inciso VIII, da *Constituição Federal do Brasil*<sup>17</sup>, a discussão atual na doutrina e na jurisprudência se refere à força hierárquica dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico brasileiro<sup>18</sup>, que apresenta um sistema misto, conforme leciona Piovesan:

Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam *status constitucional* e aplicação imediata (por força do Art. 5º, §§ 1º e 2º, da Carta de 1988), os tratados tradicionais apresentam *status infraconstitucional* e aplicação não imediata (por força do Art. 102, III, b, da Carta de 1988 e da ine-

<sup>13</sup> Ver em Gonçalves a importância da participação popular no processo constitucional da Carta Magna de 1988. (GONÇALVES, 2010).

<sup>14</sup> Mazzuoli apresenta um vasto rol de tratados de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil tanto no âmbito do sistema global das Nações Unidas quanto no regional do sistema interamericano. (*Ibid idem*, 2011, p. 26-27).

<sup>15</sup> Segundo o Artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2013).

<sup>16</sup> O Artigo 5º, em seu parágrafo 2º, dispõe que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (*Ibid idem*, 2013).

<sup>17</sup> “Art. 49: É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”; e “Art. 84: Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. (*Ibid idem*, 2013).

<sup>18</sup> Problema proposto por Canotilho como “disputa da supremacia normativa” diante do pluralismo de ordenamentos superiores. (*Idem*, 2010, p. 694).

xistência de dispositivo constitucional que lhes assegure aplicação imediata<sup>19</sup>. (Grifo nosso)

Tal posicionamento sofre ligeiras modificações segundo o pensamento de Mazzuoli, que entende da mesma forma que Piovesan “que os tratados de direitos humanos em vigor no país têm índole e nível de normas constitucionais”<sup>20</sup>, mas atribui, diferentemente dessa autora, *status* supralegal aos demais tratados que não versam sobre direitos humanos, com fundamento no artigo 27 da Convenção de Viena, ratificado pelo Brasil em 25/09/2009 e promulgada pelo Decreto 7.030, de 14/12/2009).

Assim, o entendimento de Mazzuoli, em linhas gerais, está fundamentado nos seguintes argumentos. Os tratados internacionais de direitos humanos, em geral ratificados pelo Brasil com base no artigo 5º, parágrafo 2º, “têm *status* de norma constitucional por integrarem *materialmente* a ordem jurídica estabelecida pela Carta Política”; já os tratados desse tipo, “aprovados pelo *quorum* qualificado do art.5º, § 3º, terão *status* material e *formalmente* constitucional”. Ou seja, qualquer tratado internacional de direitos humanos ratificado internamente deve ter hierarquia constitucional, inclusive os anteriores à promulgação da Carta Magna, caso do Pacto de São José da Costa Rica. Mas, apenas os acolhidos com o *quorum* qualificado referido seriam também formalmente constitucionais, isto é, teriam equivalência à emenda constitucional<sup>21</sup>.

Entretanto, não é esse o posicionamento atual da Suprema Corte, que, segundo os julgados que serão analisados a seguir neste trabalho, entende que os tratados de direitos humanos em geral não têm *status* constitucional, mas supralegal, apesar da tese não ser unânime; e os aprovados segundo o *quorum* do art. 5º, § 3º, alcançariam a hierarquia constitucional. Já os tratados internacionais que não versam sobre direitos humanos têm hierarquia de leis ordinárias.

## **2.2 Critérios para a solução da antinomia entre tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**

Não é do escopo deste trabalho detalhar a categoria *antinomia jurídica* nem suas tradicionais soluções (cronológica, especialidade e hierárquico), mas tão somente no que se refere ao conflito acima descrito, entre o direito internacional

<sup>19</sup> (*Ibid idem*, 2010a, p. 94).

<sup>20</sup> Na verdade, o autor ainda faz uma significativa diferenciação entre “*status* de norma constitucional” e “equivalente à emenda constitucional”, em que, no primeiro caso, o tratado integra o bloco de constitucionalidade materialmente apenas, e, no segundo, material e formalmente. (*Ibid idem*, 2011, p. 52).

<sup>21</sup> (*Ibid idem*, p. 55-56).

e o interno, que vai exigir outro tipo de solução, denominada por Mazzuoli de “diálogo das fontes”.

O Supremo Tribunal Federal (STF) parte de uma premissa fundamental: a soberania absoluta da *Constituição Federal*, tese monista de premissas hegelianas, que informa ser a Constituição posta pelo Estado no ápice de sua soberania, a norma maior à qual todas as outras, quer sejam de ordem interna ou internacional, devem estar submetidas. Entretanto, a corrente monista, que estabelece que apenas uma ordem jurídica seja absoluta, tem uma vertente que acolhe como ordem suprema, a internacional, como a prevalente sobre toda a normatividade interna, e, nesse caso, a normatividade internacional teria sempre hierarquia supraconstitucional dentro de uma determinada ordem estatal, segundo premissas kelsenianas<sup>22</sup>, a ordem internacional seria o fundamento de validade das demais.

Assim, para a teoria monista, existe apenas uma ordem jurídica, na qual estão presentes o direito interno e o internacional, não precisando o Estado de nenhuma formalidade para recepcionar os tratados por ele ratificados; e, dentro dessa teoria, existem a monista nacionalista, cuja primazia normativa é a do direito nacional, e a monista internacionalista, que dá primazia ao direito internacional sobre o interno.

Ainda no âmbito dessa análise, encontra-se a tese dualista, em que se admite a coexistência das duas ordens no mesmo sistema, mas atuando autonomamente a partir do que estabelece a ordem constitucional interna; entretanto, a validade e eficácia da normatividade internacional está ligada à orientação da Constituição e às decisões internas quanto à recepção delas. Para o dualismo, não há conflito entre normas internacionais e internas, pois as primeiras, ao serem recepcionadas via ratificação, tornam-se internas. Essa é a posição adotada pelo Supremo de maneira geral.

Assim, no caso de tratados internacionais que não versem sobre direitos humanos, que são internalizados na posição de normas ordinárias, os critérios para solução de “antinomias” seriam os tradicionais: hierárquico, da especialidade e cronológico.

Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, o procedimento para resolver os conflitos com as normas internas, segundo o STF, seria o seguinte. Se os tratados foram recepcionados com o quórum

---

<sup>22</sup> Kelsen admite que a escolha de uma ou outra vertente monista, que trará consequências sobre a interpretação do sistema normativo, depende do referencial escolhido pelo jurista (Estado) e que, “para a ciência jurídica, estes dois sistemas são igualmente admissíveis, pois não há método jurídico algum que permita dar preferência a um em detrimento do outro” (“Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles, pues no hay método jurídico alguno que permita dar preferéncia a uno en detrimento del otro”). (*Idem*, 2009, p. 168).

do art. 5º, § 3º, que atribui a estes a condição de equivalentes às emendas constitucionais, no caso de conflito entre normas constitucionais, usa-se o método da ponderação, mas se os tratados internacionais de direitos humanos não foram internalizados segundo tal quórum, e, assim, adentram no ordenamento interno hierarquicamente de forma supralegal, estariam em posição inferior à Constituição, logo a ela submetidos, mas acima das normas infraconstitucionais.

A proposta trazida por Mazzuoli para resolver os conflitos entre o direito internacional dos direitos humanos e a ordem jurídica interna estatal, pelo “diálogo das fontes”, lança novas luzes sobre essa discussão por atribuir a importância adequada às normas internacionais de direitos humanos, em sintonia com a realidade jurídica mundial em que estamos inseridos, pela especial influência daquelas na ordem constitucional dos Estados, ou, como afirma Pereira, pela “progressiva importância que os direitos fundamentais passaram a ostentar no constitucionalismo atual”<sup>23</sup>.

Mesmo entendendo que as normas internacionais que tratem de direitos humanos devam ser recepcionadas na mesma hierarquia das constitucionais, sem a necessidade de qualquer formalidade interna, desde que ratificadas pelo Brasil, Mazzuoli não lhes atribui prevalência sobre as internas, mas, uma vez que tanto umas como as outras veiculam conteúdos considerados por ambas as ordens jurídicas de promoção da dignidade humana e fundamentais para a realização dos projetos nacionais (a partir de sua normatividade constitucional) e internacionais de justiça social. Tendo os direitos humanos como fundamentação dessa construção jurídica, eventuais conflitos entre normas internacionais de direitos humanos e normas internas poderiam ser resolvidos por intermédio do diálogo entre essas duas fontes de direito.

A prevalência dos direitos humanos é o conteúdo essencial e o fundamento do direito internacional dos direitos humanos, e sua normatividade traz ínsita o que Mazzuoli denomina de “cláusulas de diálogo ou ‘vasos comunicantes’ [...] que são cláusulas que estão a permitir [...] o *diálogo das fontes* internacionais e internas de proteção como resultado prático da aplicação do princípio internacional *pro homine*”<sup>24</sup>. (sic)

A diversidade cultural leva a sociedade à busca de um movimento de integração na pluralidade que busca uma convivência harmônica e inclusiva, para

<sup>23</sup> *Ibid idem*, 2006, p. 94).

<sup>24</sup> Exemplos destas cláusulas, na ordem interna: o art. 5º, § 2º da *Constituição Federal* (“não excluem outros”), e, na ordem internacional, o art. 29, ‘b’, da *Convenção Americana dos Direitos Humanos*, a saber: “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; [...]”. *Ibid idem*, 2011).

o desenvolvimento individual e coletivo; e o Direito tem sido um dos principais instrumentos na coordenação dessas ordens, aqui no sentido amplo, econômico, social, político e jurídico, para alcançar tais desideratos.

A pluralidade de fontes normativas é, também, uma realidade diante da qual se encontra o intérprete do Direito quando chamado a dar soluções para viabilizar o processo maior de proteção e promoção da dignidade humana.

A proposta de Mazzuoli, aqui defendida, demonstra que é possível a aplicação simultânea de várias normas, e mesmo de ordens jurídicas distintas, de forma a resolver quaisquer conflitos entre o Direito proveniente das fontes internacionais (direitos humanos) e o das fontes internas (direitos fundamentais). Para tanto, essas normas precisam ser “coordenadas” pelo intérprete/aplicador para que ele, ao “escutar” a comunicação entre as fontes, possa, dessa relação dialógica (mais do que dialética), aplicar sempre a norma mais benéfica (protetora) ao sujeito de direitos, que quase sempre é aquele que se apresenta como suposta vítima de violação de direitos humanos.

Essa ideia se coaduna com a de “paradoxo da transversalidade” de Marcelo Neves, que faz da Constituição uma “ponte de transição entre racionalidades diversas”. E ao tratar especificamente do “transconstitucionalismo pluridimensional”, referindo-se a um sistema jurídico mundial, relacionado com conflitos de direitos fundamentais e/ou humanos, Neves afirma que: “A rigor, esse ‘modelo de articulação’ redundaria em um modelo de entrelaçamento transversal, no qual as ‘pontes de transição’ de materiais entre ordens jurídicas ocorrem no nível constitucional. O intercâmbio e o aprendizado com o outro constituem o lado positivo desse entrelaçamento”<sup>25</sup>.

Mas, o que seria a norma mais benéfica ou protetora ao sujeito que sofreu a violação de direitos humanos ou que simplesmente busca a efetivação de um direito fundamental que lhe é atribuído e que sua aplicação é considerada como resultado dessa comunicação entre ordens jurídicas heterogêneas? A resposta está na efetivação do princípio internacional *pro homine*, que, a rigor, significa que “ao se interpretar uma norma de direitos humanos, o intérprete/aplicador do direito deve ponderar pela aplicação da que seja mais favorável à dignidade da pessoa”<sup>26</sup>.

O princípio *pro homine* leva em consideração o caráter progressivo e de expansão dos direitos humanos, além da importância do conteúdo por eles veiculados em suas normas de proteção e promoção, consagrando valores fundamentais à pessoa humana e ao desenvolvimento da sociedade em seu aspecto mais amplo.

<sup>25</sup> (*Ibid idem*, 2009, p. 259).

<sup>26</sup> (MAZZUOLI, 2011, p. 106).

Diante do que foi aqui exposto sobre o critério de solução de conflito entre norma de direito internacional e de direito interno, especialmente a Constituição, é bastante relevante lembrar o posicionamento progressista do Ministro Celso de Mello, em seu voto quando do julgamento do HC nº 87.585-8 Tocantins, fazendo referência ao diálogo das fontes como meio de resolução das antinomias entre fontes de direito internas e externas, a saber:

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais<sup>27</sup>.

Tomando a Constituição como ápice da pirâmide normativa estatal, a produção e a aplicação das leis de um ordenamento jurídico estão submetidas ao controle vertical de compatibilidade com a dita Norma Magna, metodologia conhecida como controle de constitucionalidade.

Dentro de um sistema plural de fontes normativas, especialmente com a ratificação de tratados de direito internacional de direitos humanos, cujo conteúdo se integra com as normas de direitos fundamentais constitucionais, e, no caso atual brasileiro, levando-se em consideração, como visto anteriormente, que aquelas normas são recepcionadas ou como equivalentes à emenda constitucional ou dotadas de hierarquia supralegal, a Constituição não é mais o único parâmetro para controle da produção legiferante nem da interpretação judicial.

Mazzuoli apresenta outro controle de compatibilidade das normas internas infraconstitucionais, dessa vez não tendo a Constituição como paradigma, mas sim as normas recepcionadas pelos tratados internacionais de direitos humanos, o denominado “controle de convencionalidade”<sup>28</sup>.

Assim, o controle de convencionalidade, além de controle de compatibilidade vertical das normas de direito interno com as normas (especialmente os tratados) de direitos humanos ratificadas pelo governo brasileiro,

<sup>27</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. “*Habeas Corpus* nº 87.585-8 Tocantins”. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de junho de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04.dez. 13.

<sup>28</sup> (*Ibid idem*, 2011, p. 12).

é, também, uma técnica judicial, de caráter difuso ou concentrado que permite ao juiz, quando solicitado (convencionalidade difusa), decidir sobre a validade ou não de uma norma de direito interno frente a esse novo parâmetro de controle, ou quando os direitos legitimados do artigo 103 da Constituição propuserem o controle de convencionalidade concentrada por meio dos mesmos instrumentos processuais possíveis de serem manejados para o controle de constitucionalidade concentrada, tal como a ação direta de inconstitucionalidade, entre outros.

Uma lei infraconstitucional, antes de ingressar no mundo jurídico, ou mesmo a que já está em vigor, deveria passar por esse duplo controle de verticalidade: o de constitucionalidade e o de convencionalidade. Assim, uma norma compatível com a Constituição teria vigência, mas sua validade só seria comprovada se a norma também fosse compatível com essa ordem internacional recepcionada internamente<sup>29</sup>.

### 3 O Supremo Tribunal Federal e o conflito de fontes

Neste capítulo, serão abordadas as principais decisões da Corte Suprema Brasileira em relação a uma demanda específica nessa área, que levará a uma percepção maior da evolução do posicionamento dela em relação ao enfrentamento dos conflitos entre o direito internacional internalizado via ratificação dos tratados de direitos humanos por parte do Estado brasileiro e o seu direito interno.

Piovesan afirma que “anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional”, mas que a partir da decisão do recurso extraordinário nº 80.004, decidido em 1977, adotou-se a tese da paridade entre tratado e lei federal.

A decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 80.004 – SE de 1977 – enfrenta uma situação clara de conflito de normas de diferentes fontes: uma internacional, a Convenção de Genebra – Lei Uniforme em matéria de câmbio e nota promissória, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 57.663, de 1966 –, e a interna, Decreto-Lei nº 427 de 1969; e, diante do conflito entre elas, aplicou-se a metodologia tradicional para a solução de antinomia normativa pelo critério cronológico, prevalecendo a lei posterior; nesse caso, a interna.

A tese da paridade entre tratado internacional e lei federal mais uma vez foi constatada quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em 1995, do HC 72.131-RJ, referindo-se à prisão civil por dívida de depositário infiel:

<sup>29</sup> (*Ibid idem*, 2011, p. 95).

ocasião em que se enfrentou o disposto no Pacto de San José da Costa Rica<sup>30</sup>, que proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de alimentos, tendo o STF, na sua decisão, afirmado que “inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno”<sup>31</sup>.

Antes da análise da decisão do STF, cabe lembrar que o artigo 5º da *Constituição Federal*, em seu inciso LXVII, dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Vale a pena se deter sobre alguns aspectos interessantes dessa decisão e seus votos correlatos relacionados com a aplicação prática da hermenêutica constitucional tanto no que se refere à colisão de direitos fundamentais no ordenamento interno e ao conflito entre diferentes fontes normativas, internacional e interna.

No voto do Relator Ministro Marco Aurélio, no HC nº 72.131-1, vê-se primeiramente a análise do conflito entre o direito de liberdade e o direito de propriedade; este, além da previsão constitucional, aqui, especificamente no caso, enfrenta-se sua proteção pelo Decreto-Lei nº 911/69, que estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e a prisão civil do devedor-alienante/depositário infiel<sup>32</sup>.

No ponto referente ao conflito entre direitos fundamentais, dispôs o ministro que: “Não é concebível enfoque que implique transmudar garantia constitucional [...] e isso ocorreu na elaboração do Decreto-Lei nº 911/69. Fez-se prevalecer, na disciplina do contrato de alienação fiduciária, a feição patrimonial, civilista, sobre a constitucional, voltada à segurança jurídica em face de um bem maior, que é a liberdade [...]”<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> O Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto-Lei nº 678, de 6 de novembro de 1992, dispõe em seu artigo 7º, 7, que: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). “Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos”. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 04.dez. 13.

<sup>31</sup> (PIOVESAN, 2010a).

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “*Habeas Corpus* nº 72.131-1 Rio de Janeiro”. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 04.dez. 13.

<sup>33</sup> (*Ibid idem*).

Entende o Ministro Marco Aurélio que, nesse caso, há um limite<sup>34</sup> ao direito de liberdade que não cabe interpretação ampliativa como o faz o legislador infraconstitucional pela norma em comento para estender a prisão civil ao devedor em contrato de alienação fiduciária nos termos: “Senhor presidente, admito a criatividade quer no campo normativo, quer no da interpretação de regras que compõem a ordem jurídica. Todavia, tudo há de ocorrer mediante estrita observância ao Texto Maior, que, no caso, excepciona a proibição de vir-se a ter prisão por dívida civil, fazendo-o de forma limitada”<sup>35</sup>.

Em seguida, o referido Ministro enfrenta a questão do conflito entre a norma constitucional interna e a norma internacional advinda do Pacto de San José da Costa Rica no que se refere à prisão civil do devedor, que a aceita somente no caso do “inadimplemento de obrigação alimentar”. Aqui, o Ministro, em primeiro lugar, faz um controle de convencionalidade do Decreto-Lei 911/69 frente à Convenção Americana, considerando aquele como inválido quando dispõe que: “Ainda que se pudessem colocar em plano secundário os limites constitucionais, a afastarem, a mais não poder, a possibilidade de subsistir a garantia da satisfação do débito, como meio coercitivo, no caso da alienação fiduciária, que é a prisão, tem-se que essa, no que decorre não da Carta Política da República, que para mim não a prevê, mas do Decreto-Lei nº 911/69, já não subsiste na ordem jurídica em vigor, porquanto o Brasil, mediante o decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, aderiu à Convenção Americana Sobre Direitos humanos, ao chamado Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969”<sup>36</sup>.

O entendimento do Ministro é que uma vez que “a convenção passa a integrar a ordem jurídica em patamar equivalente ao da legislação ordinária [...] disciplinando a matéria de forma contrária, resultou na revogação do primeiro (o Decreto-Lei)”.

E foi mais além o Ministro, mesmo sem afirmá-lo expressamente, interpretando que o Pacto tem eficácia supraconstitucional, pois só assim poderia este revogar norma constitucional sobre direitos fundamentais (art. 5º, LXVII, que prevê a prisão civil do depositário infiel) em oposição ao artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, que trata das hipóteses de não cabimento de emenda à Constituição, no caso, “tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais”, expressamente dispostos em seu artigo 5º.

<sup>34</sup> Neste caso, um limite constitucional direto como grandeza negativa. (ALEXANDRINO, 2007).

<sup>35</sup> (*Ibid idem*).

<sup>36</sup> (*Ibid idem*).

Em que pese a importância do voto do Ministro Marco Aurélio, a decisão do STF foi tomada de forma contrária em ambos os pontos analisados, ou seja, atribuiu plena vigência ao Decreto-Lei 911/69 e desconsiderou a Convenção Americana em relação à questão da prisão civil do depositário infiel, decisões passíveis de responsabilização internacional do Estado brasileiro por ofensa à boa-fé e violação a direito expresso da referida Convenção.

Nessa decisão, ainda, chama a atenção o voto do Ministro Moreira Alves, que considera o Pacto de São José como tendo sido recepcionado no ordenamento jurídico interno como lei ordinária, e que seu artigo 7º, 7, não tem o condão de “restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LXVII, da nossa atual Constituição”; além disso, o Ministro reconhece que a prisão civil do devedor “implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário”<sup>37</sup>.

Tal decisão claramente viola, ainda, o disposto no artigo 27 da Convenção de Viena, que informa não poder o Estado Parte alegar disposições de direito interno para justificar o não cumprimento de tratados.

A tese do “normativismo supranacional” fundamenta-se tanto na hermenêutica constitucional do já citado artigo 5º, parágrafo 2º da *Constituição Federal Brasileira*, quanto na ideia de que o Direito Internacional é superior ao Estado, ou, ainda, na “noção de unidade e solidariedade do gênero humano”<sup>38</sup>.

Pode-se afirmar, em síntese, que existem quatro correntes que versam sobre a questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos recepcionados pela ordem jurídica interna: a) supraconstitucionalidade; b) constitucionalidade; c) supralegalidade; e d) paridade legal às leis federais internas.

Já a corrente que defende a tese da natureza infraconstitucional, mas supralegal, encontra suporte a partir do julgamento do *habeas corpus* nº 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000, em que se destacam os seguintes trechos do voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “Desde logo, participo do entendimento unânime do Tribunal, que recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional [...]. Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas [...], tendo assim [...] a aceitar a outorga de força supralegal às suas normas [...]”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> (*Ibid idem*).

<sup>38</sup> (*Ibid idem*)

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 79.785-7 Rio de Janeiro”. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 de março de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 04.dez. 13.

A decisão exposta na ementa claramente aponta a posição do Supremo Tribunal Federal, no momento desse julgamento, em matéria de conflito entre norma internacional e interna, que é a de considerar absoluta a supremacia da Constituição, nos termos:

Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. [...]. Sob a perspectiva do juiz nacional – que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional – não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência sobre o conflito<sup>40</sup>.

Outro julgado de extrema relevância no qual o STF mais uma vez enfrentou a questão da integração de normas internacionais na ordem jurídica nacional e da interpretação do conflito entre elas deu-se no julgamento do HC 87.585-8, de 2008.

De extrema relevância para a evolução do tema foi o voto do Ministro Celso de Mello, quando se posicionou a favor da existência de um regime jurídico misto<sup>41</sup> no que se refere à hierarquia dos tratados de direitos humanos e, frente a corrente majoritária da suprallegalidade dos referidos tratados, mostrou-se decidido pela tese da constitucionalidade<sup>42</sup> desses tratados, voto este seguido pela Ministra Ellen Grace e pelos Ministros César Peluso e Eros Grau.

<sup>40</sup> (*Ibid idem*).

<sup>41</sup> As distinções propostas pelo Ministro em relação aos tratados internacionais de direitos humanos são as seguintes: a) incorporados à ordem interna antes da Constituição de 1988, têm natureza constitucional com fundamento no seu art. 5º, § 2º; b) incorporados após a Emenda Constitucional 45/2004 para alcançarem a natureza constitucional, deverão seguir as formalidades do art. 5º, § 3º da Constituição; e c) incorporados entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC 45/2004, assumem caráter materialmente constitucional. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus nº 87.585-8 Tocantins”. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de junho de 2008a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04.dez. 13.

<sup>42</sup> Neste voto, o Ministro reavalia sua posição marcada na ADI 1.480-MC/DF, em que conferiu “aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente às leis ordinárias” ao considerar nesse julgado a hierarquia dos tratados como sendo de natureza constitucional, em que pese a tese majoritária da suprallegalidade deles. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Habeas Corpus n. 87.585-8 Tocantins”. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrante: Alberto

O caso realmente considerado paradigmático nesta questão da definição, ou melhor dizendo, da evolução, do regime dos tratados de direitos humanos veio com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1 São Paulo, onde: “O entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de conferir prevalência ao valor da liberdade, em detrimento do valor da propriedade, em se tratando de prisão civil do depositário infiel, com ênfase na importância do respeito aos direitos humanos”<sup>43</sup>.

Dispõe a ementa do julgado:

Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentação da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nºs 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito<sup>44</sup>.

Aqui está claro a prática da ponderação para a interpretação dos valores em jogo sem se afastar do princípio da proporcionalidade. Mas, não apenas isso, pois deve-se lembrar que também se trata de conflito entre fontes normativas distintas (internacional e nacional), e o fundamento para a decisão pode ser considerado como sendo o da “coordenação” das fontes, ou diálogo das fontes, em busca da prevalência do princípio internacional *pro homine*.

A ideia da utilização dessa nova hermenêutica constitucional de base principiológica não é deixar que as decisões caiam no campo do subjetivismo do intérprete, até porque não se entende aqui, neste trabalho, a interpretação judicial como fonte criadora de normas, mas que sejam levados em conta novos parâmetros para essa atividade essencial para a concretização do direito.

---

de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de junho de 2008a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04.dez. 13.

<sup>43</sup> (PIOVESAN, 2010a, p. 77).

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Recurso Extraordinário nº 466.343-1.” São Paulo. Recorrente: Banco Bradesco S.A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 04.dez. 13.

## Considerações finais

Assim como o homem não pode se esvaír da sua dimensão coletiva, o Estado, na atualidade complexa e plúrima de uma existência de relações globais, não tem como subsistir sob dogmas oitocentistas puros, em especial o do absolutismo, de sua soberania, necessitando, assim, partilhar ou mesmo renunciar à parte desse valor.

As relações internacionais são um imperativo da contemporaneidade, da mesma forma que o é a luta pela proteção e promoção dos direitos humanos, que também se dá no campo jurídico, principalmente por meio de instituições e de uma normatividade específica.

Este trabalho, especificamente, aponta desafios que a hermenêutica dos direitos fundamentais tem encontrado ao se deparar com o fenômeno da internalização de ordens jurídicas internacionais via tratados de direitos humanos e seus consequentes conflitos com essa mesma ordem jurídica interna que os acolhe.

A jurisprudência brasileira, quer seja em âmbito constitucional, quer infra, ainda caminha timidamente para efetivar os direitos fundamentais constitucionalizados, frutos de sua expressão maior na qualidade de direitos humanos; ao passo que a normatividade internacional desses direitos, valendo-se de seu caráter expansivo, cada vez mais se esforça em realizados na materialidade da vida humana.

É necessário um passo firme para que a doutrina, a atividade advocatícia e a participação popular possam exigir e influenciar a jurisprudência pátria a entender que o sentido de sua existência não é apenas dirimir conflitos, mas efetivar o sentido de uma Constituição que tenha como fundamento a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e como objetivo “reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III). Para tanto, a coordenação dialógica das fontes de direito interno e internacional, como aqui analisada, é essencial para alcançar o desenvolvimento integral da pessoa humana e o da comunidade em que está inserida, quer no âmbito nacional, quer internacional.

A aceitação dos tratados internacionais de direitos humanos no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais e o controle de convencionalidade das normas internas, pelo exercício do Poder Legislativo e do Judiciário, respectivamente, são instrumentos essenciais para que as ações do Poder Executivo, por políticas públicas específicas, realizem concretamente os direitos humanos.

## Referências

ALEXANDRINO, J. de M. *Direitos fundamentais: introdução geral*. Estoril: Príncipe Editora, 2007.

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Recurso extraordinário nº 80.004-SE”. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leal Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, DF, 01 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 04.dez. 13.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. “*Habeas Corpus* nº 72.131-1 Rio de Janeiro”. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 03 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 04.dez. 13.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. “Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 79.785-7 Rio de Janeiro”. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 29 de março de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 04.dez. 13.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. “*Habeas Corpus* nº 87.585-8 Tocantins”. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Impetrante: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de junho de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 04.dez. 13.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. “Recurso Extraordinário nº 466.343-1 São Paulo”. Recorrente: Banco Bradesco S.A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro César Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 04.dez. 13.

\_\_\_\_\_. *Código civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial*. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. Organização de Yussef Said Cahali. 15. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed, 7 reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2010.

GONÇALVES, C. M. da C. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. 2 ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

KELSEN, H. *Teoría pura del Derecho*. 4. ed., 8ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2009.

LUÑO, A. P. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

MAZZUOLI, V. de O. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MONTERISI, R. D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Plata: Librería Editora Platense, 2009.

NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). “Convenção Americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos”. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)> Acesso em: 04.dez. 13.

PEREIRA, J. R. G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010a.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e justiça internacional*. 2. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

Recebido em: 02/04/2013

Aprovado em: 10/10/2013



# COSTA VERSUS ENEL - O PRIMADO DO DIREITO COMUNITÁRIO E A MUDANÇA DE PARADIGMA: O ESTADO EM REDE EUROPEU

COSTA VERSUS ENEL – THE PRIMACY OF THE COMMUNITY LAW AND THE CHANGE OF PARADIGM: THE STATE IN EUROPEAN NETWORK

---

Suélen Farenzena<sup>1</sup>

## **Sumário**

Introdução; 1. O Estado e o Processo de Integração; 2. A Construção do Primado do Direito Comunitário e a Mudança de Paradigma; 3. O Estado em Rede Europeu; Considerações Finais; Referências.

## **Summary**

Introduction; 1. The State and the Integration Process; 2. Construction of the primacy of Community law and the Change of Paradigm; 3. The State in European Network; Final Considerations; References.

## **Resumo**

O presente texto tem por objetivo analisar a construção do primado do direito comunitário que tomou forma a partir do acórdão Costa *versus* ENEL. O estudo se propõe a contextualizar as transformações por que passaram os Estados e o processo de integração que emergiu, para, com isso, reunir condições de apresentar a construção jurisprudencial que consagrou o primado do Direito Comunitário, rompendo o paradigma da supremacia constitucional. Buscar-se-á, por fim, avaliar qual é, então, o papel dos Estados nesse conjunto complexo e suas respectivas constituições.

---

<sup>1</sup> Mestranda bolsista em Direito Público pela UNISINOS/RS, vinculada à Linha de Pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Advogada e professora universitária.

Palavras-chave: Processo de Integração; Primado do Direito Comunitário; Estado em Rede.

### **Abstract**

This paper intends to analyze the construction of the primacy of the European Community's law was formed from the sentence *Coast versus ENEL*. Our study's goal is to contextualize the transformations that the States went through and the integration process that emerged. Through this, it was possible to congregate the conditions to present the jurisprudential construction that consecrated the primacy of the European Community's law, deconstructing the paradigm of the constitutional supremacy. Finally, we aim to evaluate which is, then, the role of the States in this complex group and its respective constitutions.

Keywords: Integration Process; Primacy of the European Community law; State in a Network.

## **Introdução**

O presente texto tem por escopo analisar qual deve ser o papel a ser desempenhado pelos Estados nacionais e suas respectivas constituições diante do rompimento de paradigma ocasionado pelo desenvolvimento do Direito Comunitário.

O fato é que nem sempre foi feita uma clara distinção entre as questões mais estritamente ligadas à organização institucional da União Europeia e aquelas relativas às relações entre a União e os Estados-membros individuais, em especial quanto à verdadeira revolução normativa e institucional introduzida pela predominância dos poderes supranacionais sobre os poderes soberanos de cada Estado, circunstância que justifica o presente estudo.

Para isso, inicialmente, contextualizam-se as transformações por que passaram os Estados e o avançado processo de integração que acabou por tomar forma no âmbito da União Europeia (1). Sucede-se que os blocos econômicos surgem, a princípio, com o objetivo de promover acordos fiscais e alfandegários entre os Estados, de modo que sua economia seja estimulada e que isso possa favorecer seu crescimento. Entretanto, o bloco formado pela União Europeia se desenvolveu e se consolidou de tal forma que criou uma verdadeira comunidade supranacional, provocando a inocuidade das visões clássicas. Com o reconhecimento da aplicabilidade direta ao Direito Comunitário como um

todo, restou necessário estabelecer-se qual deveria ser a relação entre aquele e o Direito Nacional. Em caso de haver normas contraditórias provenientes de cada um deles, ambas diretamente aplicáveis, surgia o problema de se estabelecer qual prevaleceria.

Busca-se, então, apresentar a construção jurisprudencial que consagrou o primado do Direito Comunitário, rompendo o paradigma da supremacia constitucional (2). Como restou consignado, os Estados-membros limitaram, embora em domínios restritos, seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de Direito aplicável aos seus súbditos e a eles próprios. Essa integração no Direito de cada país membro, de disposições provenientes de fonte comunitária, e, mais genericamente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade para os Estados-membros de fazer prevalecer, contra uma ordem jurídica por eles aceita em uma base de reciprocidade, uma medida unilateral. Com isso, emerge o questionamento: a dupla Estado Nacional/constituição perdeu definitivamente e irreversivelmente seu significado, sendo relegada ao plano de instrumento de análise histórico-institucional, ou está na hora de apartar o conceito histórico de constituição à peculiaridade da situação europeia, que certamente coloca-se em um plano distinto daquele das peculiaridades nacionais?

Visando discutir esse tema, acerca de qual seria o papel dos Estados nesse complexo conjunto e de suas respectivas constituições (3), apresenta-se a teoria do Estado em rede, enquanto europeização das constituições nacionais, por um lado, e formação de um nível mais alto e comum de Direito Constitucional. O Estado, na Modernidade, não é, pois, eliminado, mas redefinido. Pelo compartilhamento de autoridade, articula-se em uma rede com instituições supranacionais de tipos e âmbitos diferentes, com instituições locais e regionais e com organizações não governamentais. O aparato burocrático do Estado não mais constitui, nesse sentido, o único caminho de interação, como será demonstrado.

## **1 O estado e o processo de integração**

Na Idade Média ainda não era possível falar em Estado como é apresentado atualmente (senão, seria feito de maneira embrionária), porque o poder político estava fragmentado entre os reinos, a Igreja e os senhores feudais. O Estado acabou sendo resultado, nesses termos, da centralização do poder na figura do rei após a destruição do feudalismo e a quebra da autoridade da Igreja pela laicização do Direito. Em sua origem, portanto, há a supremacia do poder (soberania) encarnada na pessoa do rei (em caráter absolutista). Na sequência, com

o liberalismo e a Revolução Francesa, o Estado adquire aspectos constitucionais e democráticos, transformando-se no dito Estado moderno (séculos XVI e XVII).<sup>2</sup>

A história do constitucionalismo é, assim, siamesa à do moderno Estado-nação democrático. Estado-nação e constituição percorreram, de mãos dadas, toda a Modernidade. Paradoxalmente, será sobre as ondas de choque desse apogeu que a constituição do Estado-nação democrático entrará em crise na pós-modernidade e começará a sofrer de anomia, claustrofobia e endotropia.<sup>3</sup> Com a globalização, pêndulo dessa ruptura histórica, a constituição deixa de ser o fecho e a chave do mundo político-jurídico para resistir, sobretudo, como seu alicerce e piso térreo.

O fato é que o papel do Estado como protagonista dos fenômenos de transformação (da inovação científico-tecnológica aos centros de decisão administrativa e política) entra em crise como consequência da evolução de seus elementos tradicionalmente constitutivos.<sup>4</sup> O povo apresenta-se cada vez menos vinculado aos rígidos componentes religiosos, linguísticos e étnicos, que, no passado, representavam a quintessência da nação. O território acaba cada vez mais aberto à interferência e poderes de centros decisórios supranacionais e multinacionais. E o ordenamento jurídico, como resultado, cada vez menos expressão de um poder soberano exclusivo e indivisível.

Ocorre que o liberalismo econômico que começa a vicejar, por sua vez, lança o Estado liberal. A política e o Direito vão atrás da economia e da informação, por um lado, para recuperarem o processo de desenvolvimento e modernização. E, por outro, para estabilizar os abalos tectônicos causados à segurança jurídica e política por uma mundialização irreversível e célere. O Estado continua a ter um valor insubstituível e fundamental. Só que mesmo para ser eficaz intramuros, precisa ressegurar as suas funções mais além. Para defesa de si próprio, tem de evitar a abertura de um hiato para lá de sua alçada.<sup>5</sup>

Vejamus que o Estado europeu do pós-guerra não tinha condições de reerguer-se sozinho, de participar da Guerra Fria singularmente, ou de competir na globalização econômica. A falta de condição para diligenciar soberanamente estava evidenciada. A empresa europeia traduziu, desse modo, a necessidade de uma união com vistas à sua sobrevivência no palco internacional. A soberania,

---

<sup>2</sup> (STELZER, 2000, p. 79).

<sup>3</sup> “O Estado enquanto modelo de unidade política, enquanto portador do que era o mais surpreendente de todos os monopólios, a saber, o monopólio da decisão política, verdadeira obra-prima da tradição europeia e do racionalismo ocidental, foi destronado. Se essas noções sobrevivem enquanto noções clássicas, a verdade é que esse mundo clássico aparece hoje como ambíguo, para não dizer irônico.” (PIRES, 1997, p. 7-8).

<sup>4</sup> (AMIRANTE, 2003, p. 12).

<sup>5</sup> (PIRES, 1997, p. 13-14).

com apenas algumas limitações<sup>6</sup>, pareceu mais atraente à maioria dos governos do que a submissão à hegemonia de qualquer grande potência. Isso ocasionou, de fato, um aumento, ao invés de redução, da capacidade e do prestígio. Sob qualquer ângulo que se examine, o Estado, nascido sob a forma de sociedade nacional, inicia um amplo processo de inserção em comunidades mais amplas, como o ser humano, que quanto mais maduro, mais se integra em seu grupo, encontrando aí condições de aperfeiçoamento. O Estado, ao fazer parte de um contexto maior, buscou o desenvolvimento<sup>7</sup> e o bem-estar a seus jurisdicionados.

De tal modo, esse artifício não é algo recente. O movimento integracionista iniciou-se há décadas, na verdade, há séculos.<sup>8</sup> Em praticamente todos os continentes, em períodos diferentes da História, a ideia de integração esteve presente. Na época dos impérios, foi utilizada várias vezes, quase sempre pelo uso do domínio e da força militar, visando restituir o poder e dinamizar a economia.<sup>9</sup> O que mudou recentemente foram o modo, o ímpeto e a velocidade com que as relações internacionais passaram a ser realizadas. Sucede que o caráter de união dos Estados não é o mesmo. Antes, quando as pessoas se agrupavam, o faziam com o intuito de obter segurança. Atualmente, o processo de integração está ligado às formas de cooperação para um desenvolvimento maior para o seu povo.

Contudo, as Comunidades Europeias surgiram como modelo alternativo ao clássico da mera cooperação intergovernamental. Não obstante, a Europa como espaço de união política também não constitui uma ideia nova, fruto da coexistência dos interesses políticos, econômicos e militares atuais. Foi longo o percurso valorativo e cultural que fundou a comunhão de sentido. Nesse caminho, encontrou elementos agregadores (como os legados greco-romano e cristão) e elementos de sentido oposto, como os que resultam da constatação de que a Europa é, na sua origem e consequência, um caldo de culturas, línguas, tradições e sentimentos nacionais.<sup>10</sup>

A Europa soube construir, no entanto, ao longo do século XIX, por sobre as fronteiras erguidas no decurso de um milênio e via frequentes congressos políticos e conferências técnicas, um espírito de entendimento, de cooperação

---

<sup>6</sup> A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as ideias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia. Por mais que se argumente no sentido de que essa colaboração só é possível em razão da própria soberania, a qual permitiria a um Estado vincular-se a outro(s) em questões que lhe interessem ou para fazer frente a situações paradigmáticas, o que se observa na prática é a revisão radical dos postulados centrais da soberania. (STRECK & MORAIS, 2006, p. 140).

<sup>7</sup> (STELZER, 2000, p. 81).

<sup>8</sup> (LUPI, 2001, p. 199).

<sup>9</sup> (BEČAK, 2002, p. 15-16).

<sup>10</sup> (GÓRJÃO-HENRIQUES, 2007, p. 29-30).

efetiva e de enriquecimento mútuo<sup>11</sup>, que proporcionou ao Velho Continente um século de paz e enorme desenvolvimento econômico, técnico e cultural.

Sucedem que Roma ofereceu uma série de elementos que transitaram para o patrimônio comum de parte significativa da Europa. Dentre eles, destacam-se a língua, a paz romana e o elemento cristão, que veio a ser assumido como principal elemento agregador e constituinte da tradição europeia do continente. Foi nesse período de unidade religiosa e de recepção do Direito romano que se assistiu a uma época (séculos XI-XIII) de crescimento agrícola e demográfico, fazendo surgir novos e importantes centros de comércio e, paralelamente, conduzindo à crise da Igreja, que acabou provocando o surgimento dos Estados nacionais<sup>12</sup>, no sentido moderno do termo.<sup>13</sup>

Com isso, a Europa passou a se apresentar como um conjunto de Estados com interesses próprios em permanente antagonismo.<sup>14</sup> Embora apareça já na Idade Média em autores como Beaumanoir e Marino da Caramanico, é indubitável que a noção de soberania como *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da Idade Moderna, da ideia de um ordenamento jurídico universal, que a cultura medieval havia herdado da romana.<sup>15</sup> Falar de soberania e de seus eventos históricos e teóricos quer dizer, assim, falar dos acontecimentos dessa formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno.

Somente com o fim do Segundo Grande Conflito é que nasce, nesse compasso, uma real ideia de integração. Ao mesmo tempo em que o caos completo estava instaurado e que os povos remoíam ódios invisíveis entre si, emergia também a consciência da necessidade de uma nova ordem europeia. Se, por um lado, a mera ideia de um novo confronto tornava-se inacessível ao

---

<sup>11</sup> (CAMPOS & CAMPOS, 2004, p. 26).

<sup>12</sup> Independentemente do “nome da coisa” ou do mérito dos argumentos alinhavados a favor de uma tese ou de outra, é importante deixar assentado que o Estado Moderno é uma inovação. A começar pelo fato de que, no feudalismo, o poder é individualizado – encarna-se em um homem que concentra em si os instrumentos da potência e a justificação da autoridade (poder carismático, na acepção de Weber). Como contraponto, no Estado Moderno a dominação passa a ser legal-racional, sendo seu tipo mais para a “dominação burocrática”, na qual qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à norma; ou seja, obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer (STRECK, & MORAIS, 2006, p. 41).

<sup>13</sup> (GORJÃO-HENRIQUES, 2007, p. 30-31).

<sup>14</sup> (ALVES, 1992, p. 16).

<sup>15</sup> (FERRAJOLI, 2002, p. 1-2).

espírito europeu, por outro a globalização econômica avançava e também exigia uma nova postura por parte das nações europeias.<sup>16</sup>

O Estado, a propósito disso, apresentava-se demasiado grande para as coisas pequenas e demasiado pequeno para as coisas grandes. Grande demais para a maioria de suas funções administrativas, que passaram a exigir formas de autonomia e de organização que contrastavam com os velhos moldes centralizadores.<sup>17</sup> E pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornavam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia e às interdependências cada vez mais sólidas.

Por intermédio da decisão dos congressistas no Congresso de Haia de criar um Comitê para a Europa Unida, sob cuja égide a maior parte dos movimentos pró-europeus acabaria por se federar no seio do Movimento Europeu, a edificação da Europa iria desenvolver-se em duas frentes: a de cooperação – no pleno respeito da soberania dos estados europeus; e a de integração – que acabaria por se impor – tendente à instituição entre os Estados participantes de um embrião de laço federal vocacionado para congregar um dia, no quadro dos Estados Unidos da Europa, um grupo de países que ao longo dos séculos havia periodicamente se enfrentado nos campos de batalha.<sup>18</sup>

Nesse sentido, é importante frisar que a integração comunitária não foi um fenômeno social, eis que começou de cima para baixo, e não o inverso. As comunidades europeias não nasceram espontaneamente. Constituíram o resultado da persecução de um certo grau de aproximação econômica, política e social entre os Estados da Europa Ocidental<sup>19</sup> que, paulatina e progressivamente, foram construindo o projeto comunitário.

Nesse diapasão, um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso em uma comunidade. Nesse cenário, o Estado-nação ganha novos contornos e os conceitos de soberania e legitimidade adquirem novos significados, uma vez que o Estado perde a capacidade de responder isoladamente aos desafios do sistema internacional.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> É nesse sentido que se apresenta uma distinção entre o que se deve compreender por governança inter-governamental e governança supranacional. Por governança intergovernamental tem-se como principais atores os chefes de Estado dos membros que negociam entre si na busca pela implantação de uma política comum. Por outro lado, governança supranacional é aquela centralizada em estruturas governamentais, ou seja, instituições próprias com poder de influenciar o comportamento de seus membros (STELZER, 2000, p. 21).

<sup>17</sup> (FERRAJOLI, 2002, p. 50-51).

<sup>18</sup> (CAMPOS & CAMPOS, 2004, p. 39).

<sup>19</sup> (ALVES, 1992, p. 16).

<sup>20</sup> (SASSEN, 2001, p. 49).

O fato é que primeiro há a abdicação dos Estados-membros de certos poderes que legitimavam a supremacia absoluta de seu ordenamento jurídico (transferência de soberania); em seguida, há a sujeição dos países integrantes (no âmbito da competência transferida) ao novo comando legal comunitário (poder normativo), mas sempre levando em consideração os altos objetivos integracionistas<sup>21</sup> (dimensão teleológica de integração).

Desse modo, o ordenamento comunitário funcionaria senão como uma Confederação de Estados ou um Estado Federal – no qual a Constituição Federal se confronta com as constituições dos Estados individuais, que não apenas emana de princípios fundamentais e regras de organização político-administrativas, mas contém elencos de liberdades e direitos fundamentais talvez até mais amplos daqueles federais –, pelo menos como um sistema de instituições supranacionais, intergovernamentais ou representativo-eletivas, constituindo um novo conjunto de organismos públicos, técnicos, jurisdicionais e burocráticos em atendimento à nova tipologia de *governance*.<sup>22</sup>

Por isso, o cenário que se afigura no Velho Continente é distinto de qualquer outro verificável no contexto internacional, uma vez que a ordem jurídica comunitária possui regras próprias, na qual os Estados limitaram seus poderes legislativos soberanos, permitindo a existência de um comando supranacional por cima de suas autoridades. Com efeito, devemos nos afastar das categorias tradicionais do Direito clássico, do Direito Internacional Público e do Direito Interno, uma vez que a ruptura consiste precisamente na introdução de elemento diverso, é conceito que toma de empréstimo dados de todos esses campos do Direito já referidos para ordená-los de modo distinto<sup>23</sup> em vista de objetivos específicos.

Tal observação mostra que, reconhecida a aplicabilidade direta ao Direito Comunitário como um todo, restava necessário estabelecer-se qual a relação entre este e o Direito Nacional. Em caso de haver normas contraditórias provenientes de cada um deles, ambas diretamente aplicáveis, surgia o problema de se estabelecer

---

<sup>21</sup> (STELZER, 2000, p. 145).

<sup>22</sup> Essa nova tipologia conceitual é empregada indiferentemente como uma nova categoria descritiva e analítica mais idônea do que a tradicional expressão *government* para identificar o governo da sociedade complexa. De fato, a nova forma analítica apresentaria a vantagem de considerar os centros de decisão financeira e monetária (a começar pelos bancos), os organismos supranacionais, as chamadas autoridades administrativas independentes e os *lobbies* econômicos e sociais (como, por exemplo, os sindicatos de trabalhadores e empregadores) não como agentes externos à forma de governo, mas como parte integrante do sistema político-administrativo em consideração. Assim, fala-se em *governance* a propósito da União Europeia, mas também do governo metropolitano ou regional, dos sistemas administrativos complexos, etc. enquanto não parece que até o momento tal conceito tenha sido permeado entre os especialistas em Direito Constitucional (AMIRANTE, 2003, p. 30).

<sup>23</sup> (STELZER, 2000, p. 96).

qual prevaleceria<sup>24</sup>. Essa função foi cumprida pelo Tribunal Europeu, que apesar do silêncio dos tratados, afirmou o primado do Direito Comunitário. O caso Costa/ENEL deu origem, nesse sentido, ao desenvolvimento dessa teoria geral das relações entre o Direito Comunitário e o Direito Interno.

## **2 A construção do primado do direito comunitário e a mudança de paradigma**

A questão objeto do Processo nº 6/64 (*Costa c. E.N.E.L.*), que teve o acórdão publicado em 3 de junho de 1964, dizia respeito à aplicação da lei italiana de nacionalização da energia elétrica, denunciada como incompatível com o Tratado CE. Proposta a ação na jurisdição italiana, o governo sustentava que o juiz deveria aplicar a lei nacional, posterior à lei que aprovara o tratado CE. O juiz milânês, competente para o julgamento, suscitou o reenvio prejudicial. Ao analisar o presente, a corte deixou claro que, diferentemente do que sucede com os tratados internacionais ordinários, o Tratado CE instituiu uma ordem jurídica própria, que se impõe às jurisdições nacionais. O Direito resultante do tratado não poderia, assim, em razão da sua natureza específica original, ver-se judiciariamente confrontado com um texto de Direito Interno, qualquer que fosse, sem perder seu caráter comunitário e sem que fosse posta em causa a base jurídica da própria Comunidade.<sup>25</sup>

A corte reconheceu que ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, ainda que em domínios restritos, seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável a seus pares nacionais e a si próprios. Afirmou-se que essa integração, no direito de cada Estado-membro, de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer<sup>26</sup>, sobre

<sup>24</sup> (REIS, 2001, p. 189).

<sup>25</sup> (REIS, 2001, p. 189-190).

<sup>26</sup> Também sob o enfoque internacionalista, numerosos juristas, reagindo às dificuldades de implementação das normas multilaterais, são acometidos de uma espécie de neonacionalismo, que os leva à busca incessante da transposição ao plano internacional das categorias que correspondem ao Estado-nação. O inevitável fracasso da transposição conduz, por outra via, ao mesmo recalque. Ora, a intensa permeabilidade do Direito Internacional a dados extrapositivos explica que seu processo de interpretação jamais tenha se formalizado nos moldes das disciplinas internas e que, não raro, ele se encontrasse totalmente apartado dos dogmas legalistas (VENTURA *In*: MORAIS & STRECK, 2008, p. 235).

uma ordem jurídica, por eles aceita em uma base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor.

As obrigações assumidas no tratado que instituiu a Comunidade não seriam absolutas, mas apenas eventuais, se pudessem ser postas em causa por posteriores atos legislativos dos signatários. Resulta do conjunto desses elementos que ao direito emergente do tratado, emanado de uma fonte autônoma, em virtude da sua natureza originária específica, não pode ser oposto um texto interno, qualquer que seja, sem que se perca sua natureza comunitária e sem que sejam postos em causa os fundamentos jurídicos da própria Comunidade. A transferência efetuada pelos Estados, de sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do tratado, implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um ato unilateral ulterior incompatível com o conceito de comunidade.

Com isso, concluiu que o artigo 53º e o artigo 37º, nº 2 tratavam-se de normas comunitárias suscetíveis de atribuição aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais deveriam salvaguardar. Suas disposições proibiam qualquer nova medida que tivesse por finalidade submeter o estabelecimento dos nacionais dos outros Estados-membros a uma regulamentação mais rigorosa que a aplicável aos seus nacionais, independentemente do regime jurídico das empresas, quanto às condições de abastecimento e de comercialização, por meio de monopólios ou organismos que devem, por um lado, ter por objeto transações de um produto comercial suscetível de concorrência e de trocas comerciais entre os Estados-membros e, por outro, desempenhar um papel efetivo nessas trocas.

Como se vê, o primado do Direito se baseia no fato de que seu fundamento não está no direito nacional, e sim na soberania da qual os Estados abriram mão em favor da Comunidade. Segundo a argumentação da corte, a força executiva do Direito Comunitário não poderia, com efeito, variar de um Estado para outro ao sabor das legislações internas ulteriores sem pôr em perigo a realização das finalidades dos tratados. Essa linha de decisão foi confirmada por diversos acórdãos que se seguiram, incluindo, na década de 1970, o caso *Simmenthal* – Processo 106/77 – Acórdão do Tribunal de Justiça publicado em 9 de Março de 1978.<sup>27</sup>

O presente tratava-se de pedido dirigido ao Tribunal de Justiça destinado a obter, no litígio pendente nesse órgão jurisdicional nacional entre a Administração das Finanças do Estado e Sociedade Anônima *Simmenthal*, uma decisão a

---

<sup>27</sup> (REIS, 2001, p. 190).

título prejudicial<sup>28</sup>, sobre as consequências da aplicabilidade direta do Direito Comunitário em caso de conflito com disposições eventualmente contrárias de direito nacional.

A corte iniciou ressaltando que a aplicabilidade direta, assim perspectivada, implica que as normas de Direito Comunitário produzam a plenitude dos seus efeitos, de modo uniforme em todos os Estados-membros, a partir de sua entrada em vigor e durante todo o período da respectiva vigência. Na sequência, pontuou que por força do princípio do primado do Direito Comunitário, as disposições do tratado e os atos das instituições diretamente aplicáveis têm, por efeito, em suas relações com o direito interno dos Estados-membros, não apenas tornar inaplicável de pleno direito, desde o momento de sua entrada em vigor, qualquer norma de direito interno que lhes seja contrária, mas também impedir a formação válida de novos atos legislativos nacionais na medida em que seriam incompatíveis com normas do Direito Comunitário.

Com efeito, concluiu que o reconhecimento de qualquer forma de eficácia jurídica a atos legislativos nacionais que invadem o domínio no qual se exerce o Poder Legislativo da Comunidade, ou que por qualquer forma se mostrem incompatíveis com disposições do Direito Comunitário, implicaria a negação do caráter efetivo dos compromissos assumidos pelos Estados-membros, por força do tratado, de modo incondicional e irrevogável, contribuindo, assim, para pôr em causa os próprios fundamentos da Comunidade.<sup>29</sup> Decorre disso que qualquer juiz nacional tem o dever de, no âmbito de suas competências, aplicar integralmente o Direito Comunitário e proteger os direitos que ele confere aos particulares, considerando inaplicável qualquer disposição eventualmente contrária de direito interno, quer seja anterior ou posterior à norma comunitária.

---

<sup>28</sup> O funcionamento da União Europeia está sujeito a um controle jurisdicional peculiar. Como os juízes nacionais são, também, juízes do direito comunitário, a coerência e a homogeneidade entre os julgados dos juízes dos vários países-membros é ditada pela Corte de Justiça, dentro do que se pode chamar de cooperação, sem hierarquia, entre juízes nacionais e a aludida corte. Essa cooperação se opera por meio de um procedimento de *renvoi préjudiciel*, dos primeiros à segunda, em busca de uma apreciação de validade ou de interpretação da norma comunitária. Assim sendo, pode-se conceituar o reenvio prejudicial como sendo um mecanismo de cooperação judiciária por meio do qual se busca a certeza jurídica da norma comunitária, primária ou derivada, quer quanto à sua correta interpretação, quer quanto à sua validade. Não há apreciação quanto à matéria de fato, que fica reservada às jurisdições nacionais (PAULILO, *In*: LEWANDOWSKI, 2000, p. 129).

<sup>29</sup> Enquanto disciplina jurídica nova, o Direito Comunitário também possui um método que lhe é próprio, empregando instrumentos gnoseológicos e hermenêuticos especiais sem prescindir daqueles do Direito Interno e do Direito Internacional, em face de seu hibridismo, privilegiando a interpretação teleológica ou finalística. Com efeito, dada a diversidade linguística em que os tratados instituidores da União Europeia são vazados, a interpretação literal ou gramatical fica praticamente impossibilitada, emergindo a busca dos fins da integração como o método mais recomendado para se extrair o exato sentido das normas comunitárias (LEWANDOWSKI, *In*: *Idem* (Org.), 2000, p. 185).

Assim, o juiz nacional responsável, no âmbito de suas competências, pela aplicação de disposições de Direito Comunitário, tem a obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, pela não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional.

Desse modo, se houver conflito entre as duas ordens jurídicas, ainda que de cunho constitucional, a regra interna cederá perante a norma da UE, situação que a história do Direito ainda não tinha registrado. Acima da legislação oriunda do Estado, nunca se havia verificado qualquer tipo de ingerência que pudesse elevar-se por sobre a sua autoridade, eis que tudo que se constatava no palco externo era fulcrado na cooperação entre os países e no respeito à soberania nacional.<sup>30</sup>

Tanto é assim que no processo 11/70, cujo acórdão fora publicado em 17 de dezembro de 1970 e que teve por objeto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça<sup>31</sup> pelo Verwaltungsgericht (tribunal administrativo) Frankfurt am Main, destinado a obter, no processo pendente nesse órgão jurisdicional entre Internationale Handelsgesellschaft mbH e Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, uma decisão a título prejudicial sobre a validade de dados artigos de regulamentos, restou assentado que o recurso às regras ou noções jurídicas do direito nacional, para a apreciação da validade dos atos adotados pelas instituições da Comunidade, teria por efeito pôr em causa a unidade e a eficácia do Direito Comunitário. A validade desses atos não pode ser apreciada senão em função do Direito Comunitário. Com efeito, ao direito emergente do tratado, emanado de uma fonte autônoma, não podem, em virtude da sua natureza, ser opostas em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam, sob pena de perder seu caráter comunitário e de ser posta em causa a base jurídica da própria Comunidade; portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como são enunciados na constituição de um Estado-membro, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afetar a validade de um ato da Comunidade ou seu efeito no território desse Estado.

<sup>30</sup> (STELZER, 2000, p. 144).

<sup>31</sup> Esse verdadeiro complexo jurídico vem assegurando a unidade europeia, de modo a superar as marcantes diferenças regionais que se apresentariam nas diferentes jurisdições, bem como a evitar a dispersão na prática do comando legal comunitário relativamente ao caso concreto, que se daria no caso da improvisação jurisdicional que ocorreria se se institísse uma unidade de julgamento específico de cada caso (BENETI In: LEWANDOWSKI, 2000, p. 219).

O primado do Direito Comunitário representa, assim, a prevalência hierárquica do Direito Comunitário originário ou derivado sobre qualquer regra de direito nacional contrária, quer seja anterior ou posterior, de natureza constitucional ou infraconstitucional. O primado do Direito Comunitário impõe-se, indo mais além, quer se suas normas sejam ou não diretamente aplicáveis, produzam ou não efeito direto. O fato é que a aplicabilidade direta seria letra morta se os Estados-membros pudessem se subtrair à aplicação do Direito Comunitário por uma simples norma nacional, qualquer que fosse sua hierarquia. Pontualmente, o Direito Comunitário deve ser uniformemente interpretado e aplicado, sob pena de os mesmos cidadãos da Comunidade terem direitos e obrigações diferentes conforme o país em que se encontrem. Deve ser obrigatório, em igual medida, em todos os países-membros.<sup>32</sup> A natureza comunitária do Direito perder-se-ia se qualquer Estado pudesse se subtrair a seus comandos, paralisando seus efeitos. Por oportuno, a natureza da Comunidade repousa na limitação dos poderes soberanos dos Estados-membros. Se assim for, os Estados-membros têm de se sujeitar à ordem jurídica por eles criada.

Ocorre que, por vezes, é estabelecida a competência exclusiva da Comunidade em certas áreas, afastando toda e qualquer interferência estatal. Em outras, permite-se a atuação comunitária sem excluir as competências nacionais, mantendo-se o espectro de poderes estatais. Nesses casos, cabe às instituições comunitárias o papel de harmonizar as ações nacionais ou agir em coordenação com elas. Há ainda outra hipótese de relacionamento entre o Direito Comunitário e o direito nacional. São os casos de competência concorrente, em que ambos coexistem, cumprindo cada um sua função própria. Há, nesse caso, uma relação de coordenação entre ambos. As regras comunitárias são válidas em todos os Estados-membros, que devem respeitá-las e fazê-las respeitar, sem, no entanto, abdicar de produzir outras regras que entendam convenientes.<sup>33</sup>

Em outras palavras, entre a ordem jurídica nacional dos Estados-membros e a ordem jurídica comunitária, pode haver relações de substituição, de harmonização, de coordenação e de coexistência de legislações.<sup>34</sup> Sucede que no Direito Comunitário vigora a tese monista. O Direito Comunitário integra-se na ordem jurídica interna dos Estados-membros sem qualquer cláusula de recepção interna; como Direito Comunitário, com todas as suas características, princípios;

<sup>32</sup> (ALVES, 1992, p. 310-311).

<sup>33</sup> (REIS, 2001, p. 178-180).

<sup>34</sup> Todas essas observações demonstram que os princípios do primado da ordem comunitária relativamente aos direitos dos Estados-membros e o efeito direto de toda uma série de disposições aplicáveis aos nacionais e aos próprios Estados representam uma verdadeira revolução no Direito, com repercussão direta sobre seu ensino e aprendizagem. É tempo, de tal sorte, de o estudo do Direito ser repensado e procurar antecipar-se, em lugar de apenas trabalhar com o passado (NALINI, *In*: LEWANDÓWSKI, 2000, p. 257-260)

e não como direito interno. Todas as autoridades nacionais têm o dever, assim, de respeitar e aplicar sua essência.<sup>35</sup> Doutra forma, perderia seu alcance.

Nesses termos, firmou-se que as normas comunitárias têm aplicabilidade direta, ou seja, têm validade e eficácia nos ordenamentos internos de cada Estado da União sem necessidade de transformação por meio de ato específico. O que se seguiu a isso foi a questão sobre a derrogação do direito do Estado-membro que fosse contrário à norma comunitária ou a possibilidade de adoção futura que contrariasse essa norma<sup>36</sup>, surgindo, então, a primazia do Direito Comunitário como possível solução para o conflito.

Entretanto, o presente não encerrou o problema, eis que, com isso, emergiram novos questionamentos: na era da *governance*, a dupla Estado Nacional-Constituição perdeu definitivamente e irreversivelmente seu significado, sendo relegada ao plano de instrumento de análise histórico-institucional. Ou está na hora de apartar o conceito histórico de constituição à peculiaridade da situação europeia, que certamente coloca-se em um plano distinto daquele das peculiaridades nacionais?<sup>37</sup>

### 3 O estado em rede europeu

A Grande Europa, a União Europeia e seus Estados-membros encontram-se no interior de um processo de relativa ebulição constitucional, apontando como horizonte um novo constitucionalismo.<sup>38</sup> Isso resta evidenciado pela dupla face desse novo *Estado* (constitucional europeu) que toma forma enquanto europeização das constituições nacionais, por um lado, e formação de um nível mais alto e comum de direito constitucional.<sup>39</sup>

A questão constitucional no debate europeu articulou-se, assim, em três aspectos estritamente ligados entre si. Em primeiro lugar, a chamada questão interna, que diz respeito ao estado de saúde das constituições, à manutenção da Lei Fundamental e à exigência de revisão constitucional no contexto comunitário.

<sup>35</sup> (ALVES, 1992, p. 292-293).

<sup>36</sup> (CANOTILHO, 2003, p. 825).

<sup>37</sup> (AMIRANTE, 2003, p. 37-38).

<sup>38</sup> (PIRES, 1997, p. 20-21).

<sup>39</sup> Em sentido material, uma constituição europeia já existe há muito, reconduzindo-se aos tratados institutivos e respectivas atualizações. Não obstante, decidiu-se avançar para uma constituição formal, isto é, para um tratado que instituisse uma constituição para a Europa. Esse tratado, assinado em outubro de 2004, foi rejeitado pelos referendos francês e holandês em 2005. A Europa mergulhou, então, em uma dolorosa crise constitucional de dois anos, que só seria resolvida em dezembro de 2007, com a assinatura do Tratado de Lisboa. Nesse enfoque, talvez fosse inevitável tal desfecho: a União Europeia, enquanto modelo pós-moderno que é, não se compadece com as fórmulas da Modernidade – como é a ideia de constituição formal, ainda muito atrelada àquela de Estado soberano – tendo de encontrar suas próprias soluções (SILVEIRA, 2008, p. 48-49).

Em segundo lugar, a questão da chamada Constituição Europeia, que equivale a responder ao questionamento: existe uma Constituição Europeia? É auspiciável uma Constituição Europeia que ultrapasse a coordenação ou os pequenos retoques? Por fim, qual o futuro da Constituição Nacional?<sup>40</sup> Ela perde validade e efetividade frente às normas e regras do ordenamento comunitário, entendido como um ordenamento em contínua evolução política e institucional?

O fato é que Maastricht provocara a alteração de oito das doze constituições dos Estados então membros da Comunidade. Isso acordava para uma necessidade de recíproco reconhecimento, abertura e coordenação entre os dois níveis constitucionais. Nesse sentido, o próprio TJ aclarou sem rodeios (Parecer 1/91 sobre o Tratado do Porto, que deu origem ao Espaço Econômico Europeu) que embora o Tratado da CEE tenha sido concluído sob a forma de um acordo internacional, não é por isso que deixa de ser a carta constitucional de uma Comunidade de direito.<sup>41</sup>

Essa proposta subverteu a lógica da unidade, produzindo diferentes esferas compartilhadas de poder. A experiência europeia dá margem, assim, ao Estado em rede proposto por Castells, que se caracteriza por partilhar a autoridade (ou seja, a capacidade institucional de impor uma decisão) ao longo de uma rede de instituições. Nos processos de tomada de decisão, o Estado-nação se relaciona com instituições supranacionais de diferentes tipos e em diferentes âmbitos, assim como com instituições locais e regionais, e até mesmo com ONGs. O que sugere essa teoria repousa justamente no conceito de rede que, por definição, tem *nós*, não centro. *Nós* que podem ser de tamanhos diferentes e estar ligados por relações assimétricas.<sup>42</sup> Dessa forma, o Estado em rede, antes de propor um novo paradigma para substituir o Estado-nação, reconhece a existência de ordens jurídicas, ou formas de poder, paralelas e complementares, não excludentes, como supõe a realidade atual.

Não existe, pois, o “fim da história” quanto à ideia do constitucionalismo. Porém, a maior parte das nervuras dogmáticas desse direito pertence a um mundo que já não é *nosso*. Temos, por isso, que procurar o Novo Mundo.<sup>43</sup> As redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades, e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> (AMIRANTE, 2003, p. 211-212).

<sup>41</sup> (PIRES, 1997, p. 46 e 51).

<sup>42</sup> (FLOH, *In*: GOMES2005, 87-88).

<sup>43</sup> (CANOTILHO, 2006, p. 37).

<sup>44</sup> (CASTELLS, 1999, p. 497).

Observa-se uma clara separação de competências: aquelas outorgadas para o ente supranacional, ou o nó superior do Estado em rede, e aquelas mantidas para o nó intermediário, o Estado-nação, que, por sua vez, tem condições e, efetivamente o faz, de partilhar as competências que lhe são próprias entre os órgãos ou instâncias subnacionais ou regionais. Veja-se que nessa divisão de poder não há nenhuma instância autônoma de poder e/ou competências, partilhando-se as responsabilidades, pois, de maneira setorial. Até mesmo nas competências outorgadas exclusivamente para a UE, observa-se a interferência dos Estados-membros, uma vez que sua participação no âmbito do Conselho da UE, nas formas previstas e estabelecidas na Constituição, permite sua constante e presente atuação no processo decisório<sup>45</sup> e na construção da vontade da UE.

O fato é que esse constitucionalismo, ainda que produzindo uma revisão quase “total”, trata-se de um prolongamento e não, como se poderia olvidar, de uma ruptura. A supremacia das normas comunitárias, dir-se-ia, ela própria, é subsidiária, limitada às esferas das competências que lhe são atribuídas. Deve ser interpretada, assim, como diferenciação de tarefas de acordo com o princípio da subsidiariedade, entre um círculo mais amplo e outro mais restrito, os quais se situam, porém, em níveis diferentes, não necessariamente hierarquizados.<sup>46</sup>

A subsidiariedade acaba sendo proposta, portanto, como uma das vias de atuação do princípio democrático tanto no âmbito comunitário como na garantia de respeito às competências e aos poderes soberanos dos Estados-membros e das articulações regionais, inclusive com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos europeus<sup>47</sup>, assegurando a atuação e a regulamentação dos direitos o mais próximo possível de seus titulares.

Ocorre que nos domínios que não sejam de suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas de acordo com o princípio da subsidiariedade<sup>48</sup>, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam, pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser mais bem alcançados em âmbito comunitário. Esse princípio é prudencialmente completado pelo princípio de proporcionalidade, que estabelece que a ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do tratado. Assim, atrás do princípio da subsidiariedade

<sup>45</sup> (FLOH, *In*: GOMES & REIS (Coord.), 2005, p. 94).

<sup>46</sup> (PIRES, 1997, p. 106).

<sup>47</sup> (AMIRANTE, 2003, p. 189).

<sup>48</sup> A grande maioria dos poderes comunitários encontra-se compartilhada entre os Estados-membros e a Comunidade Europeia, fazendo com que a competência exclusiva seja aplicada a raras hipóteses. A precisa divisão de competências entre a Comunidade Europeia e os Estados-membros varia entre as áreas específicas de atuação, tendendo, ademais, a redação a ser imprecisa, circunstâncias que justificam a relevância do presente princípio (JANKOV, *In*: GOMES & REIS (Coord.), 2005, p. 214).

está: (1) a ideia de freio e balanço relativamente a um crescente centralismo europeu; (2) a ideia de regionalizar mais fortemente os processos de decisão comunitários; (3) a ideia de encontrar decisões as mais próximas possíveis dos cidadãos (democracia da proximidade), não lhe sendo, também, alheia a ideia de pluralismo e diferenças culturais e históricas dos Estados-membros, bem como das respectivas dimensões territoriais.<sup>49</sup>

Em realidade, a partir da proposta de um Estado em rede europeu, refletido por meio de uma comunidade política regional institucionalizada, observa-se o rompimento com o monopólio do poder pelo Estado-nação, ou a destruição do conceito clássico de soberania<sup>50</sup>, transformando-o em mais um ente político-administrativo, incluído nas cada vez mais complexas relações sociais<sup>51</sup>.

Nesses termos, as duas esferas, comunitária e nacional, são autônomas e multinível, podendo ser olhadas conciliadoramente pela chamada jurisprudência dos sistemas. O fato é que pode haver zonas de sobreposição e concorrência em áreas menos definidas e ainda mal arbitradas pelo princípio da subsidiariedade e pelos critérios de atribuição de competências, mas isso não implica que as esferas sejam, em princípio, contraditórias ou competitivas.<sup>52</sup> Sucede que, se a constituição europeia fala para baixo, as constituições nacionais falam para cima, como se a constituição europeia se nacionalizasse, enquanto a constituição nacional se europeizasse.

O objeto de estudo da teoria da interconstitucionalidade é, assim, justamente a rede. A teoria da interconstitucionalidade estuda, pois, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político. Postula a articulação entre constituições, a afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas e a compreensão da fenomenologia jurídica e política amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades. No fundo, trata-se de uma forma específica de interorganização política e social.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> (CANOTILHO, 2003, p. 368).

<sup>50</sup> (FLOH, *In*: GOMES & REIS (Coord.), 2005, p. 95-96).

<sup>51</sup> Com insistência nesse argumento, Robert Keohane e Joseph Nye desenvolveram o conceito de interdependência complexa, que apresenta uma multiplicidade de problemáticas de análise que abordam, entre outros temas, a economia, o meio ambiente, a cultura, os direitos humanos e o terrorismo. Em cada uma dessas áreas, existe mais de uma dimensão com padrões específicos de influência, como consumo, desenvolvimento, autodeterminação, costumes, etc. A definição de interesse de Estado, a influência dos autores dentro dos próprios Estados e a maneira como os Estados interagem com esses novos atores por uma teia de relações na qual somente algumas passam pela via formal, tratando-se também a via de informalidade como um campo de propagação de influência, estabelece-se um pensar inovador e plural das relações internacionais, que consequentemente afetará a eficácia e instrumentalidade do constitucionalismo nacional e internacional (SALDANHA, *In*: GOMES & REIS (Coord.), 2005, p. 58).

<sup>52</sup> (PIRES, 1997, p. 107-108).

<sup>53</sup> (CANOTILHO, 2003, p. 1425).

Como autodescrição das identidades nacionais, as várias constituições dos vários países reentram em formas organizativas superiores. Os textos constitucionais dos Estados conservam a memória social e identidade política. Precisamente por isso, os textos constitucionais inseridos na rede interconstitucional assumem-se sempre como autorreferência. A insistência nesse caráter autodescritivo e autorreferente dos textos constitucionais estaduais aponta para a manutenção do valor e função das constituições estaduais. Essas constituições desceram do castelo para a rede, mas não perderam identidade em virtude de, agora, estarem em interligação umas com outras. A rede formada por normas constitucionais nacionais e por normas europeias faz abrir os castelos e relativizar outros princípios estruturantes clássicos dos ordenamentos, como os princípios da hierarquia e da competência<sup>54</sup>, mas não dissolve, em suas malhas, o tipo de Estado constitucional.

Sucede que o ordenamento estadual abre-se a fontes de direito supranacionais, alterando-se radicalmente o monopólio estadual de criação do Direito. Não obstante, os textos constitucionais que mantêm a autorreferência dos sistemas nacionais recentram na rede para, desde logo, assegurarem a implantação de respeito às identidades nacionais. Mas, não é só isso: estar em rede implica, também, a possibilidade de observação das outras descrições nacionais e supranacionais.<sup>55</sup> Os processos de troca entre as várias constituições com sua própria história e tradições culturais produzem uma cultura constitucional reconduzível a ideias, valores, ações de indivíduos e de grupos. A interculturalidade começa por ser uma partilha comunicativa desses valores e ideias concretamente traduzidas em fórmulas não jurídicas, para, mais tarde, possibilitar uma tendencial normatização.<sup>56</sup>

A interconstitucionalidade sugere intersemioticidade, no sentido de que ela não dispensa a investigação e descoberta de um conjunto de regras respeitantes à produção e interpretação dos textos constitucionais e dos respectivos discursos e práticas sociais com eles relacionados. Nesse sentido, pode-se afirmar recentemente que as constituições nacionais são dimensões relevantes de uma hermenêutica jurídica europeia. Depois de terem desempenhado e continuarem a desempenhar a função primordial de cartas vivas da identidade nacional, passaram a contribuir, na qualidade de constituições parciais de espaços comunitários, para

<sup>54</sup> (*Idem*, 2006, p. 269).

<sup>55</sup> A *autopoiese* chama-nos precisamente a atenção para a fraqueza de um voluntarismo excessivo. Os sistemas resistem a modificações artificialmente impostas. A auto-organização não dispensa um *diálogo*, uma *conversação*, uma conexão interativa entre os vários sistemas sociais. Significa isso que as normas constitucionais devem revelar-se aptas a conseguir uma articulação das preferências e interesses públicos dos *produtores* de normas e as preferências e interesses dos destinatários dessas. (CANOTILHO, 2003, p. 1452).

<sup>56</sup> (*Ibid idem*, p. 1427-1428).

a sedimentação e revelação de identidades culturais pluralmente inclusivas. Nessa perspectiva, o direito constitucional europeu não pode (nem deve) ser um direito construído contra as constituições nacionais; antes, deve descrever-se como um direito materialmente informado pelos princípios estruturantes dos Estados de Direito Democrático-Constitucionais<sup>57</sup> que, ao fim e a cabo, continuam a ser estruturas políticas profundas da União Europeia.

O fato é que a ciência evolui a partir do conflito de teorias e paradigmas. Um paradigma é substituído quando uma nova maneira dominante de pensar os problemas, não resolvidos pelo paradigma vigente, e um novo método para solucioná-los, superam os outros<sup>58</sup>. Esse processo também ocorre na “Ciência” do Direito. Quando passa a existir uma confluência de ideias sobre os conceitos e os problemas a serem abordados pelo Direito, bem como a melhor forma de se lidar com eles, pode-se dizer que houve a consolidação de um paradigma jurídico. Frequentemente, diferentes paradigmas jurídicos colidirão e, então, um deles tornar-se-á o dominante; pequenas mudanças e ajustes aperfeiçoarão o paradigma. Quando as respostas para os problemas surgidos não são encontradas dentro do paradigma vigente, paradigmas alternativos surgirão e desafiarão os paradigmas predominantes.<sup>59</sup>

Isso é o que se sucede no presente. Tende-se a falar cada vez menos de governo e cada vez mais de governação, um conceito mais amplo do que o de governo. Está em voga a visão da governação em múltiplos níveis, a *multi-level governance*, em cujo âmbito se move toda uma diversidade de atores, e em que governos nacionais passam a ser apenas uma das figuras<sup>60</sup> que atuam no novo contexto hipercomplexo das sociedades do nosso tempo.

O Estado não é o único centro produtor de normatividade. Hoje existem cada vez mais espaços locais de poder onde existem comportamentos obrigatórios, onde existem regras para serem cumpridas, critérios de controle temporal das expectativas normativas da sociedade, que não derivam do Estado. E são extremamente variados: movimentos sociais, sindicatos, ONGs e comunidades, que têm regras próprias para a tomada de decisões para grupos de pessoas que as

---

<sup>57</sup> (*Idem*, 2006, p. 277-278).

<sup>58</sup> No novo paradigma do Direito em rede, com sua interatividade generalidade, ainda há uma gramática por descobrir. Ora, perderam o sentido, portanto, as velhas oposições fora/dentro, nacional/internacional, nós/outros. O Direito oficial do Estado centralizado e suas aspirações de abstração, generalidade e universalidade desatualizam-se diante do local, do plural e do subversivo (VENTURA, In: MORAIS & STRECK (Org.), 2008, p. 227-234).

<sup>59</sup> (TIMM, In: CALLEGARI; STRECK & ROCHA (Org.), 2010, p. 203).

<sup>60</sup> (CUNHA, 2006, p. 219).

seguem. Assim, são outras regras de Direito que estão surgindo. De certa maneira, sempre existiram, mas estão surgindo sob nossa observação.<sup>61</sup>

## Considerações finais

Como restou evidenciado, o cenário que se afigura no Velho Continente é distinto de qualquer outro verificável no contexto internacional. A ordem jurídica comunitária desenvolveu-se de tal modo, utilizando as categorias tradicionais do Direito clássico, do Direito Internacional Público e do Direito Interno, que acabou por criar suas próprias regras, tomando empréstimo de dados de todos esses campos do Direito e ordenando-os de modo distinto. A erosão do monopólio estatal, não obstante, é simplesmente um ponto dentro de um complexo sistema de modificações das relações de poder, tendo em vista as mutações ocasionadas, paralelamente, nos conceitos de soberania e constituição.

A construção jurisprudencial do primado do Direito Comunitário enquanto exigência existencial demonstra, senão isso, pela instauração de situação nunca antes vivenciada pelo Direito. Sob a perspectiva de que a aplicabilidade direta do Direito Comunitário seria letra morta se os Estados-membros pudessem subtrair sua aplicação por uma norma nacional, devendo o Direito Comunitário ser uniformemente interpretado e aplicado sob pena de os mesmos cidadãos da comunidade possuírem direitos e obrigações diferentes conforme o país em que se encontrem, é posta em causa a tradicional concepção hierárquica do Direito, em que as normas constitucionais ocupam o topo das fontes, critério de legitimidade e validade das demais.

Com efeito, questionamentos acerca da perda de significado da dupla Estado Nacional-Constituição começaram a borbulhar. Nesse contexto, o presente trabalho buscou demonstrar que a concepção de constituição deve ser refletida a partir da peculiaridade da situação europeia e mundial atual, que certamente coloca-se em um plano distinto daquela nacional. Estado e constituição, na Modernidade, não estão, pois, em vias de eliminação, mas redefinição. Por meio do compartilhamento de autoridade, articulam-se em uma rede com instituições supranacionais de tipos e âmbitos diferentes, com instituições locais e regionais e com organizações não governamentais. O aparato burocrático do Estado não mais constitui, nesse sentido, o único caminho de interação.

A proposta de paradigma a ser estabelecida é, nesses termos, o Estado em rede, não como substituto do Estado-nação, mas e, na medida, em que reconhece a existência de ordens jurídicas, ou formas de poder, paralelas e complementares,

---

<sup>61</sup> (ROCHA *In*: MORAIS & STRECK (Org.), 2008, p. 177).

não excludentes como supõe a realidade atual. A teoria da interconstitucionalidade surge, nesse contexto, postulando a articulação entre constituições, a afirmação de poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas e a compreensão da fenomenologia jurídica e política amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades.

## Referências

- ALVES, J. de J. F. *Lições de Direito Comunitário*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1992.
- AMIRANTE, C. *União Supranacional e Reorganização Constitucional do Estado*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.
- BEČAK, P. *Mercosul: uma experiência de integração regional*. São Paulo: Contexto, 2002.
- BENETI, S. A. “Processo Civil Supranacional, União Europeia e Mercosul”. In: LEWANDOWSKI, E. R. (Org.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- CAMPOS, J. M. de & CAMPOS, J. L. M. de. *Manual de Direito Comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e *Interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTELLS, M. “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”. *A Sociedade em Rede*. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra 1999.
- CUNHA, P. de P. e. *A Constituição Europeia: uma perspectiva crítica*. Curitiba: Juruá, 2006.
- FERRAJOLI, L. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FLOH, F. “Estado em Rede Europeu, Neo-regionalismo e Constituição para a Europa”. In: GOMES, E. B. & REIS, T. H. (Coord.). *Direito Constitucional Europeu: rumos da construção*. Curitiba: Juruá, 2005.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. *Direito Comunitário: sumários desenvolvidos*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- JANKOV, F. F. “A Delimitação das Competências Comunitárias no Constitucionalismo Europeu”. In: GOMES, E. B. & REIS, T. H. (Coord.). *Direito Constitucional Europeu: rumos da construção*. Curitiba: Juruá, 2005.
- LEWANDOWSKI, E. R. “Direito Comunitário e Soberania: algumas reflexões”. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- LUPI, A. L. P. B. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

- NALINI, J. R. “A Integração das Comunidades e a Formação do Operador do Direito”. In: LEWANDOWSKI, E. R. (Org.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- PAULILO, A. J. S. “O Renvoi Préjudicial”. In: LEWANDOWSKI, E. R. (Org.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- PIRES, F. L. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu: seu sentido, problemas e limites*. Coimbra: Almedina, 1997.
- REIS, M. M. *Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ROCHA, L. S. “Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico”. In: MORAIS, J. L. B. De & STRECK, L. L. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. São Leopoldo: UNISINOS, 2008.
- SALDANHA, E. “O Constitucionalismo Europeu e o Direito Internacional Público: onde está o poder?” In: GOMES, E. B. & REIS, T. H. (Coord.). *Direito Constitucional Europeu: rumos da construção*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SASSEN, S. *Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2001.
- SILVEIRA, A. “União de Direito e ordem jurídica da União Europeia”. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 3, nº 3, 3º quadrimestre de 2008.
- STELZER, J. *União Europeia e Supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 2000.
- STRECK, L. L. & MORAIS, J. L. B. de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TIMM, L. B. “A matriz da análise econômica do Direito para além do ‘eficientismo’”. In: CALLEGARI, A. L.; STRECK, L. L. & ROCHA, L. S. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.
- VENTURA, D. “Hiato da transnacionalização na nova gramática do Direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo”. In: MORAIS, J. L. B. de & STRECK, L. L. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

---

Recebido em: 06/03/12

Aprovado em: 10/09/2013

# A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A TUTELA DE URGÊNCIA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

.....  
Ana Carolina Costabeber Perin<sup>1</sup>

## Sumário

Introdução; 1. A tutela de urgência arbitral nos enunciados e legislações estrangeiras; 1.1. A Lei Modelada da UNCITRAL; 1.2 Civil Law; 1.3. Common Law; 1.4. MERCOSUL; 2. A tutela de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro; 2.1. Tutela cautelar e tutela satisfativa: diferenciações; 3. A tutela de urgência na Lei de Arbitragem Brasileira (Lei Federal n. 9.307/96); 3.1. Tutela cautelar; 3.2. Tutela antecipada satisfativa; 3.3. Decisões jurisprudenciais: quando o juiz estatal entra em cena na arbitragem; 4. Ventos de mudança: o Projeto de Lei do Senado n. 406/2013; 4.1. Capítulo IV-A – tutelas cautelares e de urgência; 4.2. Capítulo IV-B – carta arbitral; Considerações finais.

## Summary

Introduction; 1. Les mesures d'urgence arbitrales dans des règlements et législations étrangères; 1.1. La Loi type de la CNUDCI; 1.2. Civil Law; 1.3. Common Law; 1.4. MERCOSUL; 2. Les mesures d'urgence dans le Code de Procédure Civile Brésilien; 2.1. Mesures conservatoires et provisoires: différenciation; 3. Les mesures d'urgence dans la Loi d'Arbitrage Brésilienne (Loi Fédérale n. 9.307/96); 3.1. Mesures conservatoires; 3.2. Mesures provisoires; 3.3. La jurisprudence: quand le juge d'État entre en scène à l'arbitrage; 4. Des vents du changement: le Projet de Loi du Sénat n. 406/2013; 4.1. Chapitre IV-A – mesures conservatoires et provisoires; 4.2. Chapitre IV-B – lettre arbitrale; Considérations finales.

<sup>1</sup> Bacharelada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

### **Resumo**

Ainda que represente um célere método alternativo de resolução de conflitos, a arbitragem poderá encontrar obstáculos à efetiva tutela jurídica. Um desses entraves, e talvez o de maior representação, é a necessidade de se prover medidas de urgência pela garantia da prestação final da tutela ou no viés das cautelares. A lei brasileira de arbitragem nº 9.307/2006 prevê que “havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.” À primeira vista, o juiz arbitral parece se atrelar ao juiz togado, quando imprescindível a concessão de medidas de urgência no curso do procedimento. Posta constatação não é, por todas as óticas, negativa, uma vez que a cooperação entre a justiça estadual e a arbitral é necessária. Ocorre, porém, que a eficiência e celeridade da arbitragem entram em risco quando o processo jurídico se faz presente – em especial se a autonomia do árbitro for tolhida por completo. Como, então, solucionar essa dualidade? De que forma tornar o magistrado favorável e amistoso à arbitragem num país em que esse instituto ainda está em desenvolvimento? Tais interrogações são feitas e analisadas no artigo em voga. Para tanto, lança-se mão do direito estrangeiro comparado e traz-se à luz a realidade da arbitragem pátria como vista pela doutrina e jurisprudência. Prognostica-se, ainda, o futuro do instituto no Brasil, que poderá ser alterado pelo projeto de reforma da atual lei que o regula.

Palavras-chave: Arbitragem. Antecipação de tutela. Medidas cautelares. Poder Judiciário.

### **Résumé**

Bien que représentant un mode alternatif de résolution des conflits, l'arbitrage pourra trouver des obstacles à la tutelle juridique effective. L'un de ses obstacles, et peut-être ce de majeur représentation, c'est la nécessité d'ordonner des mesures provisoires par la garantie de la tutelle juridique finale ou par le moyen des mesures conservatoires. La loi brésilienne d'arbitrage n. 9.307/1996 prévoit que “em ayant nécessité des mesures coercitives ou conservatoires, les arbitres pourront solliciter à l'organe du Pouvoir Judiciaire qui serait compétent pour juger la cause.” À première vue, le juge arbitral paraît dépendre du juge d'État, quand la conception des mesures provisoires ou conservatoires pendant la procédure arbitrale est indispensable. Cette constatation n'est pas, par toutes les optiques, négative puisque la coopération entre la juridiction d'État et l'arbitrale est

nécessaire. Il arrive, cependant, que l'efficacité et la célérité de l'arbitrage sont mises en péril quand le procès juridique est présent. Alors, comment solutionner cette dualité? De quelle manière le magistrat deviendrait-il favorable et amical à l'arbitrage dans un pays où cet institut est encore en phase de développement? Ces interrogations sont posées et analysées dans l'article suivant. Pour cela, le droit étranger comparé est utilisé et la réalité de l'arbitrage nationale, en tant que vue par la doctrine et la jurisprudence, est clarifiée. En plus, on pronostique le futur de l'institut au Brésil, qui pourra être modifié par le projet de réforme de la loi actuelle.

Mots-clés: Arbitrage. Mesures provisoires. Mesures conservatoires. Pouvoir Judiciaire.

## Introdução

Sob a redoma do Estado Democrático de Direito, a procura de uma justiça efetiva pode ocorrer no seio da tutela estatal ou apartada dela. Neste último caso, contudo, não se pode olvidar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, elencado no artigo 5º, XXXV, da Magna Carta. Assim, embora os métodos paraestatais venham sendo, ainda que não sem grandes polêmicas, considerados o modo ideal de resolução de lides, há de ser feita a concessão de que a justiça institucionalizada poderá entrar em cena como coadjuvante ou mesmo verdadeira reguladora do procedimento.

Nesse contexto, muito embora a celeridade seja uma das características mais relevantes da arbitragem, é preciso considerar que, por vezes, a ligeireza do procedimento não bastará para um provimento satisfatório da demanda formulada. Será preciso recorrer a métodos emprestados do código de ritos para que uma decisão possa ser dada a tempo de se evitar que o direito pleiteado seja lesado.

É nesse cenário que as tutelas de urgência se instalam no curso do procedimento arbitral, ou de forma prévia a ele. Elas não têm o propósito de substituir a decisão final, mas apenas possibilitá-la. Ocorre que, nessa atuação dupla, questiona-se o deslinde da aplicação de ambos os institutos concomitantemente, ou na forma de parceria árbitro-juiz. Como os diferentes ordenamentos jurídicos em que se aplica o método arbitral tratam do assunto? De que maneira isso se aplica à experiência brasileira? Qual a visão dos tribunais pátrios? Há sinais de mudanças?

Os empecilhos à tutela emergencial na arbitragem e a forma com que a ordem jurídica internacional e a doutrina e jurisprudência brasileiras os vêm sobrepujando é o tema das considerações a seguir.

## **1 A tutela de urgência arbitral NOS Enunciados e legislações estrangeiras**

Um dos principais atributos da arbitragem é a sua possibilidade de ser aplicada mais facilmente em caráter internacional se comparada à justiça institucionalizada. Assim, um crescente número de Estados e organizações procuram regular a prática desse método de resolução de conflitos de forma harmoniosa, tornando-a aplicável em âmbito intercontinental.

No sistema do Common Law, por exemplo, a arbitragem vem sendo utilizada de longa data. No MERCOSUL, porém, sua incidência é mais tímida. Assim, para início de estudo, é proveitoso analisar como a tutela de urgência se encontra inserida em diferentes ordenamentos jurídicos.

### **1.1 A Lei Modelo da UNCITRAL**

Um dos grandes desafios enfrentados por câmaras arbitrais, partes e árbitros é o de estabelecer a lei mais adequada a ser aplicada na arbitragem. Assim sendo, a fim de uniformizar os ordenamentos jurídicos dos diferentes países que utilizam esse meio alternativo de resolução de conflitos, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) criou, em 1985, a Lei Modelo para Arbitragem Comercial.

Trata-se de uma tentativa de orientar os Estados na reforma e modernização de sua legislação arbitral. Para que isso seja possível, a Lei Modelo estabelece um consenso nos aspectos fundamentais da arbitragem internacional reconhecidos por diversos sistemas jurídicos e econômicos hoje.

Em 7 de julho de 2006 foi publicada emenda à Lei que, entre outras inovações, substituiu o antigo artigo 17 pelo capítulo IV-A, estabelecendo, assim, um regime legal mais claro e coeso sobre a tutela de urgência na arbitragem. Tal alteração foi significativa para a arbitragem internacional já que, antes de 2006, até mesmo o conceito de “medidas cautelares” (*interim measures*) era impreciso e podia variar de acordo com o país em que se aplicava, conforme aduz Kaminskiene<sup>2</sup>. Impasse esse cujo fim se deu pela distinção entre medidas cautelares de providências cautelares nos artigos 17º, (2), e 17º-B, (1)<sup>3</sup>:

---

<sup>2</sup> 2011, p. 246-247

<sup>3</sup> UNCITRAL, 1985, acesso em: 10 dez. 2013

Artigo 17.º Poder do tribunal arbitral de ordenar medidas provisórias

1) Salvo acordo das partes em contrário, o tribunal arbitral pode ordenar medidas provisórias, a pedido de uma das partes.

2) Uma medida provisória é uma medida temporária, quer sob a forma de uma sentença arbitral ou sob qualquer outra forma, pela qual, em qualquer momento anterior à resolução definitiva da disputa, o tribunal arbitral ordena a uma das partes que:

(a) Mantenha ou reponha o *status quo* enquanto pender a resolução da disputa;

(b) Tome medidas para prevenir, ou que se abstenha de tomar medidas que possam causar dano ou prejuízo atual ou iminente ao próprio procedimento arbitral;

(c) Forneça meios para salvaguardar os bens que possam ser objeto de uma sentença arbitral subsequente; ou

(d) Preserve as provas que possam ser relevantes e materiais na resolução da disputa . [...]

Artigo 17.º- B Pedidos de providências cautelares e requisitos para a sua concessão

[...]

(2) O tribunal arbitral pode conceder uma providência cautelar desde que considere que a divulgação prévia do pedido de medida provisória à parte contra a qual ela foi solicitada implica risco de frustração do objetivo da medida provisória. [...]

A partir de 2006, muitos países criaram leis especiais de arbitragem, modernizaram as já existentes por meio de decretos ou atos ou, ainda, reformaram o Código de Ritos para se adequarem à Lei Modelo. A seguir, alguns exemplos da experiência europeia, do Common Law e do MERCOSUL, apontando as modificações mais relevantes.

## 1.2 *Civil Law*

Na França, o decreto nº 2011-48, de 13 de janeiro de 2011, reformou a legislação de arbitragem naquele país por adaptar diversos textos legais à Lei Modelo da UNCITRAL. O novo enunciado do artigo 1468, do Código de

Processo Civil<sup>4</sup>, em especial, reafirma a autoridade do árbitro por permitir-lhe a pronúncia de medidas cautelares ou mesmo a antecipação de tutela.

Não lhe é consagrada, porém, a execução de tais medidas, que se inicia com as “*saisies conservatoires*” e “*sûretés judiciaires*”, indisponibilidade de bens e registro de penhora. Estas últimas continuam sendo prerrogativas do magistrado estatal, que exerce agora um papel de “juiz de apoio” no procedimento arbitral.

Art. 1449 - A existência de uma convenção de arbitragem não obsta, enquanto o tribunal arbitral não for constituído, que uma das partes recorra à jurisdição estatal a fim de obter medida de instrução processual, medida cautelar ou provisória. [...]

Art. 1468 - O tribunal arbitral pode conceder às partes, nas condições que determinar e sob pena de astreinte, toda medida cautelar ou provisória que julgar oportuna. Todavia, a jurisdição estatal é a única competente para determinar a indisponibilidade de bens e registros de penhora. O tribunal arbitral poderá modificar ou complementar medida provisória ou cautelar que conceder<sup>5</sup>. (Tradução livre)

Em Portugal, a adaptação à Lei Modelo se deu também em 2011, por meio da Lei de Arbitragem Voluntária, de nº 63/2011<sup>6</sup>, que, logo no 7º artigo, estabelece a competência do juiz estatal para a decretação de providências cautelares.

Artigo 7º - Convenção de arbitragem e providências cautelares decretadas por tribunal estadual.

Não é incompatível com uma convenção de arbitragem o requerimento de providências cautelares apresentado a um tribunal estadual, antes ou durante o processo arbitral, nem o decretamento de tais providências por aquele tribunal.

<sup>4</sup> FRANÇA, 2011, acesso em: 2 dez. 2013.

<sup>5</sup> « Art. 1449.-L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.

« Art. 1468.-Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée.

<sup>6</sup> PORTUGAL, 2011, acesso em: 2 dez. 2013

De fato, a legislação lusa é, talvez, a mais fiel ao modelo da UNCITRAL ao tratar da tutela de urgência na arbitragem nacional e internacional, uma vez que não somente determina a competência para sua concessão como também detalha muitos de seus desdobramentos.

São especificados, por exemplo, os requisitos para o decretamento de providências cautelares (artigo 21º) e ordens preliminares (artigo 22º); a necessidade de modificação, suspensão, revogação e prestação de caução (artigo 24º); a responsabilidade do requerente (artigo 26º); e a forma de seu reconhecimento ou execução coerciva (artigo 27º), se reconhecida, ou os fundamentos de recusa do reconhecimento pelo juiz estatal (artigo 28º), se não reconhecida.

Na Itália, o Decreto Legislativo nº 40/2006<sup>7</sup> reforma o procedimento arbitral no país por alterar dispositivos do Código de Processo Civil que tratam de tal tema. O anterior artigo 818 descrevia a relação juiz-árbitro na concessão de provimentos cautelares reservando ao Estado a função de ordenar tais medidas, julgar sua validade e determinar eventual revogação.

Hoje, o novo texto do mesmo artigo se resume a estabelecer que “os árbitros não podem conceder sequestros nem outras medidas cautelares, salvo disposição legal em contrário.”<sup>8</sup> (Tradução livre). Inova, porém, o Decreto Legislativo ao acrescentar a hipótese de legislação especial tratar de cautelares em âmbito arbitral – o que atenua o engessamento anterior, “ainda que evoluções doutrinárias e reorientações jurisprudenciais não possam abrir portas para outras medidas cautelares concessíveis por árbitros, apenas disposições legais textuais e explícitas.”<sup>9</sup> (Tradução livre).

### 1.3 *Common Law*

Em se tratando do sistema do *Common Law*, o *Arbitration Act* do Reino Unido, de 1996, no artigo 39<sup>10</sup>, permite a concessão de medidas provisórias pelo tribunal arbitral, desde que este tenha competência para pronunciar a respectiva decisão final. Tal prerrogativa, porém, limita-se à prévia convenção das partes.

#### 39. Poder para ordenar medidas provisórias

<sup>7</sup> ITÁLIA, 1940, in CHIARLONI, 2007, p. 1783-1784

<sup>8</sup> Art. 818. *Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge.*

<sup>9</sup> *Ancorchè non evoluzioni dottrinali o riorientamenti giurisprudenziali potranno aprire le porte ad altre misure cautelari concedibili dagli arbitri, ma solo testuali ed esplicite disposizioni di legge [...].* LA CHINA, 211, p. 163

<sup>10</sup> REINO UNIDO, 1996, acesso em: 3 dez. 2013

(1) As partes têm liberdade para acordar que o tribunal tenha poder para ordenar em caráter provisório qualquer medida cuja decisão final teria competência para pronunciar. [...]

(4) A menos que as partes acordem em conceder o poder de ordenar medidas provisórias, o tribunal arbitral não poderá fazê-lo.<sup>11</sup>  
(Tradução livre)

Destarte, infere-se que, ao se manifestar a respeito da tutela de urgência na arbitragem, a lei britânica dispõe apenas sobre a possibilidade de antecipação de tutela (*provisional awards*) e não sobre a concessão de medidas cautelares (*interim measures* e *conservatory measures*).

Posto que inexistia legislação específica sobre o assunto, as próprias instituições arbitrais e câmaras de arbitragem do Reino Unido poderão regulamentar seus próprios critérios para concessão de medidas cautelares. É o que faz a LCIA (*London Court of International Arbitration*), ao definir, em seu diploma *LCIA Arbitration Rules*, de 1998<sup>12</sup>, quais medidas poderão ser solicitadas pelas partes, desde que previamente concordem com tal possibilidade, preservando, contudo, o direito de recorrer aos tribunais estatais para esse mesmo fim.

O direito canadense – também baseado no *Common Law*, à exceção da província de Québec –, no que tange a arbitragem internacional, mantém o posicionamento da Lei Modelo prévia à emenda de 2006, uma vez que o *Commercial Arbitration Act* foi publicado em 1986. Desse modo, o artigo 9<sup>13</sup>, que trata das medidas cautelares, tem redação sucinta:

Artigo 9 – Convenção de arbitragem e medidas provisórias ordenadas por tribunal

O requerimento de uma das partes, antes ou durante o procedimento arbitral, de concessão de medida provisória ou cautelar ou da garantia destas não é incompatível com a convenção de arbitragem.  
(Tradução livre)<sup>14</sup>

<sup>11</sup> 39. *Power to make provisional awards.*

(1) *The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award. [...]*

(4) *Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no such power.*

<sup>12</sup> LCIA, 1998, acesso em 5 dez. 2013

<sup>13</sup> CANADÁ, 1986, acesso em: 2 dez 2013

<sup>14</sup> *Article 9 - Arbitration agreement and interim measures by court*

*It is not incompatible with an arbitration agreement for a party to request, before or during arbitral proceedings, from a court an interim measure of protection and for a court to grant such measure.*

De acordo com o jurista Frédéric Bachand<sup>15</sup>, é mister a “adoção de um mecanismo de execução judicial de medidas de urgência [...] e a restrição correlativa do poder do juiz de tais medidas durante a arbitragem internacional comercial se destinadas a evitar a competência arbitral” (Tradução livre)<sup>16</sup>

## 1.4 MERCOSUL

Segundo João Bosco Lee<sup>17</sup>, os ordenamentos jurídicos dos países do MERCOSUL costumam tripartir a conceituação de medidas tutelares em “medidas relativas à ‘salvaguarda de um direito ou de uma coisa’; as medidas concernentes à administração ou à conservação da prova e as que regulam as relações entre as partes durante o procedimento”.

Na Argentina, a legislação é omissa no que concerne à tutela de urgência na arbitragem. Doutrinas mais recentes, porém, têm tomado por escopo o artigo 196 do Código Processual Civil para permitir às partes “optar por submeter seu pedido de cautelar ao tribunal arbitral ou ao juiz togado, cuja competência lhe seria atribuída, caso não houvesse convenção de arbitragem.”<sup>18</sup>

Artigo 196 - Medida decretada por juiz incompetente.

Os juízes deverão se abster de decretar medidas cautelares quando o conhecimento da causa não for de sua competência. No entanto, a medida ordenada por um juiz incompetente será válida sempre que houver sido disposta em conformidade com as prescrições deste capítulo, mas não prorrogará sua competência. O juiz que houver decretado a medida, imediatamente após o requerimento, remeterá os autos ao juiz competente. (Tradução livre)<sup>19</sup>

No Paraguai e Uruguai, os árbitros têm competência para editar medidas cautelares, conforme explica Lee<sup>20</sup>. De acordo com o jurista, o ordenamento

<sup>15</sup> BACHAND *apud* WALD, 2007, p. 430

<sup>16</sup> “*adoption d’un mécanisme d’exécution judiciaire de mesures provisoires ou conservatoires [...] et restriction corrélative du pouvoir du juge d’octroyer de telles mesures au soutien d’un arbitrage commercial international destinée à éviter tout empiètement sur la compétence arbitrale*”

<sup>17</sup> 2011, p. 159-160

<sup>18</sup> SALLA, 213, p. 185

<sup>19</sup> *Artículo 196: Medida decretada por juez incompetente.*

*Los jueces deberán abstenerse de decretar medidas precautorias cuando el conocimiento de la causa no fuese de su competencia. Sin embargo, la medida ordenada por un juez incompetente será válida siempre que haya sido dispuesta de conformidad con las prescripciones de este capítulo, pero no prorrogará su competencia. El juez que decretó la medida, inmediatamente después de requerido remitirá las actuaciones al que sea competente.*

<sup>20</sup> 2011, p. 161

do primeiro dispõe que os árbitros têm poderes jurisdicionais e podem, conseqüentemente, ordenar medidas cautelares; ao passo que o Código Processual do segundo determina apenas que o tribunal arbitral poderá obter a intervenção dos tribunais estatais quando medidas coercitivas forem necessárias.

## **2 A tutela de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro**

Conforme visto, a tutela urgente, ou seja, aquela que, exaustiva ou cautelarmente, protege o direito pleiteado, é aplicada de maneiras diferentes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros – demonstrando quão imprescindível foram as modificações de 2006 à Lei Modelo na função de uniformização da arbitragem.

Ciente dessa problemática, Marcelo Abelha Rodrigues<sup>21</sup> sistematiza as ferramentas processuais de agilização do processo encontradas no direito brasileiro, bifurcando-as em dois tipos de técnica: sumarização do procedimento e sumarização da cognição. A primeira imprime maior celeridade ao próprio processo, por encurtar prazos e adotar princípios que o simplifiquem; a segunda envolve técnicas como o contraditório eventual (não necessário) e adiantamento de tutela em caráter cautelar ou satisfativo, sendo esta última a que nos interessa.

O adiantamento da prestação da tutela judicial tem o condão de catalisar o resultado esperado por meio de mecanismos que recaem sobre o processo, o procedimento ou os provimentos. E esse provimento adiantado é o que se conhece, de forma genérica, como tutela de urgência.

No Brasil, o Código Processual Civil (Lei n. 5.869/73), com as reformas sofridas a partir das leis 8.952/1994 e 10.444/2002, faz uma subdivisão da tutela de urgência em tutela antecipada (artigo 273) e tutela cautelar (artigo 273, § 7º, e Livro III). Ambas têm caráter temporário e são ordenadas a partir de cognição sumária – aquela em que a análise dos fatos é superficial, não exauriente. Buscam, assim, minorar os efeitos do tempo e garantir a prestação jurisdicional definitiva.

De tal forma, Carreira Alvim<sup>22</sup> aduz que ambas “são espécies do gênero provimento antecipado, apresentando a característica comum de serem concedidas fora daquele momento normalmente adequado ao reconhecimento do direito, que é a sentença.”

---

<sup>21</sup> 2010, p. 804

<sup>22</sup> 2006, p. 29

## 2.1 Tutela cautelar e tutela satisfativa: diferenciações

Apesar de, por vezes, ainda serem confundidas, há fatores que permitem definir qual o tipo de tutela de urgência melhor aplicável *in casu* - e isso é feito a partir da delimitação das diferenças entre uma e outra. Embora essa linha divisória seja tênue para a legislação, a doutrina e mesmo a praxis forense, é possível esboçar as principais funções e características singulares.

Para Humberto Theodoro Júnior<sup>23</sup>, o que distingue as espécies de tutela emergencial “em substância é que a tutela cautelar apenas assegura uma pretensão, enquanto a tutela antecipatória realiza de imediato a pretensão.”

Segundo Freddie Didier Jr.<sup>24</sup>, o marco distintivo se dá pela estabilidade, isto é, se a tutela é dotada de provisoriedade ou definitividade:

A tutela antecipada é decisão provisória (sumária e precária) que antecipa os efeitos da tutela definitiva (satisfativa ou não) – permite o seu gozo imediato. E a tutela cautelar é decisão definitiva (exauriente, malgrado com eficácia temporária) que garante os futuros efeitos da tutela definitiva satisfativa. [...]

Sob essa perspectiva, somente a tutela antecipada pode ser satisfativa e atributiva, quando antecipa provisoriamente a satisfação de uma pretensão cognitiva e/ou executiva, atribuindo bem da vida. Já a tutela cautelar é sempre não-satisfativa e conservativa, pois se limita a assegurar a futura satisfação de uma pretensão cognitiva ou executiva, conservando bem da vida, embora possa ser tutelada antecipadamente. Há tutela antecipada cautelar ou não-cautelar.

Por sua vez, Carreira Alvim<sup>25</sup> sintetiza o assunto por demonstrar a que prestação jurisdicional se propõe cada uma das tutelas – na antecipação de tutela, ela corresponde ao pedido formulado pela parte requerente, ou parte dele; enquanto na cautelar, há um provimento diverso cujo objetivo é justamente garantir a futura fruição do direito pleiteado.

A antecipação da tutela nada mais é do que a antecipação da própria pretensão material traduzida no pedido, tendo conteúdo substancial, havendo no todo ou em parte coincidência entre o conteúdo

---

<sup>23</sup> 2002, p. 90

<sup>24</sup> 2009, p. 459

<sup>25</sup> 2006, p. 32

do provimento liminar (decisão) e o provimento definidor da lide (sentença). Isto não acontece com a liminar estritamente cautelar, exceto tratando-se de cautelar de índole satisfativa caso em que o conteúdo do provimento liminar se identifica também com o provimento de mérito.

Ademais, Marcelo Abelha Rodrigues<sup>26</sup> assevera que os diferentes tipos de provimento judicial diferem no que tange o grau de “probabilidade de que o direito esteja com o requerente”, isto é, na exigência de conteúdo probatório trazido ao juiz – ainda que na prática seja difícil precisar o que é prova inequívoca para convencimento da verossimilhança ou fundamento relevante.

É importante ressaltar que os dois institutos abordados não são independentes por completo, podendo ser combinados quando a situação o requerer. Assim, é possível a antecipação da tutela satisfativa em sede de ação cautelar, conforme previsto no já citado artigo 273, § 7º.

Por fim, vale lembrar que o juiz poderá, ainda que sem o requerimento das partes, ordenar medidas conservativas, isto é, de natureza cautelar, uma vez que possui poder geral de cautela. Para isso, devem estar presentes os requisitos da fumaça do bom direito e do perigo da demora. De forma similar, ao magistrado é válida a antecipação de ofício da tutela satisfativa, conforme previsão legal nos artigos 273, § 3º, e 461, do CPC.

### **3 A tutela de urgência na lei de arbitragem brasileira (Lei Federal n. 9.307/96)**

No Direito moderno, conforme ensina Carreira Alvim<sup>27</sup>, havendo a necessidade de agilizar um provimento jurisdicional, a parte poderá lançar mão de duas modalidades de catalisação principais: tomar para si a incumbência de solucionar as próprias questões, por meio dos organismos parajudiciais - conciliação, mediação e arbitragem; ou manter a justiça estatizada, mas buscar simplificar o processo por adotar alternativas como a antecipação de tutela.

O grande desafio do aplicador do direito é lançar mão de ambas as técnicas de maneira concomitante, fazendo com que as jurisdições estatal e arbitral atuem juntas sem que essa parceria diminua a eficiência da tutela prestada.

Nesse viés, sabe-se que a independência do tribunal arbitral não é plena, pois parte de sua competência concorre com a estatal, ao passo que em algumas

---

<sup>26</sup> 2010, p. 823

<sup>27</sup> 2006, p. 18-19

hipóteses, a via estatal é a única cabível. Este é o caso das medidas coercitivas que, na maioria dos países, são vetadas aos árbitros, sendo necessária a participação do juiz togado para que, havendo resistência de uma das partes, a prestação jurisdicional arbitral se efetive.

No Brasil a Lei n. 9.307/96, que dispõe sobre arbitragem, prevê, no artigo 22, de quais poderes são dotados o tribunal ou juiz arbitral. O parágrafo 4º do mesmo artigo contém a possibilidade de requerimento de concessão de medidas coercitivas ou cautelares ao Poder Judiciário institucionalizado.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. [...]

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Como visto, a Lei de Arbitragem Brasileira, em contraposição à legislação de muitos países utilizadores da arbitragem, não esgota o assunto ao tratar da tutela de urgência. Limita-se à tutela cautelar, isto é, a conservativa, sem mencionar a satisfativa. Ainda assim, o texto legal tão somente delinea a relação árbitro-juiz, sem descrever de fato como essa aproximação deve ocorrer. Tampouco traz qualquer informação sobre parcela de autonomia do juiz arbitral para a concessão de tais medidas e em que momento procedimental.

Além disso, conforme bem afirmado por Wald<sup>28</sup>, o comando “se dirige precipuamente, às cautelares incidentais, eis que a lei pressupõe que o Juízo Arbitral já se tenha instalado e, portanto, já esteja instaurada a lide.” Mais uma vez a lei silencia, pois deixa de tratar das cautelares preparatórias, isto é, aquelas que são ajuizadas antes do procedimento arbitral entrar em curso.

Fica claro que a Lei n. 9.307/96 não se adequou aos novos padrões da Lei Modelo da UNCITRAL estabelecidos pela Emenda de 2006. Em consequência, esse papel foi assumido pela doutrina e jurisprudência. Primeiramente, veja-se o posicionamento de diferentes juristas sobre a aplicação da Lei de Arbitragem Brasileira hoje.

---

<sup>28</sup> 2005, p. 10

### 3.1 Tutela cautelar

Antes do advento da Lei n. 9.307/96, a arbitragem no Brasil era regulada por enunciados do Código de Processo Civil hoje revogados. Àquele tempo, pelo artigo 1.086, era defeso ao árbitro não somente empregar medidas coercitivas contra as partes ou terceiros, mas também decretar medidas cautelares. O artigo 1.087 arrematava esse pensamento retrógrado por determinar que, sendo necessária a aplicação de tais medidas, o árbitro as solicitasse à autoridade competente para a homologação do laudo.

A mudança trazida pelo artigo 22 da Lei de Arbitragem é benéfica, porém tímida. Malgrado remova o árbitro da posição de total dependência do Poder Judiciário, não lhe dá as ferramentas necessárias para exercer sua autonomia – que, há de ser dito, não se tornou tão evidente quanto deveria.

Logo após o advento da Lei 9.307/96, a doutrina brasileira adotava uma interpretação legalista e restritiva, inadmitindo que o texto legal abrisse espaço para que o árbitro exercesse poderes de concessão de cautelares. Bulos<sup>29</sup>, ao se manifestar sobre o tema, entendeu que o § 4º inibisse os árbitros de decretarem qualquer forma de tutela cautelar, ainda que incidentalmente.

Não pode o árbitro, ou o tribunal, decretar medidas coercitivas, ou processar e julgar ações cautelares. Como dito, é limitada a provisão de autoridade daqueles. Aqui, igualmente, diz a lei que “poderão” solicitar ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa, mas, em verdade, “deverão” solicitar. Não é uma faculdade; é um dever. [...] No procedimento arbitral, também podem estar presentes, além do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora*, autorizadores da prestação cautelar. Mas, em havendo necessidade de propositura da ação cautelar, é ao juiz de direito, perante a Justiça Comum, que se haverá de pedir a providência de assegurar a prova, ou bens, ou, ainda, para obstaculizar a ameaça de dano, iminente ou irreparável, ao interesse tutelado no processo principal.

Da mesma forma, Stenger<sup>30</sup> adotou posicionamento segundo o qual a legislação brasileira, que teve “propositura corretamente articulada”, exclui o

---

<sup>29</sup> 1997, p. 93

<sup>30</sup> 1998, p. 131-133

poder do árbitro de ordenar medidas cautelares, reservando-as exclusivamente ao juiz estatal.

Com o tempo, porém, a doutrina evoluiu, passando a flexibilizar o § 4º. Dessa forma, a tepidez do texto legal levou Carlos Alberto Carmona<sup>31</sup> a afirmar que uma melhor redação seria: “Os árbitros poderão solicitar o concurso do juiz togado para a execução da medida cautelar, e ainda assim se isso for necessário”.

O jurista assevera, contudo, que tal visão ampla dos poderes do árbitro ainda não encontra respaldo total na doutrina e que intérpretes que mantêm uma postura radicalmente positivista correm o risco de tornar o juiz arbitral um mero “substituto processual da parte”, admitindo que ele simplesmente postule um direito alheio, tolhendo-lhe a competência outorgada para decidir a lide.

Carmona<sup>32</sup> entende, ainda, não haver necessidade de autorização prévia das partes para a concessão de medidas cautelares pelo tribunal arbitral, uma vez que essa possibilidade é assegurada tacitamente na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, e encontra respaldo no princípio da *kompetenz-kompetenz*. Todavia, é lícito às partes elidir, de maneira consensual, os poderes cautelares, tendo em vista a autonomia da vontade, princípio basilar da arbitragem. Ainda assim, neste último caso, convém notar que a decisão do mérito continua sendo do tribunal arbitral, que poderá cassar a cautelar deferida pelo Judiciário, se entender, ao final do procedimento, que o requerente não tem razão.

Lee<sup>33</sup>, igualmente, entende que a disposição do artigo 22, § 4º foi mal formulada, pois não deixa claros os limites da competência do árbitro. Para ele, embora alguns autores neguem tal competência, a contraposição entre a lei atual e os dispositivos do Código de Processo Civil revogados permite visão ampliativa:

A nova lei não seguiu a proibição do art. 1.086, II, do CPC brasileiro, vedando aos árbitros tomar tais medidas. Na verdade, o § 4º do art. 22 é inspirado no art. 17 da lei modelo da UNCITRAL que autoriza ao tribunal arbitral ordenar essas medidas. Assim, o tribunal arbitral, sob o império da Lei 9.307/96, é competente para determinar medidas cautelares.

Também adere à interpretação extensiva da lei Beat Walter Rechsteiner<sup>34</sup>, sustentando que, em relação aos tribunais estatais, o tribunal arbitral terá competência concorrente para decretar medidas cautelares e que este sempre

<sup>31</sup> 2009, p. 324

<sup>32</sup> 2009, p. 325-327

<sup>33</sup> 2011, p. 161-162

<sup>34</sup> 2001, p. 122-123

dependerá daquele para conferir à decisão força coercitiva, caso a parte não a cumpra voluntariamente.

No Brasil, atualmente, significativa parte da doutrina afirma ter o tribunal arbitral competência para decretar medidas cautelares, embora o texto da Lei 9.607, de 23.09.1996, não seja tão claro assim. Acreditamos que a interpretação extensiva da Lei mereça aplauso, porque segue tendências mais atuais em relação à arbitragem. Entretanto, cumpre lembrar aqui alguns princípios básicos a serem levados em consideração. Um pedido específico de pelo menos uma das partes é requisito indispensável para a decretação de uma medida cautelar por um tribunal arbitral, este deve se situar dentro do objeto da lide entre as partes.

De forma similar, Garcez<sup>35</sup> entende que a lei brasileira andou mal ao dispor sobre as cautelares de forma tautológica o que forçou a doutrina adotar uma interpretação progressista, beirando uma reinvenção do texto da lei.

Sob nossa lei, se no curso do processo arbitral tornar-se imprescindível à concessão de medida cautelar, que evite dano irreparável ou torne inútil a decisão que será proferida, embora o árbitro não tenha poder de coerção, cabe a ele diretamente decretar a medida cautelar, que será executada pelo juiz togado. [...]

Ora, sendo o processo principal de natureza arbitral, apenas ao árbitro (ou tribunal arbitral) se poderia atribuir competência para a concessão da tutela cautelar. Registra-se, ainda, que nenhum órgão do Poder Judiciário poderia ser considerado competente para a apreciação da demanda cautelar, na medida em que nenhum órgão daquele Poder Estatal é competente para a causa principal (o que decorre da convenção de arbitragem).

Também admite a ampliação da competência do árbitro, apesar do omissivo dispositivo legal, Nádia de Araujo<sup>36</sup>, para quem:

[...] o árbitro pode decretar a medida, faltando-lhe apenas a competência para a efetivação da coerção, pois só o juiz tem poder de

---

<sup>35</sup> 2007, p. 274

<sup>36</sup> 2011, p. 304

sanção para impô-la. O juiz pode decretar uma medida cautelar antes do início do procedimento arbitral, desde que seja cabível, como medida preparatória, à luz das regras do CPC. Por analogia, aplica-se a norma dos artigos 806 e 808, I, do CPC, que retiram a eficácia da medida cautelar preparatória quando a parte deixa de propor a ação principal no prazo de 30 dias.

Há, pois, duas situações em que a tutela cautelar seja necessária em sede arbitral: aquela em que a medida deve ser deferida antes do início do procedimento (preparatória) e aquela cujo deferimento ocorre durante a arbitragem (incidental). No primeiro caso, a melhor doutrina entende por aplicar, analogicamente, o artigo 806, do Código de Processo Civil, devendo-se ajuizar ação cautelar perante o juiz estatal que seria competente para julgar o caso. Caberá à parte requerente, no prazo de 30 dias, demonstrar que providenciou a instituição da arbitragem, que agora servirá de ação principal.

Na segunda situação, compactua-se com a parcela doutrinária que amplifica os poderes arbitrais para a concessão de tutela emergencial e entende-se que o árbitro ou tribunal arbitral instituído é a autoridade competente para ordenar qualquer medida que diga respeito ao processo – seja ela cautelar ou não. Desnecessário, pois, valer-se da jurisdição estatal para mero deferimento. O juiz somente deverá intervir quando for necessário executar coercitivamente a decisão, havendo resistência da parte.

Por óbvio, não se pretende aqui tomar uma atitude radical no que concerne a relação juiz togado-juiz arbitral. Há casos em que a cautelar incidental deverá ser pleiteada perante o juízo estatal, mesmo que a arbitragem já esteja instituída. Tanto a jurisdição paraestatal quanto a justiça estatizada têm como escopo a prestação jurisdicional – ambas são meios de solucionar conflitos e não fins e si mesmas. Destarte, quando a situação de urgência não puder ser combatida via arbitragem – por fins diversos, como recesso dos árbitros, feriado local ou dificuldade geográfica para a efetivação da providência -, naturalmente, as partes deverão recorrer ao Judiciário.

Tal ambivalência de jurisdições é a melhor forma de garantir a prestação da tutela jurisdicional e colocar em prática a tão almejada parceria pacífica entre árbitros e magistrados, sem que o último interfira na autoridade do primeiro e preservando a vontade das partes de conceder a um tribunal de sua confiança a competência para resolver seus conflitos.

### 3.2 Tutela antecipada satisfativa

Como já visto, a Lei n. 9.307/96 trata, ainda que superficialmente, da concessão de medidas cautelares, mas se omite no que tange à antecipação de tutela satisfativa – aquela trazida pelo Código de Processo Civil precipuamente no artigo 273. Quanto a isso, Fernando Silva Moreira dos Santos<sup>37</sup> faz uma meritoria observação:

Em razão do disposto na Lei de Arbitragem, em seu art. 22, § 4.º, que fala em “medidas coercitivas ou cautelares”, a doutrina majoritária entende que a lei trata de gênero de medidas provisórias. Dentro deste conceito de medidas provisórias se incluiriam as tutelas antecipadas. Na seara da arbitragem, portanto, a classificação em tutelas antecipatórias e cautelares carece de maior sentido, sendo conferido tratamento uniforme às tutelas de urgência.

Entendendo que a Lei de Arbitragem Brasileira, ao tratar de “medidas coercitivas ou cautelares” se dirigia também à antecipação de tutela *stricto sensu*, doutrinadores passaram a admitir que o árbitro emita decisão concedendo parte da pretensão inicial, mas que não constitua propriamente uma sentença parcial e sim verdadeira interlocutória.

Para Carmona<sup>38</sup>, a questão de competência arbitral ressurgiu, uma vez que o tribunal ou o árbitro foi aquele instituído pelas partes para dirimir a questão, afastando do Judiciário qualquer pronunciamento sobre o mérito. O autor vai mais longe ao afirmar que a antecipação de tutela na arbitragem prescinde de autorização prévia das partes nesse sentido, e fornece suas razões:

Não vejo obstáculo para que o árbitro possa, instado pela parte interessada, antecipar tutela. [...]

Se apenas o árbitro está autorizado a proferir o provimento final, toca também a ele – e apenas a ele – decidir se antecipará ou não algum, alguns ou todos os efeitos que sua decisão irá produzir! Não haverá a necessidade de encontrar na convenção de arbitragem autorização para que os árbitros antecipem tutela, pois tal autorização é implícita: as partes investem os árbitros de poderes para resolver todas as questões controvertidas que as envolvem, cabendo aos julgadores

---

<sup>37</sup> 2011, p. 13

<sup>38</sup> 2009, p. 329-330

– juízes que são – zelar pela justa solução do litígio, adotando todas as providências necessárias ao pleno exercício do poder jurisdicional que lhes foi concedido pelos contendentes.

É claro que, tendo as partes a prerrogativa de eleger quais regras processuais a se aplicar na arbitragem (como, *ad exemplum*, algum direito estrangeiro ou mesmo o regulamento de uma câmara arbitral), sendo escolhido procedimento diferente do Código Processual Civil Brasileiro, não há falar na incidência do artigo 273 e a antecipação de tutela seguirá outros ritos.

Magalhães<sup>39</sup> entende o oposto, já que para ele, a possibilidade de antecipação de tutela pelo árbitro deve estar expressamente prevista na convenção arbitral ou no regulamento da instituição da arbitragem que dará escopo ao procedimento.

O poder jurisdicional do árbitro decorre da convenção arbitral, pela qual as partes conferem-lhe autoridade para declarar o direito sobre o qual controvertem. Se essa possibilidade estiver prevista na convenção arbitral, poderá o árbitro dela se utilizar, concedendo tutela antecipada requerida por uma das partes, como decisão provisória a ser ou não confirmada no laudo arbitral.

Concorda com o pensamento acima Carreira Alvim<sup>40</sup>, para quem as partes, no papel de eleitoras do procedimento a ser adotado para a solução de sua lide, têm plena autonomia para autorizar ou vetar a antecipação de tutela durante a arbitragem.

[...] se a convenção de arbitragem tiver disposto sobre a possibilidade de o árbitro conceder medidas cautelares, deve ele, no exercício do iudicium, decretá-las (aliás, tem o dever de fazê-lo)[...]

Se as partes, mediante convenção, estabelecerem expressamente que o árbitro não disporá de poderes para conceder provimentos antecipatórios ou medidas cautelares, então, sim, o seu poder fica circunscrito à decisão da lide principal, porque este poder, apesar de ser jurisdicional, tem a medida que lhe reconhece o princípio da autonomia da vontade das partes.

---

<sup>39</sup> 2005, p. 15

<sup>40</sup> 2007, p. 339

Destarte, apesar de inexistir expressa previsão na lei acerca da antecipação da tutela satisfativa, a doutrina a tem aceitado de maneira generalizada – não sem dissenso acerca da necessidade de autorização das partes. Analisar-se-á, a seguir, o que os tribunais entendem sobre o tema.

### **3.3 Decisões jurisprudenciais: quando o juiz estatal entra em cena na arbitragem**

Em 2007, a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e a Câmara Brasileira de Arbitragem realizaram e publicaram<sup>41</sup> um levantamento sobre decisões a respeito de decisões sobre arbitragem proferidas por diversos tribunais de justiça do país. Das 790 decisões proferidas, 9% tratavam da tutela de urgência.

Uma das conclusões tiradas da pesquisa<sup>42</sup> é que ainda há grande desconhecimento pelo Judiciário no que abrange a arbitragem. Melhor colocando, o Poder Judiciário não está familiarizado com meios paraestatais de resolução de conflitos e acaba por conceder à arbitragem uma roupagem demasiadamente formal-processualista que não lhe cai bem:

Muitas vezes, questões sobre arbitragem chegaram ao judiciário, por exemplo, sob a roupagem dos requisitos da tutela de urgência, *periculum in mora* ou *fumus boni iuris*, demonstrando que a receptividade do instituto pode estar influenciada ainda por visão um pouco procedimentalista, formalista.

Vê-se, contudo, que apesar de a arbitragem ainda não ser procedimento uniformemente aceito no cenário do direito brasileiro, os tribunais têm admitido a ampliação das funções dos juízes arbitrais para que possam conceder medidas de urgência. Os próprios pesquisadores<sup>43</sup> perceberam que uma análise qualitativa dos acórdãos traz boas notícias:

Os tribunais judiciais reconhecem [...] a possibilidade das partes recorrerem ao Poder Judiciário para obter uma medida de urgência para evitar o perecimento do seu direito antes da instituição do

<sup>41</sup> BRAGHETTA et al., 2009, p. 19

<sup>42</sup> BRAGHETTA et al., 2009, p. 158

<sup>43</sup> CBAR, 2007, acesso em 10 dez. 2013

tribunal estatal, bem como a transferência da análise desta medida de urgência para o tribunal arbitral, após a sua instauração.

Os próprios tribunais de superposição já tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a questão, adotando uma visão extensiva dos poderes do árbitro. Na decisão do Recurso Especial nº 1.297.974 - RJ<sup>44</sup>, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, corretamente, que caberá ao juiz arbitral, se já instituída a arbitragem, deferir a medida cautelar requerida. Caso a cautelar seja preparatória, porém, o Judiciário poderá decretá-la cabendo ao árbitro, posteriormente, manter, alterar ou revogá-la.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. MEDIDA CAUTELAR.

COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL NÃO CONSTITUÍDO.

1. O Tribunal Arbitral é competente para processar e julgar pedido cautelar formulado pelas partes, limitando-se, porém, ao deferimento da tutela, estando impedido de dar cumprimento às medidas de natureza coercitiva, as quais, havendo resistência da parte em acolher a determinação do(s) árbitro(s), deverão ser executadas pelo Poder Judiciário, a quem se reserva o poder de imperium .

2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem.

3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão.

4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. [...]

<sup>44</sup> No mesmo sentido, AgRg na MMedia Cautelar n. 19.226 - MS (2012/0080171-0)

De forma similar, os tribunais estaduais e juízes de primeira instância<sup>45</sup> têm entendido conforme a doutrina menos restrita, concedendo ao árbitro a palavra final quando se trata de tutelas de urgência proferidas pela jurisdição estatal – sejam elas cautelares ou satisfativas.

Caso especial, porém, é o das medidas cautelares proferidas por árbitros estrangeiros. Segundo Nádia de Araújo<sup>46</sup>, o STF tende a aplicar à arbitragem, analogamente, o entendimento de que a cautelares provenientes de jurisdição estrangeira por meio de carta rogatória não cabe concessão de *exequatur*, sob a alegação de considerá-las atentatórias à ordem pública. Tais medidas só são exequíveis no Brasil se houver convenção internacional prevendo expressamente essa possibilidade. É o que ocorre com os países do MERCOSUL, que assinaram o Protocolo de Ouro Preto<sup>47</sup>.

Destarte, o posicionamento dos tribunais pátrios em relação às medidas na arbitragem, malgrado o ainda tímido aprofundamento no tema, reflete a posição amplificativa adotada pela doutrina. Assim, com um posicionamento claro da maior parte dos juristas e da jurisprudência, nada mais natural que a legislação sofra adaptações.

#### **4 Ventos de mudança: o Projeto de Lei do Senado n. 406/2013**

Sete anos após a emenda de 2006, que modernizou a Lei Modelo da UNCITRAL, e dezessete após a publicação da Lei de Arbitragem Brasileira, o senador Renan Calheiros apresentou o Projeto de Lei do Senado n. 406/2013, propondo significativas alterações na Lei Federal n. 9.307/96. Os próprios redatores do projeto<sup>48</sup> apresentam seus motivos:

Decorridos mais de 17 anos de sua edição, a Lei de Arbitragem se deparou com o avanço de novas tecnologias, profundas alterações legislativas no campo processual e a jurisprudência que vem se for-

---

<sup>45</sup> Em sede de antecipação de tutela satisfativa, é possível destacar a decisão interlocutória no processo de n. 2000.001.113638-7, do 5ª Vara Cível do RJ, por meio da qual foi deferida liminar em ação cautelar impedindo a parte de vender as ações que eram objeto da demanda. Também foi mantida liminar semelhante em sede de Agravo Regimental no Agravo Interno n. 99305776, do TJ-PA. Em relação à tutela cautelar, vejam-se: decisão em Agravo de Instrumento de n. 0900674-08.2010.8.08.0000, TJ-ES; decisão em Agravo de Instrumento, no processo 0108092-58.2012.8.26.0000 TJ-SP e Ação cautelar 1.0480.06.083392-2/001, TJMG.

<sup>46</sup> 2011, p. 305

<sup>47</sup> Nesse sentido, o julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 9.194-1, que considera medida cautelar ordenada na Argentina inexecutável por não atender a todos os requisitos do artigo 21 do Protocolo de Ouro Preto.

<sup>48</sup> BRASIL, 2013, acesso em: 15 dez. 2013

mando em torno do instituto, o que fez exsurgir a necessidade de seu aperfeiçoamento. [...] Assim, com o escopo de aprimorar a Lei de Arbitragem e sintonizá-la com o cenário de crescente participação internacional, a presente proposta tem por foco alterações pontuais que não afetam a sua estrutura normativa principal.

Como visto, muitas e importantes são as adaptações e, melhor dizer, atualizações propostas. De fato, o Projeto trata da arbitragem na administração pública, no direito consumerista, nos contratos trabalhistas e nos conflitos societários, trazendo, ainda, modificações no procedimento geral. Esta análise, contudo, ater-se-á à parte concernente à tutela de urgência.

#### **4.1 Capítulo IV-A – tutelas cautelares e de urgência**

Nesse escopo, o PLS n. 406/2013<sup>49</sup> inova com o capítulo IV-A, que trata das tutelas cautelares e de urgência e contém dois novos artigos, o 22-A e 22-B, e revoga-se o artigo 22, § 4º da lei atual.

##### Capítulo IV-A

##### Das Tutelas Cautelares e de Urgência

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medidas cautelares ou de urgência.

*Parágrafo único.* Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta (30) dias, contados da data da efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

*Parágrafo único.* Estando já instituída a arbitragem, as medidas cautelares ou de urgência serão requeridas diretamente aos árbitros.

De pronto, nota-se a, talvez, mais incisiva alteração: a inclusão das tutelas de urgência como um todo. Já vimos que a melhor interpretação da redação atual é aquela extensiva, que inclui a tutela antecipatória satisfativa no bojo das cautelares. Com o projeto de lei, no entanto, o próprio texto legal, acertadamente,

<sup>49</sup> BRASIL, 2013, acesso em: 15 dez. 2013

passará a admitir a antecipação da tutela também em sede arbitral. A nosso ver, a melhor forma para efetivar tal prestação de urgência é por aplicar à arbitragem, por analogia, o artigo 273 do CPC.

O parágrafo único no artigo 22-A adotou a regra do artigo 806, do CPC, de que, havendo medida de urgência preparatória, a parte requerente deverá dar início à ao procedimento arbitral em até 30 dias, sob pena de perda da eficácia daquela. Aqui a instituição da arbitragem cumpre o papel do “ajuizamento da ação principal”, previsto no processo civil. Andaram bem os idealizadores do projeto ao incluírem tal enunciado, uma vez que a porção majoritária da doutrina já possuía entendimento similar.

O *caput* do artigo 22-B concede ao árbitro ou ao tribunal arbitral poder que doutrinadores já lhe conferiam, mas que legalmente não era reconhecido: o de modificar ou mesmo revogar a medida ordenada na seara estatal. Ora, nada mais apropriado, uma vez que a autoridade final, isto é, a que conhecerá o mérito da lide, será o árbitro. A competência pertence a ele, pois foi concedida pelas partes. A ele caberá, pois, alterar a tutela emergencial ao longo do julgamento, se assim houver por bem, ainda que deferida pelo Poder Judiciário. Essa expressiva modificação finda a retrógrada visão inferiorizada da justiça arbitral como “alternativa”, ou secundária. O árbitro se desvincula das rédeas do Estado e passa a ser uma entidade autônoma.

Por fim, o parágrafo único do artigo 22-B tem redação oposta ao núcleo do atual artigo 22, § 4º, da Lei de Arbitragem. Se hoje a regra, ao menos no texto legal, é que o árbitro recorra ao Judiciário sempre que necessária a prestação de tutela de emergência, o PLS 406/2013 pretende fazer com que, após a instituição da arbitragem, as medidas de urgência sejam requeridas diretamente aos árbitros. Por conseguinte, o árbitro decidirá por concedê-las ou não, sem que o juiz estatal nisso intervenha. E, assim como na legislação internacional, havendo resistência da parte contrária, devido à ausência de poder de *imperium* do árbitro, recorrer-se-á ao Estado para aplicação de métodos de coerção.

## 4.2 Capítulo IV-B – carta arbitral

Diz respeito, de maneira indireta, à tutela de urgência, o capítulo IV-B do projeto de lei<sup>50</sup>, que institui a carta arbitral<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> BRASIL, 2013, acesso em: 15 dez. 2013

<sup>51</sup> Importante salientar que a carta arbitral é ferramenta já prevista no Projeto de Lei do Senado de n. 166/10, que trata da reforma do Código de Processo Civil (Brasil, 2010, acesso em 15 dez. 2013). Felizmente, o projeto foi bem elaborado nesse sentido e preza pela cooperação entre jurisdições. A carta arbitral encontra previsão nos artigos 69, § 1º e 2º, 206, IV, 236, e 164, IV. Neste último, garante-se o sigilo da carta.

## Capítulo IV-B

### Da Carta Arbitral

Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral, para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

O artigo 22-C traz previsão inédita à arbitragem brasileira, pois cria um mecanismo de comunicação árbitro-juiz antes inespecífico na lei. Carmona (2006, p. 329) entende que, sendo a arbitragem verdadeira jurisdição, pela lei atual, essa troca de informações deve ocorrer por meio de ofício, por se tratar de duas jurisdições que se correspondem.

A carta arbitral, além de ser um instrumento estipulado por lei, traz o grande diferencial de garantir o sigilo da questão litigada – outra das grandes vantagens da arbitragem em relação ao processo estatal. O uso do ofício entre tribunal arbitral e jurisdição estatal tendia a comprometer a discricionariedade adotada no procedimento de arbitragem, o que, a partir da alteração, não deverá mais ocorrer.

Ademais, essa ferramenta processual servirá de incentivo à colaboração do juiz togado, já que “algumas decisões de um árbitro podem precisar da atuação de outro juiz. Isso causava um problema prático, pois magistrados que não conheciam muito bem o modelo de arbitragem se recusavam a colaborar.”<sup>52</sup>

Inferre-se, assim, que a arbitragem brasileira possui um promissor futuro visto que, “sairá fortalecida da nova lei, complementando a atual legislação, desfazendo incertezas e permitindo soluções rápidas e eficientes para os litígios, além de ser também o processo arbitral um importante indutor de acordos.”<sup>53</sup>

## Considerações finais

A arbitragem, como método paraestatal de resolução de conflitos traz benefícios geralmente não proporcionados pelo Poder Judiciário. Assim sendo, a celeridade, o sigilo e a prevalência da autonomia das partes fazem com que em todo mundo esse procedimento seja adotado – em contexto regional ou internacional.

Desafios à aplicação do processo arbitral, porém, não deixam de surgir e a concessão da tutela de urgência é nítido exemplo. Esforços foram feitos por

<sup>52</sup> MUNIZ *apud* BITTAR, 2013, acesso em: 9 jan. 2014

<sup>53</sup> WALD, 2013, Acesso em 10 de dezembro de 2013

diferentes Estados para a adaptação de seus ordenamentos, na tentativa de que as medidas de urgências ordenadas pudessem ser efetivas e otimizar o procedimento de arbitragem ao invés de comprometê-lo. No Brasil, tais esforços consagraram-se no art. 22, §4º, da Lei n. 9.307/96. Com um texto modesto e obscuro, o dispositivo gerou controvérsias doutrinárias e precisou ser interpretado de forma ampliativa para que as medidas cautelares e a antecipação da tutela satisfativa fossem asseguradas às partes.

Em 2013, diante da necessidade de reforma da Lei de Arbitragem Brasileira, realizou-se o Projeto de Lei do Senado de n. 406/2013. Entre as muitas alterações propostas, pretende-se revogar o atual parágrafo que trata das medidas cautelares e inaugurar um novo capítulo na lei, que passa a prever a utilização da tutela de urgência analogamente ao rito previsto no Código de Processo Civil. Se aprovado o projeto, os

São louváveis as inovações trazidas pelo PLS 406/96 que, se aprovado auxiliará o desenrolar da intervenção do Judiciário na arbitragem, quando isso for necessário à pacificação social com justiça, e concederá aos árbitros maior autonomia para o manejo da tutela de urgência durante o procedimento, em homenagem ao princípio da autonomia da vontade das partes.

## Referências

ALVIM, J. E. C. *Tutela antecipada*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito arbitral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BACHAND, Frédéric *apud* WALD, Arnaldo. Frédéric Bachand. L'intervention du juge canadien avant et durant un arbitrage commercial international. *Revue internationale de droit comparé*. Paris, v. 59, n. 2, p. 427-430, 2007.

BITTAR, Cássia. *Tribuna do Advogado da OAB RJ – Reforma na Lei da Arbitragem e regulação da mediação de conflitos impulsionam soluções extrajudiciais no Brasil*. Disponível em: <<http://cbar.org.br>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BULOS, Uadi L. *Lei da arbitragem comentada: breves comentários à lei n. 9.307, de 23-9-1996*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Congresso. Senado. *Projeto de Lei do Senado n. 406/2013*. Altera as leis n. 9.307/96 e 6.404/76. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143302&tp=1.>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

- BRASIL. Congresso. Senado. *Projeto de Lei do Senado n. 166/2010*. Propõe a Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84495&ctp=1>>. Acesso em: 15 dez. 2013.
- CANADÁ. *Commercial Arbitration Act, de 17 de junho de 1986*. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca>> Acesso em: 2 de dez. 2013.
- CARMONA, Carlos A. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARNEIRO, Arthos G. Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e imperium. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil Law e Common Law. Incompetência da justiça estatal. *Revista dos Tribunais*. v. 839. p. 129-139. São Paulo: Ed. RT, Setembro/2005.
- CBAR, *Medidas de urgência e coercitivas: 2ª fase da pesquisa 'Arbitragem e Poder Judiciário'*. Disponível em: <[http://cbar.org.br/PDF/Medidas\\_de\\_Urgencia\\_e\\_Coercitivas.pdf](http://cbar.org.br/PDF/Medidas_de_Urgencia_e_Coercitivas.pdf)>. Acesso em: 10 dez. 2013.
- COSTA, Mariana M. Os poderes do tribunal arbitral para decretar medidas cautelares. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 28. p. 109. São Paulo: Ed. RT, Janeiro/2011.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 4 ed. Salvador: Jus Podium, 2009.
- FRANÇA. *Decreto n. 2011-48, de 14 de janeiro de 2011*. Dispõe sobre a reforma da arbitragem. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr>> Acesso em: 2 dez. 2013.
- GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Teoria da arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2012.
- GARCEZ, José M. R. *Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007
- GONÇALVES, Marcus V. R. *Processo de execução e cautelar*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ITÁLIA. *Decreto n. 1443, de 28 de outubro de 1940*. Aprova o Código de Processo Civil. In: CHIARLONI, Sergio. et al. *Le recenti riforme del processo civile*. v. 2. Bologna: Zanichelli, 2007.
- KAMINSKIENE, Natalija. Application of interim measures in international arbitration: the lithuanian approach. *Jurisprudencija*. v. 119, n. 01. p. 243-260. Vilnius: Mykolas Romeris University, Março/2010.
- LA CHINA, Sergio. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, IV ed., Milão: Giuffrè, 2011.
- LCIA. *LCIA Arbitration Rules*, de 1 de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://www.lcia.org>> Acesso em 5 dez. 2013.
- LEE, João B. *Arbitragem comercial e internacional nos países do MERCOSUL*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- BRAGHETTA, Adriana. et al. Arbitragem e poder judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao judiciário brasileiro. *Cadernos Direito GV*. v. 6, n. 6. Novembro/2009.
- MAGALHÃES, José Carlos de. A tutela antecipada no processo arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, n. 4, p. 14-22, jan-mar de 2005.

MUNIZ, Joaquim *apud* BITTAR, Cássia. *No Senado, incentivo à cultura do não litígio: Reforma da Lei da Arbitragem e regulação da mediação de conflitos impulsionam soluções extrajudiciais no Brasil*. Tribuna do advogado: Dez/2013. Disponível em: <<http://www.oabrij.org.br/materia-tribuna-do-advogado/17970-No-Senado-incentivo-a--cultura-do-nao-litigio>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

PORTUGAL. *Lei n. 63/2011, de 14 de dezembro de 2011*. Aprova a Lei de Arbitragem Voluntária e altera o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.dre.pt>> Acesso em: 2 dez. 2013.

REINO UNIDO. *Arbitration Act 1996, de 17 de junho de 1996*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk>> Acesso em: 3 dez. 2013.

RODRIGUES, Marcelo A. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SALLA, Ricardo M. Tutela jurisdicional de urgência e arbitragem: perspectivas argentina e brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 38. p. 183-189. São Paulo: RT, Julho/2013.

SANTOS, Fernando S. M. Medidas de Urgência do Processo Arbitral. *Revista dos Tribunais*. Vol. 912. p. 327-357. São Paulo: Ed. RT, Outubro/2011.

STRENGER, Irineu. *Comentários à lei brasileira de arbitragem*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Ovídio A. B., *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar: (com análise das Leis nº 8.952/94 – antecipação da tutela, e 9.492/97 – protesto de títulos)*. 20 ed. São Paulo: Liv e Ed. Universitária de Direito, 2002.

UNCITRAL. *Lei modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional (com as alterações adotadas em 2006), de 11 de dezembro de 1985*. Tradução da Câmara Brasileira de Arbitragem. Disponível em: <<http://cbar.org.br>> Acesso em: 10 dez 2013.

WALD, Arnoldo. Sociedade Limitada. Sociedade Limitada. Necessidade de aprovação do quotista na transferência de quotas. Direito de bloqueio. Direito do sócio remanescente e de não subscrever o acordo de quotistas com o adquirente de quotas do outro sócio. Quebra da affectio societatis e conflito de interesses. Cabimento de medida cautelar preparatória perante o poder judiciário antes de instaurado o juízo arbitral. Foro competente. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 27. p. 141-162. São Paulo: RT/ 2005

WALD, Arnoldo. A reforma da lei de arbitragem. *Valor Econômico*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/3303116/reforma-da-lei-da-arbitragem>> Acesso em: 10 dez 2013.

# O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: COGITAÇÕES SOBRE OS PRINCIPAIS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA ESTRUTURA TÉCNICO-SISTEMÁTICA DO PROJETO APROVADO NO SENADO

THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: COGITATIONS  
ABOUT POSITIVE AND NEGATIVE ASPECTS IN  
THE TECHNICAL AND SYSTEMATIC STRUCTURE  
OF THE PROJECT APPROVED IN SENATE

---

Camilla Mattos Paolinelli<sup>1</sup>

## **Sumário**

introdução. 1. Aspectos Positivos: 1.1. A codificação ordinária de direitos, garantias processuais-fundamentais e princípios constitucionais. 1.2. Estrutura técnico-sistemática do projeto do novo Código de Processo Civil 2. Aspectos Negativos: 2.1. A ausência de técnica na redação e terminologia de alguns artigos. 2.2. A fatídica confusão entre técnica e formalismo e a busca de celeridade a qualquer custo. 2.3. A celeridade e a distorção da segurança jurídica. 2.4. O poder excessivo dos juízes. Considerações finais.

## **Summary**

Introduction. 1. Positive Aspects: 1.1. Fundamental rights, guarantees and constitutional principles. 1.2. Technical and systematic structure of the new Code of Civil Procedure 2. Negative Aspects: 2.1. The absence of technical terminology in some articles. 2.2. The fatidic confusion between formalism and technique and the problem of celerity. 2.3. The celerity and the distortion of legal certainty. 2.4. The excessive power of the judges. Final considerations.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG); graduada em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas.

### Resumo

A presente reflexão pretende destacar os principais aspectos positivos e negativos da estrutura técnica e sistemática do projeto de novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal em 15/12/2010 (PL 8.046/2010). A linha teórica adotada para análise dos conteúdos normativos do projeto é composta de uma associação entre as teorias estruturalista e constitucionalista do processo com balizamentos do *procedimentalismo habermasiano* (Escola Mineira de Processo). Procura-se destacar os principais ganhos técnicos e teóricos da nova sistematização, preocupada com a harmonização da lei processual com direitos e garantias fundamentais previstos na *Constituição Federal* de 1988 e com a efetividade de direitos. Analisam-se também os principais aspectos que são objeto de polêmica e crítica no novo texto, como a busca de celeridade a qualquer custo, a supervalorização do papel dos juízes, o incentivo à atividade criativa dos tribunais; o recurso a alternativas conciliatórias que limitam o diálogo entre as partes, a limitação de recursos – tudo isso no anseio de combate à morosidade dos processos; além das evidentes incoerências técnicas presentes em alguns dispositivos que ainda conservam caráter antidemocrático e autoritário em suas bases teóricas. Constata-se, por fim, que não obstante significativas melhoras, o texto aprovado ainda conserva concepções instrumentalistas de processo ligadas à teoria do processo como relação jurídica.

Palavras-chave: Projeto de novo Código de Processo Civil; Direitos e Garantias Fundamentais; Celeridade.

### Abstract

This paper intends to highlight the main positive and negative aspects of the technical structure and systematic design of the new Code of Civil Procedure approved by the Senate on 12/15/2010 (PL 8.046/2010). The line adopted for theoretical analysis of the normative content of the project consists of an association between the structuralist theories and constitutional process based on *Habermas's proceduralism* (*Escola Mineira de Processo*). It seeks to highlight the major gains of the new technical and theoretical systematization, concerned with the harmonization of procedural law with fundamental rights and guarantees provided in the Constitution and the effectiveness of the 1988 Federal rights. It also examines the main aspects that are subject of controversy and criticism in the new text, as the search for speed at any cost, the overvaluation of

the role of judges, encouraging the creative activity of the courts, the use of alternatives that limit conciliatory dialogue between the parties, limited resources, all in the desire to fight lengthy procedures; beyond the obvious technical inconsistencies present in some devices that still retain anti-democratic and authoritarian in its theoretical underpinnings. Finally, we state that despite significant improvements, the approved text still retains instrumentalist process conceptions related to the theory of the case as a legal relationship.

Keywords: The new Code of Civil Procedure's project; Fundamental rights and guarantees; Celerity.

## Introdução

O projeto de novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº 8.046/10 – anterior PLS 166/10) aprovado no Senado em 15/12/2010 nasceu com a pretensão de imprimir celeridade aos pronunciamentos decisórios da atividade jurisdicional – a fim de alcançar efetividade na realização de direitos –, bem como harmonizar o texto da lei processual civil com as garantias fundamentais elencadas pela *Constituição* de 1988.

A proposta da Comissão de Juristas<sup>2</sup> foi de criar um texto com coesão sistêmica que pudesse ser adequado e compatível com a noção contemporânea de processo como “metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais”<sup>3</sup>. Certamente a ideia foi de consagrar o processo, em uma perspectiva constitucional (como codependente de direitos fundamentais), que fosse capaz de superar as incongruências e distorções, bem como a ausência de coesão sistêmica causadas pelo excesso de “minirreformas” (ou reformas pontuais) ocorridas nos últimos anos no texto do Código de Processo Civil de 1973<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> A Comissão de Juristas, composta por onze integrantes de renome, foi instituída pelo ato nº 379, de 30/09/2009, assinado pelo Senador José Sarney. Em exíguo período de tempo, a referida Comissão elaborou o projeto do novo Código de Processo Civil que tramitou no Senado sob o PLS nº 166/2010. Aprovado em 15/12/2010 naquela Casa, após a realização de inúmeras audiências públicas para a discussão do texto inicial, o projeto passou à Câmara com nova numeração – PL 8.046/2010. Em setembro do corrente ano, o Deputado Federal Sérgio Barradas apresentou relatório geral do texto do projeto aprovado, propondo inúmeras alterações. A proposta de novo texto, contudo, ainda não foi aprovada. Está com previsão de votação na Câmara apenas para fevereiro/2013, motivo pelo qual ater-nos-emos, na presente reflexão, apenas aos conteúdos normativos do texto do projeto aprovado no Senado (PL 8.046/2010).

<sup>3</sup> (BRÉTAS, 2012, p. 84-95).

<sup>4</sup> Fato é que tais reformas, ao criarem uma verdadeira “colcha de retalhos” dentro da lei processual civil de 1973, passaram a exigir dos operadores do Direito um verdadeiro *esforço hermenêutico* para uma interpretação das regras ordinárias que fosse compatível com o Texto Constitucional. Vem justamente daí a necessidade de produção de um novo Código – bem estruturado do ponto

Além dos conteúdos normativos propostos terem tido ganhos teóricos significativos do ponto de vista constitucional, no tocante à técnica empregada na sistematização do texto também há evidentes avanços. A estrutura<sup>5</sup> do novo Código facilita a interpretação e compreensão dos dispositivos legais (que passam a obedecer a uma ordem lógica do geral para o particular), permitindo a aplicação destes balizada por princípios constitucionais, o que confere maior funcionalidade ao sistema.

É inegável, contudo, que devido à preocupação excessiva com o combate da morosidade dos processos, o projeto busque celeridade a qualquer custo. Mesmo que isso importe na supressão de direitos e garantias fundamentais. Portanto, ao mesmo tempo em que o texto proposto pretende se afinar à *Constituição*, constata-se que a concepção de processo nele prevista ainda prestigia a matriz teórica da relação jurídica e possui nítido viés instrumentalista. O texto aprovado continua a abordar abertamente concepções instrumentalistas e teleológicas do processo (na pretensão de realização de “escopos metajurídicos”<sup>6</sup>), fundadas no papel de excessivo destaque conferido à figura do magistrado de poderes desmedidos.

O presente trabalho pretende destacar os principais aspectos positivos e tecer crítica aos negativos na estrutura técnica e sistemática do projeto do novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal<sup>7</sup>. As vertentes metodológicas utilizadas no estudo serão a analítico-interpretativa e a jurídico-teórica. O marco teórico utilizado para reflexão e teorização é o da teoria constitucionalista do processo conjugada às concepções fazzalarianas do estruturalismo, com balizamentos no procedimentalismo habermasiano<sup>8</sup>.

---

de vista técnico e que seja coerente com a nova ordem democrática. O Código vigente, depois de tantas modificações, acabou perdendo grande parte de sua unidade lógico-sistemática, sendo conveniente a realização de uma grande reforma, que o reconstrua de forma consistente, sobre os princípios estruturantes do processo civil contemporâneo, restaurando a sistematicidade perdida.

<sup>5</sup> O texto aprovado no Senado mantém a mesma estrutura sistemática do projeto inicial apresentado pela Comissão de Juristas: Livro I (Arts. 1º a 292 – parte geral) regulamenta as normas gerais e princípios da ação e jurisdição; Livro II (292 a 729) regulamenta os processos cognitivos, dentro dos quais estão os especiais; Livro III (art. 730 a 881) trata do processo de execução; Livro IV (Arts. 882 a 998) sistematiza e regula os procedimentos nos Tribunais e impugnação das decisões judiciais (recursos); e, finalmente, o Livro V (Arts. 999 a 1008) trata das disposições finais e transitórias.

<sup>6</sup> (DINAMARCO, 1998).

<sup>7</sup> A problematização da reflexão parte do argumento de que o texto do projeto, ao invocar as pretensões de alcançar *efetividade máxima* na realização do direito material posto à apreciação do Estado-Juiz, apesar da intenção de prestígio ao modelo constitucional de processo, busca celeridade a qualquer custo, mesmo que isso implique na supressão de direitos e garantias fundamentais. Além disso, o texto ainda se articula com concepções instrumentalistas ligadas à ideia de processo como relação jurídica. (A respeito do princípio da *efetividade máxima*, ver: NOVELINO, M. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.)

<sup>8</sup> Esse amálgama constitui uma das vigas mestras das concepções sustentadas pela Escola Mineira de Processo. Fala-se aqui em *procedimentalismo habermasiano* a fim de justificar a noção de democracia centrada no diálogo dos destinatários (também autores) da norma (ação comunicativa) como justificativa de legitimidade do sistema por meio do consenso. Com a proposta de Habermas, o eixo de racionalidade sai da ontologia do sujeito cognoscente, centrando-se na

# 1 Os aspectos positivos

## 1.1 A codificação ordinária de direitos, garantias processuais fundamentais e princípios constitucionais

Uma das propostas do projeto do novo Código de Processo Civil a ser louvada é a intenção da harmonização do sistema de direito processual ordinário com as garantias processuais, direitos fundamentais e princípios previstos no Texto Constitucional de 1988.

Houve nítida preocupação da Comissão com a constitucionalização do processo, bem como com as conquistas teóricas do Estado Democrático de Direito, que implicam na compreensão de um processo como “metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais”<sup>9</sup>. Pretendeu a macrorreforma edificar um arcabouço normativo em perfeita sintonia com a princiologia constitucional do devido processo.

Essa intenção de “harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal”<sup>10</sup> fica evidente nos dispositivos inaugurais do projeto (Art. 1º a 12). Nesses, é louvável a preocupação com a aplicação dinâmica do contraditório<sup>11</sup> como garantia de participação e influência, bem como com a isonomia, além da fundamentação das decisões e a duração razoável do processo. A redefinição dos limites do contraditório com o compartilhamento argumentativo entre partes e juiz impede que o magistrado surpreenda as partes com argumentos decisórios não submetidos ao debate. Nesse sentido, destacam-se a redação dos artigos 5º e 10 do projeto – o primeiro consagra a chamada formação participada do mérito, garantindo às partes a possibilidade de participação efetiva (contraditório como garantia de influência) na construção do pronunciamento decisório, enquanto o segundo tem a pretensão de evitar as chamadas decisões-surpresa<sup>12</sup>.

---

argumentação compartilhada dos sujeitos do processo. (Nesse sentido: HABERMAS, J. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.)

<sup>9</sup> (BRÊTAS, 2012, p. 84-95).

<sup>10</sup> BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de Motivos. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28.nov. 12.

<sup>11</sup> A respeito da aplicação dinâmica do princípio do contraditório no novo CPC, ver: BARROS, F. de M. & NUNES, D. J. C. “As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras”, p. 15-53. In: BARROS, F. de M. & MORAIS, J. L. B. *Reforma do Processo Civil*: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 40-42.

<sup>12</sup> Consoante Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, decisão-surpresa é aquela “lastreada em tema fático ou jurídico suscitado de ofício pelo agente público decisor sem debate prévio com as partes contraditórias”. (“Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional”, p. 551-565. In: ROSSI, F. et al. *O futuro do processo civil no Brasil*: uma análise crítica do projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 554).

O art. 7º assegura às partes paridade de tratamento, em harmonia com o Direito Processual, à isonomia, princípio da igualdade (substancial), bem como a possibilidade de exercício da ampla defesa – corolários do devido processo. O dispositivo invoca a percepção de que o direito à ampla defesa (diretamente relacionado à produção da prova) é líquido e certo, podendo ser exercido mesmo que haja peculiaridades do caso que impeçam sua concretização<sup>13</sup>. A isonomia de tratamento também é prestigiada no Art. 12, eis que se estabelece o critério objetivo cronológico para julgamento de processos e recursos, evitando eventuais favorecimentos.

O art. 9º prestigia o exercício do contraditório de forma prévia, evitando eventuais prejuízos decorrentes de decisões proferidas sem efetiva participação das partes (e, assim, evita-se o risco de arbitrariedade a elas inerente). O Art. 11, por sua vez, consagra os princípios/garantias da fundamentação racional das decisões e publicidade dos julgamentos em perfeita consonância com Art. 93, IX da CRFB/1988.

O Art. 4º consagra o direito constitucional das partes à duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII da CRFB/1988), orientando (ainda que implicitamente) os juízes ao cumprimento dos tempos procedimentais previstos normativamente para cada ato. Por fim, o Art. 3º consagra o direito fundamental de acesso à jurisdição (Art. 5º, XXXV da CRFB/1988), em perfeita consonância com a linha teórica que conceitua a ação como espécie do gênero direito incondicionado e constitucional de petição<sup>14</sup>. Os artigos 2º e 121 invocam o princípio da inércia e a iniciativa da parte como corolários do processo.

Em que pesem os inegáveis avanços alcançados com a consagração de garantias e princípios constitucionais do devido processo na proposta aprovada do novo CPC, verifica-se que as conquistas ainda são incipientes. Trata-se apenas do início de uma longa caminhada. O que se buscou, na verdade, foi amarrar o texto da lei processual ao princípio da supremacia constitucional, garantindo a expansão<sup>15</sup> das garantias processuais fundamentalizadas pela Constituição ao novo texto proposto.

---

<sup>13</sup> Para se alcançar a isonomia e possibilitar o exercício da ampla defesa, justifica-se, por exemplo, a aplicação da regra da distribuição dinâmica do ônus da prova. Na intenção de corrigir uma desigualdade fática, redistribui-se os ônus de prova para aquele que tiver maiores condições de deles se desincumbir, prestigiando a igualdade substancial das partes e a concretização do direito fundamental à prova.

<sup>14</sup> Nesse sentido, ver: BRÊTAS, R. de C. D. & SOARES, C. H. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 93-106.

<sup>15</sup> A expressão, aqui, é utilizada no sentido de *expansividade* segundo Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (*I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 11).

Não houve detido interesse na alteração do papel do juiz, na atenuação de seus poderes ou na criação de conteúdos normativos que reduzissem o risco de ativismo e solipsismo judicial exacerbado<sup>16</sup>. Essa visão marcadamente teleológica e utilitarista<sup>17</sup> de processo, ligada às concepções instrumentalistas que comungam com uma posição onisciente do juiz, é incompatível com as pretensões de democracia. No Estado Democrático de Direito, o diálogo incessante confere legitimidade aos provimentos, e o juiz, no centro do sistema, não o permite. Infelizmente, essa concepção ainda está presente (e com grande força) no projeto do novo Código aprovado, conforme se verá.

## 1.2 Estrutura técnico-sistemática do projeto do novo código de processo civil

Segundo Paulo Nader, o sistema jurídico corresponde à “organização científica da matéria jurídica”, que deve obedecer uma metodologia de fontes, hierarquia e coerência lógica. “Não basta o conhecimento de teorias jurídicas, pois é indispensável que se faça do Direito um instrumento prático acessível ao conhecimento e em condições de ser aplicado no dia a dia<sup>18</sup>”. Para tanto, é necessário a construção de uma técnica como um “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados”, um conjunto “de procedimentos idôneos para a realização de finalidades<sup>19</sup>, de modo que “com os subsídios ofertados pela Ciência do Direito, o legislador desenvolva a técnica de redação e apresentação de projetos, dando praticidade à teoria jurídica<sup>20</sup>”.

Do ponto de vista da estrutura técnica do novo Código, o legislador brasileiro optou por seguir o sistema consagrado pelos principais códigos do

<sup>16</sup> A proposta de constitucionalização do processo na nova codificação não teve a pretensão de amarração lógica às cogitações fazzalarianas e da vertente constitucionalista (da Escola Mineira de Processo) que pretendem, por via da ressemantização e afastamento do conceito de direito subjetivo (que é base de sustentação da teoria do processo com relação jurídica), reduzir o papel do juiz ao de mero dialogador que exerce a atividade de realização do ordenamento jurídico e não deve se prestar à realização da justiça social ou econômica. Afinal, os *escopos metajurídicos* são preocupações do legislador – são pré-jurídicos –, e, como tal, já estão incorporados aos conteúdos normativos do sistema a partir do momento em que se legisla. Não deve o julgador, portanto, procurar por fins extrassistêmicos não contemplados pela lei ao decidir.

<sup>17</sup> Trata-se de uma visão teleológica de processo inaugurada no Brasil por Cândido Rangel Dinamarco, na qual o processo se prestaria a fins úteis. Seria o processo instrumento de concretização de uma “justiça social”, servindo à realização de fins sociais, econômicos, políticos e culturais, os chamados *escopos metajurídicos*. Às concepções ligadas a essa temática, atribui-se o qualificativo de *instrumentalistas* por descreverem o processo como instrumento da jurisdição a serviço de fins extrassistêmicos. A linha teórica da instrumentalidade pretende que o juiz, em sua decisão, proceda à correção prática dos erros perpetrados por outras esferas estatais, o que é incompatível com as diretrizes teóricas adotadas pela articulista.

<sup>18</sup> (NADER, 2004, p. 80).

<sup>19</sup> (GONÇALVES, 2012, p. 16).

<sup>20</sup> (NADER, 2004, p. 27).

mundo<sup>21</sup>, esboçando uma divisão do texto entre uma parte geral (formada pelo livro I) e uma espécie de “parte especial” (que contém os livros II, III, IV e V). Reuniu nos artigos 1º a 291 regras gerais e princípios constitucionais que são aplicáveis a todos os tipos de procedimento. Enquanto nos livros II, III, IV e V, o projeto tratou de normas especificamente aplicáveis aos processos de conhecimento (procedimentos comuns e especiais), execução, procedimentos nos Tribunais e meios de impugnação de decisões judiciais (recursos), e, por fim, das disposições finais e transitórias.

Salvo melhor juízo, o arcabouço estrutural proposto encontra-se bem articulado e detém coesão sistêmica, de modo que facilitará o manuseio pelo operador do direito das regras e princípios, o que dá maior racionalidade e funcionalidade ao sistema. A forma de estruturação do texto aprovado facilita a aplicação e interpretação das normas. E, nesse sentido, é possível dizer que o projeto de novo Código de Processo Civil apresenta uma proposta técnico-sistemática, do ponto de vista de sua estrutura, que é positiva e superior à atualmente vigente (Código de Processo Civil de 1973), ao corrigir as deficiências causadas pelo excesso de minirreformas dos últimos anos.

Dentro da nova estrutura proposta, podem ser destacados como principais pontos positivos: 1) A sistematização no Capítulo I, Título I do Livro I (parte geral) de “Princípios e Garantias Fundamentais do Processo Civil”, o que demonstra uma preocupação legislativa com a constitucionalização do processo civil e em se garantir a perfeita consonância deste com os direitos e garantias fundamentais consagrados pela CRFB de 1988<sup>22</sup>; 2) Eliminação do livro destinado ao processo cautelar e unificação do tratamento legal conferido dos institutos das cautelares e tutelas antecipatórias, reunindo-os sob o gênero *Tutelas de Urgência e de Evidência* (Título IX do Livro I), não obstante a conservação da natureza jurídica diversa dos provimentos (de cunho satisfativo, no primeiro caso; e preventivo/assecuratório/conservativo no segundo)<sup>23</sup>; 3) Criação do incidente

<sup>21</sup> Nesse sentido: Código de Processo Civil Alemão (ZPO – *Zivilprozessordnung*) e *Codice di procedura civile* (CPC Italiano).

<sup>22</sup> Nesse sentido, ver Relatório Geral do Deputado Federal Sérgio Barradas, p. 17. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>>. Acesso em 04.dez. 12.

<sup>23</sup> A despeito do projeto ainda conservar a tradicional divisão entre cautelares como medidas de natureza conservativa e tutelas antecipadas como provimentos antecipatórios do mérito (e, portanto, de natureza genuinamente satisfativa), a nova regulamentação propõe a unificação dos requisitos para concessão dos pleitos, exigindo em ambos os casos tão somente a demonstração de elementos que evidenciem a “plausibilidade do direito”, bem como o “risco de dano irreparável ou de difícil reparação”. A diferenciação procedimental entre as cautelares e as tutelas antecipatórias já não mais fazia sentido desde 2002, quando entrou em vigor o texto normativo do §7º do Art. 273 do CPC, que passou a permitir fungibilidade entre tutelas antecipadas e cautelares, possibilitando ao juiz conceder tutela cautelar quando o pleito for de tutela antecipada desde que provados os requisitos da primeira. Além disso, verificava-se que na prática, por vezes, medidas cautelares faziam as vias de pronunciamentos decisórios de natureza satisfativa, fato que não

de desconsideração da personalidade jurídica (Capítulo II, Título IV, Livro I), corrigindo os problemas causados pela ausência de previsão normativa de regras processuais que disciplinassem tal requerimento, e, finalmente, sedimentando a discussão quanto ao fato de que o requerimento é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e em processo de execução; 4) Acolhimento da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no Art. 358, o que permite suprir as deficiências causadas pela aplicação da regra estática de distribuição do ônus – e, em uma perspectiva situacionista –, permite atribuir os encargos de produção de determinada prova àquele que detiver melhores condições de produzi-la, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e peculiaridade do fato a ser provado, corrigindo eventuais problemas causados pela prova diabólica<sup>24</sup>; 5) Substituição da expressão

---

justificava a obrigatoriedade de ajuizamento de um processo principal no prazo decadencial de trinta dias. Aliás, várias cautelares já tinham em si essa característica, conforme destaca Ovídio Baptista, citando-se como exemplo as cautelares de atentado, alimentos provisionais, separação de corpos, cujas pretensões se confundem com os pedidos de mérito do processo principal. (SILVA, 2009). Em razão disso, o projeto optou pela sistematização dos provimentos de natureza cautelar e antecipatória por via de um único gênero, a saber, as *Tutelas de Urgência*, que têm como característica fundamental a eminência ou risco de dano irreparável que, por sua vez, justificam a antecipação de tempo procedimental com cognição sumária em um *iter* processual mais delgado, uma premissa para a via ordinária que, no entanto, não está livre das garantias fundamentais, dentre as quais o exercício efetivo do contraditório em simétrica paridade, ampla defesa como ampla argumentação, fundamentação das decisões e participação de um terceiro imparcial.

<sup>24</sup> Nesse aspecto, para aplicação correta do dispositivo, há que se convir que se torna essencial o fiel cumprimento do disposto no Art. 342 do projeto (fase de saneamento). Isso porque, antes de inverter o ônus da prova, o juiz deve decidir as questões processuais pendentes e delimitar os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova, especificando os meios admitidos de sua produção; e, somente se preenchidas as hipóteses legais, distribuir dinamicamente o ônus da prova acerca de determinado fato. Só nessa fase a parte poderá ter a oportunidade de efetivamente se desincumbir do ônus que recebeu, além de ter ciência do real alcance de sua tarefa probatória. Ao acolher a teoria da carga dinâmica, o projeto prestigia os princípios da cooperação e da isonomia, bem como intenciona a formação participada do mérito, eis que permite a ambas as partes produzirem prova de acordo com os instrumentos que têm à sua disposição no caso concreto, contribuindo, assim, para que ambas possam efetivamente influir na construção do pronunciamento decisório. Além disso, a regra da distribuição dinâmica do ônus pretende atenuar os poderes instrutórios do juiz, eis que determinadas condições objetivamente previstas na lei deverão ser observadas para a aplicação da inversão, limitando o grau de subjetividade do julgador. Aqui, aliás, cumpre destacar que tal aspecto infelizmente não se encontra bem delineado na redação do Art. 358. É que, além do referido artigo não prever as situações objetivas e específicas nas quais a distribuição dinâmica deve ser aplicada, a regra também não é colocada como dever do magistrado quando as hipóteses que a justificam ocorrem. A redação do modo como está torna a regra dinâmica uma faculdade do magistrado, que pode ser aplicada ao seu bel prazer. Nesse ponto, o dispositivo é verdadeiramente problemático porque a regra, ao invés de valorizar o diálogo democrático paritário, possibilitando a efetiva participação das partes na produção da prova, pode ter efeito reverso. Enquanto faculdade, a previsão da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova dá excessiva margem à discricionariedade do juiz (cujo limite divisório, na prática forense, infelizmente é muito tênue da arbitrariedade). Assim, sugerir-se-ia aqui o acréscimo de um novo parágrafo ao Art. 358, contendo a previsão de todas as situações objetivas que justificam a aplicação da regra da distribuição dinâmica de modo a atenuar a margem de discricionariedade do magistrado. Mais a respeito da nova dinâmica de distribuição do ônus da prova no projeto do novo CPC, ver: CAMBI, E. “Prova – Nova Dinâmica

“Jurisdição Voluntária” por, no Capítulo X, Título III, Livro II, “Procedimentos não contenciosos”, prestigiando o entendimento de que a Jurisdição constitui-se como atividade de realização do ordenamento jurídico ou como atividade prestada pelo Estado em reação ao ilícito; 6) Extinção do procedimento monitório (“ação monitória”) que, no Brasil, não tinha a menor razão de ser devido ao extenso rol de títulos executivos previstos pelo CPC/1973 – fato que fez com que o recurso àquele procedimento ocorresse apenas para o alcance de uma única pretensão – a de satisfação de obrigação constante em título prescrito<sup>25</sup>; 7) Concentração de toda matéria de defesa na contestação (Art. 325), inclusive com a possibilidade de formulação de pedido contraposto (Art. 326). Há outros inúmeros avanços que, aqui, infelizmente, não se pode ter a pretensão de analisar devido à brevidade da reflexão. Por tudo o que se expôs, constata-se que houve avanços significativos na proposta do texto aprovado. Contudo, problemas ainda são evidentes, conforme delinear-se-á a seguir.

## 2 Os aspectos negativos

### 2.1 A ausência de técnica na redação e terminologia de alguns artigos

Muito embora no tocante à estrutura o projeto esteja bem articulado, conforme adverte Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias há, “graves deficiências técnicas na redação de alguns dos seus conteúdos normativos”, bem como “gritantes propriedades terminológicas<sup>26</sup>”. Discorrendo sobre o assunto, no mesmo ensaio Brêtas alerta, por exemplo, a respeito da incongruência presente no Título III do Livro II do projeto aprovado – que trata dos procedimentos especiais, reeleitos como espécie de processos de conhecimento.

Pois bem. O termo “procedimentos” utilizado no texto está adequado à concepção fazzalariana de “procedimento como conjunto de atos dentro de uma estrutura normativa em que o primeiro é sempre pressuposto do ato consequente e este como co-extensão do ato antecedente, e assim sucessivamente até o

---

de Distribuição dos Ônus”, p. 675-679 In: ROSSI, F. *et al.* *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>25</sup> Nesse sentido, pergunta-se: que razão haveria para a manutenção de um procedimento específico para satisfazer a uma só pretensão que não tem qualquer peculiaridade relevante que justifique a especialização procedimental? Isso sem mencionar que na maioria dos procedimentos monitórios, o mandado de pronto pagamento não é atendido e, diante da apresentação de defesa por parte do réu, o procedimento se converte em ordinário. Assim, correto esteve o projeto de novo CPC na eliminação do instituto.

<sup>26</sup> (BRÊTAS, 2011, p. 553).

provimento final”<sup>27</sup>. Todavia, a utilização adequada da expressão fica restrita ao Título. Curiosamente, ao individualizar os Capítulos do Livro II, o texto aprovado utiliza a palavra “ações” (ação de consignação em pagamento, ação de prestação de contas). Há, nesse caso, uma nítida confusão entre os conceitos de ação (direito constitucional de petição<sup>28</sup>) e procedimento. Se a expressão foi corretamente empregada no Título, o mesmo não ocorreu nos Capítulos, que também deveriam utilizá-la, eis que a especialização necessária pela particularidade da pretensão da parte ocorre com o procedimento pelo qual a demanda se desenvolve, e não com a ação.

Adverte ainda Brêtas que o mesmo problema ocorre no Art. 228 do projeto que prevê o chamado procedimento edital a ser utilizado nas “ações de usucapião”, “ações de recuperação ou substituição de título ao portador”, etc. Nesse caso, também faz-se presente a incoerência teórica, já que o que define o procedimento não é a ação, e sim a pretensão<sup>29</sup> da parte. A mesma confusão entre ação e pretensão está presente também nos artigos 331 e 335 do projeto. Ora, ao réu não cabe contestar a “ação” do autor, mas a pretensão posta em juízo. Até por conceitos carneluttianos, verifica-se que o que ainda permanece no direito brasileiro é o conceito de contestação como pretensão resistida. Se assim o é, cabe ao réu contestar o pedido do autor (nesse sentido: artigos 280, 281 e 317, I), e não a “ação”.

Há outros inúmeros problemas técnicos no tocante à redação de dispositivos, conforme conclui Brêtas, como a simplicidade técnica dos dispositivos (Arts. 865 e 1007), que preveem a hipótese de concurso universal de credores quando algum deles alegar insolvência do devedor, sem regras específicas que regulamentem a execução contra credor insolvente, tal qual existe no Código vigente. Enfim, infelizmente não se é capaz de esgotar aqui a análise dos dispositivos defeituosos encontrados no projeto, dando-se ao leitor apenas uma visão genérica dos principais problemas enfrentados.

<sup>27</sup> (LEAL, 2011, p. 246).

<sup>28</sup> (BRÊTAS & SOARES, 2010, p. 93-106).

<sup>29</sup> A respeito da diferença entre a pretensão de direito material e a ação como direito constitucional, ver: BRÊTAS, R. de C. D. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 75-84. Salienta-se que, ao resgatar essas concepções de ação e pretensão, lastreado em Eduardo Couture e Windscheid, Ronaldo Brêtas, para conceituar pretensão, faz uma analogia com Pontes de Miranda e sua teoria da “Imagem Figurativa dos Mundos do Direito”, na qual o mundo um seria o mundo dos fatos; no dois estaria presente o direito material e no mundo três se localizaria o processo. A pretensão estaria localizada entre os mundos dois e três, já que é pré-processual, nascendo da violação de um direito material que faz surgir o pleito de reparação (ou restauração da ordem jurídica violada).

## 2.2 A fatídica confusão entre técnica e formalismo<sup>30</sup> e a busca de celeridade a qualquer custo

O texto do projeto de novo Código de Processo Civil, conforme já dito, torna evidente a preocupação do legislador em acelerar o trâmite procedimental das demandas, o que se justifica pela afirmação, constante de sua Exposição de Motivos, de que a “ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça<sup>31</sup>”. O tempo do processo é visto como inimigo da tutela efetiva.

Constata-se, contudo, que essa preocupação não está ligada à *noção de tempo procedimental adequado*, com a garantia de observância da legalidade e da racionalidade prática da movimentação processual<sup>32</sup>. Persiste no texto do projeto uma compreensão distorcida da razoável duração do processo<sup>33</sup> ligada a concepções instrumentalistas da técnica, no sentido de que esta, enquanto formalismo excessivo, seria inconciliável com as garantias processuais fundamentais do devido processo.

Fala-se, aqui, em técnica na mesma visão de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem a técnica está intimamente relacionada “às exigências formais ao desenvolvimento do processo”. Trata-se de “um empecilho à realização dos direitos”<sup>34</sup>. Essa perspectiva utilitarista da técnica advém do entendimento de

<sup>30</sup> A crítica aqui tecida é confirmada pela passagem do relatório parcial do projeto do novo CPC aprovado no Senado, apresentado pelo Deputado Federal Hugo Leal, no qual afirma: “[...] o novo Código de Processo Civil apresenta várias inovações, todas pautadas em reivindicações da comunidade jurídica em geral e norteadas pela necessidade de deixar de lado o exagerado culto às formalidades em prol de uma prestação jurisdicional rápida e eficaz, capaz de concretizar o ideal de pleno acesso à Justiça, garantido constitucionalmente. Saliente-se que o Projeto, ainda que preconize uma nova sistematização, não perde de vista o caráter essencialmente instrumental do Direito Processual, cujas regras devem voltar-se para a concretização do direito substancial, que verdadeiramente importa àquele que recorre ao Poder Judiciário [...] justiça tardia não é justiça.” (BRASIL. “Relatório Parcial do Projeto de Lei 8.046/10 (Livros VI e V)”. Relator: Deputado Federal Hugo Leal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/dep.-hugo-leal-novo-atualizacoes>>. Acesso em: 04.dez. 12.

<sup>31</sup> BRASIL. “Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de motivos”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28.nov. 12.

<sup>32</sup> (BRÊTAS, 2012, p. 161-172).

<sup>33</sup> Em sentido diverso, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que a duração razoável do processo deve ser compreendida como garantia de um processo sem dilações indevidas, buscando-se evitar as chamadas “etapas mortas”, que se constituem em longos tempos de completa inatividade procedimental. Explica o autor que o que deve ser combatida é a demora exagerada ou excessivamente longa da atividade jurisdicional a fim de que as partes recebam um pronunciamento decisório conclusivo em tempo razoável. Defende, para tanto, a existência de um “tempo procedimental adequado, a fim de que possam ser efetivados os devidos acertamentos das relações [...], sob reconstrução cognitiva do caso concreto, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, não havendo outro substitutivo racional e democrático de fazê-lo”. (*Idem*, 2012, p.162-165.).

<sup>34</sup> Para Bedaque, a prática da tutela somente produzirá resultados desejados “se a técnica não constituir óbice a que o resultado desta se produza”, já que na pretensão da interpretação “do sistema vigente por uma visão instrumentalista, deve-se buscar revelar o verdadeiro sentido da forma e da técnica processual”. É “necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar as ga-

que o processo é instrumento de pacificação social e, por isso, deve desconsiderar formalismos inúteis que em nada contribuem para que o processo se constitua “um instrumento eficiente de realização de um direito material.”<sup>35</sup>

Adotando essa visão na pretensão de empreender velocidade aos provimentos jurisdicionais, como *garantia de “justiça”* e efetividade tipicamente instrumentalista em detrimento da *técnica como formalismo*, o projeto do novo Código de Processo Civil busca alavancar soluções que privilegiam a instrumentalidade técnica<sup>36</sup> (instrumentalista) do “protagonismo judicial como mecanismo para aplicação do direito com base em valores uniformemente compartilhados pela sociedade<sup>37</sup>”. Celeridade e efetividade devem caminhar de mãos dadas e serem *garantidas* pelo juiz, segundo o projeto.

Todavia, o que se vê é que no texto, em muitos dispositivos, essa fatídica celeridade é perseguida a qualquer custo, em um verdadeiro afã por efetividade, como se esta dependesse somente da velocidade dos pronunciamentos decisórios. A celeridade é buscada por meio de uma verdadeira amputação de garantias processuais fundamentais, como a construção participada dos provimentos, o contraditório como garantia de influência, o direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição.

A fim de concretizar esse objetivo, o projeto concentra forças nas alternativas conciliatórias. Para tanto, prevê a criação de setores “de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição” pelos Tribunais (Art. 144), devendo esse tipo de solução ser estimulada por magistrados, Ministério Público, defensoria pública e advogados, inclusive no curso dos processos judiciais (Art. 145). No procedimento comum (adotado como regra geral do projeto – Art. 292 – *procedimento único e bifásico*<sup>38</sup>), torna-se obrigatória a audiência de conciliação, realizada antes mesmo da defesa (Art. 323), devendo constar desde já do mandado citatório (Art. 219, IV), a intimação do réu para comparecimento naquela com acompanhamento de advogado.

---

rantias inerentes à segurança jurídica, a fim de evitar que o tempo deteriore a utilidade prática da tutela”. (*Idem*, 2010, p. 76-92).

<sup>35</sup> (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 181).

<sup>36</sup> Em sentido completamente diverso, Aroldo Plínio defende que a instrumentalidade técnica “[...] como atividade regida por uma específica estrutura normativa que prevê a participação dos destinatários do provimento” garante um processo que “[...] se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, como garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão seus efeitos”. (GONÇALVES, 2012, p. 171 e 165).

<sup>37</sup> (BARROS & NUNES, 2010, p. 20).

<sup>38</sup> Mais a respeito, veja o tópico número cinco (p. 128-129) do artigo “Considerações sobre o Relatório do Novo Código de Processo Civil”, escrito pelo Professor Carlos Henrique Soares e publicado pela *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, nº 65 de maio/jun de 2010.

A intenção parece boa não fosse o objetivo claro de sepultar o conflito a qualquer custo. O problema no Brasil, conforme adverte Carlos Henrique Soares, é que a conciliação não é uma opção da parte, mas “uma opção de cima para baixo”, forçada “por argumentos autoritários e que importam”, demasiadas vezes, “em renúncia de direitos<sup>39</sup>”. Em razão disso, a dimensão democrática do diálogo e construção participada da solução do conflito, inerente ao processo com vieses constitucionais, é completamente mitigada na medida em que as partes são literalmente forçadas ao “acordo”, temerosas de que a decisão, ao final, possa lhes ser ainda mais desfavorável. Amputa-se, com a proposta, a dimensão do contraditório paritário como garantia de influência e a construção participada do provimento<sup>40</sup>.

Outra proposta que busca empreender celeridade aos provimentos é a redução do número de recursos e limitação do efeito suspensivo deles.

No tocante ao efeito suspensivo, somente poderá ser concedido se o Tribunal entender pela presença de “relevante fundamentação, e houver risco de dano grave ou difícil reparação” (§ 1º do Art. 949). Tal efeito é eliminado até mesmo do recurso de apelação, ressalvada novamente hipótese de concessão pelo Tribunal nos termos do § 1º do Art. 949, – caso em que a execução imediata é obstada (Art. 968). Nesse aspecto, vários inconvenientes podem ser levantados. Conforme adverte Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o projeto não indica claramente quais os casos em que a apelação deve ser recebida no efeito suspensivo e essa ausência de parâmetro normativo dá margem à subjetividade do relator. Além disso, não há no texto do projeto previsão para o processamento do pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso (Art. 949, §§ 1º e 2º) ou previsão de garantia do contraditório, o que só aumentará o trabalho dos relatores, “gerando confusão e insegurança, situações que não se conciliam com a ideia de processo<sup>41</sup>”. Essa situação, aliás, agrava-se pelo fato de o projeto também prever que o juízo de admissibilidade da apelação somente competirá ao relator do recurso (Art. 969). A situação, ao invés de prestigiar a malsinada celeridade, pode contribuir para o seu comprometimento, eis que podem ser encaminhados

---

<sup>39</sup> (SOARES, 2010, p. 128-129).

<sup>40</sup> Além disso, não se acredita que o Judiciário será capaz de estruturalmente se organizar para atender a todas as demandas, de forma a comportar realização de audiências de conciliação em todos os processos. Ora, se na prática hodiernamente já se vê a conversão de ações propostas pelo procedimento sumário em ordinário pelo simples fato de não haver pauta disponível para a realização de audiências de conciliação, que dirá quando o novo texto entrar em vigor, impondo a realização destas em todas as demandas de procedimento comum? É evidente que o Judiciário brasileiro não detém de infraestrutura suficiente para comportar e concretizar a proposta.

<sup>41</sup> (BRÊTAS, 2011, p. 559-560).

ao Tribunal recursos manifestamente inadmissíveis por intempestivos ou desertos, o que não possui nenhuma razão de ser<sup>42</sup>.

O projeto também eliminou o recurso de embargos infringentes, o que é, quando menos, discutível. Primeiramente, há que se convir que não existem quaisquer dados estatísticos que comprovem que é o referido recurso causa de morosidade da atividade jurisdicional. Pelo contrário, conforme adverte Antônio Cláudio da Costa Machado, os embargos infringentes representam uma importante ferramenta de aprimoramento das decisões de segundo grau, buscando perfeita consonância com o ordenamento jurídico<sup>43</sup>. Ao que parece, o projeto propõe a eliminação do aludido recurso tão somente porque atualmente ele inexistente em outros ordenamentos. Não há motivos razoáveis, portanto, que justifiquem a eliminação dos embargos infringentes.

Também foi eliminado o recurso de agravo retido. Em razão disso, a fim de evitar cerceamento de defesa das partes, abandonou-se o regime de preclusão das decisões interlocutórias que, por sua vez, poderão ser impugnadas em sede de preliminar de apelação (parágrafo único do Art. 963), ressalvadas as hipóteses de possibilidade de interposição de agravo de instrumento.

No tocante a este último, inicialmente (no anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas) havia sido reduzido a quatro hipóteses. No entanto, após a realização de inúmeras audiências públicas e recebimento de severas críticas quanto à possibilidade de cerceamento de defesa, o recurso a mandado de segurança e ainda maior delonga na atividade jurisdicional caso viesse a ser constatada nulidade somente em sede de julgamento de apelação, o projeto aprovado no Senado ampliou as hipóteses para o número de quatorze (dez nos incisos do Art. 969 e quatro em seu parágrafo único). Verifica-se que o texto aprovado melhorou de forma significativa ao englobar um maior número de situações nas quais se reconhece que há suscetibilidade de lesão ou dano grave à parte e que, por tal motivo, justifica-se a possibilidade de manifestação imediata de recurso. Todavia, salvo melhor juízo, ainda persistem algumas situações que podem gerar grave risco de dano à parte (além de risco à celeridade) e que não foram contempladas pelo projeto como suscetíveis de recurso ao agravo de instrumento<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> (*Idem In*: BARROS & MORAIS, 2010, p. 105-106).

<sup>43</sup> (*Ibid idem*, “95 teses contra o Novo CPC”. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/?p=1192>>. Acesso em: 21.nov. 12, tese 54. O professor adverte, no mesmo ensaio, que a única estatística que se tem conhecimento a respeito do recurso de embargos infringentes é a “de Athos Gusmão Carneiro, no Rio Grande do Sul, que mostra que os embargos ocorrem em apenas 2% das causas, mas que em 50% delas o recurso é provido, o que revela, pelo contrário, a conveniência da sua manutenção”.

<sup>44</sup> Exemplo disso é o caso de aplicação da regra dinâmica de distribuição do ônus da prova, prevista no Art. 358 do projeto. Apesar de haver previsão no referido dispositivo para que seja observado

Não se tem qualquer certeza do efeito prático da proposta de diminuição de recursos. A princípio, teme-se que a limitação das hipóteses de agravo de instrumento leve ao recurso indiscriminado a soluções alternativas<sup>45</sup>. O mandado de segurança, por exemplo, pode vir a ser utilizado quando a parte que se vir em perigo iminente de dano e que entenda ter direito líquido e certo a determinada proteção, não tiver situação jurídica contemplada como suscetível de recurso no novo CPC.

### 2.3 A celeridade e a distorção da segurança jurídica

Outro exemplo da busca da celeridade a qualquer custo é a proposta de criação do incidente de demandas de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 930 e seguintes do projeto. O referido incidente, nos termos do artigo 933 do projeto será julgado pelo Pleno ou Órgão Especial (onde houver) dos Tribunais de Justiça dos Estados e instaurado por requerimento das partes, Ministério Público, Defensoria Pública (por petição), juiz ou relator (por ofício) (§1º do Art. 930) toda vez que a controvérsia tiver “potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes” (Art. 930, *caput*). Admitido o citado incidente, haverá suspensão dos processos individuais que versem a mesma matéria (Art. 298, IV), e, uma vez julgado o incidente, terá o seguinte efeito: 1) “a tese jurídica fixada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal” (Art. 938)<sup>46</sup>.

---

o contraditório e para que a regra seja aplicada em momento procedimental que dê oportunidade à parte quanto à possibilidade de desempenho adequado do ônus, suponha-se que aquele que recebeu o ônus não possui condições de dele se desincumbir. Pois bem. No momento em que a decisão interlocutória que afetou àquele foi proferida, infelizmente este não poderá recorrer. Acabará, por certo, vindo a sucumbir na demanda em razão de não ter logrado êxito em provar aquilo que lhe competia. Ao recorrer por meio de apelação, o prejudicado alegará em preliminar que houve, inadequadamente, inversão do ônus da prova, e que por isso seu adversário que era quem, de fato, tinha condições de produzir a prova, não a produziu (já que não corria riscos ao não fazê-lo). Nessa hipótese, o Tribunal, dando razão ao recorrente, será obrigado a cassar a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo *a quo* para que se restabeleça a fase instrutória e se dê novamente às partes a oportunidade de produzir provas de acordo com a nova regra de ônus aplicada ao caso. Portanto, defende-se aqui que também deveria ser incluída essa situação entre as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento.

<sup>45</sup> Advertem Flaviane Barros e Dierle Nunes que “toda vez que o legislador aniquila um meio legal de impugnação das decisões (recurso) faz surgir em seu lugar em sucedâneo recursal, ou seja, ‘mata-se’ o recurso e cria-se outra técnica de (mais complexa e polêmica) para o cidadão, profissionais e Tribunais.” (*Ibid idem*, 2010, p. 41).

<sup>46</sup> Ademais, servirá a decisão padronizada de base para a concessão de tutelas de evidência quando versarem a mesma matéria, cuja tese foi firmada na decisão do incidente (Art. 278, IV); 3) demandas fundadas em entendimento contrário à decisão do incidente serão julgadas liminarmente improcedentes (Art. 307, inciso

O referido incidente segue a lógica do art. 285-A do CPC/1973, pretendendo sepultar os conflitos individuais em demandas cuja matéria repetitiva tenha decisão consolidada nos Tribunais. Aliás, é essa a intenção de todo o projeto. Em uma inversão de lógica da segurança jurídica<sup>47</sup>, pauta-se na ideia de que a uniformização de jurisprudência, bem como sua estabilidade (Art. 882) emprenderiam celeridade aos processos, diminuindo o trabalho dos juízes de primeiro grau e concretizando “plenamente os princípios da legalidade e da isonomia<sup>48</sup>” ao evitar decisões conflitantes em situações idênticas, dando tranquilidade aos jurisdicionados.

Fala-se em inversão da lógica da segurança jurídica porque, salvo melhor juízo, em um Estado Democrático de Direito, “a busca da segurança jurídica deve ser analisada pela possibilidade de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões<sup>49</sup>”, e não na interpretação consolidada dos Tribunais como intérpretes privilegiados da legislação. A segurança jurídica deve ser proporcionada pelo ordenamento jurídico (conjunto de regras e princípios), e não pela interpretação que é dada pelos Tribunais a determinadas situações que entendem ser importantes a tal ponto de merecerem uma decisão em um ou em outro sentido.

Ao impor necessariamente um entendimento fixado em sede de julgamento de incidente de demanda repetitiva a determinado processo individual, o projeto de novo Código de Processo Civil agride a legitimidade democrática do provimento na medida em que as partes são destituídas do direito de dele participarem e efetivamente contribuírem, bem como influírem em sua formação. As peculiaridades do caso concreto são simplesmente desconsideradas, imposta uma cognição sumaríssima para “amoldamento” de uma decisão com caráter de norma que foi entendida como “a mais correta” para uma série de casos idênticos. Pratica-se “o dogma da compulsoriedade e padronização das decisões em nome da celeridade e da efetividade do processo sem mesmo saber qual o processo se adota entre as múltiplas teorias que encaminham a construção de um Sistema Jurídico-Democrático<sup>50</sup>”.

---

III); 4) a decisão do incidente fundamentará pedido de reclamação constitucional (Art. 941 e Art. 942, IV) quando a decisão nas demandas individuais a contrariar.

<sup>47</sup> Mais a respeito do tema, ver: GRESTA, R. M. “Segurança Jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil”. Artigo publicado nos Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ecca5b6365d9607>>. Acesso em: 20.nov. 12.

<sup>48</sup> BRASIL. “Anteprojecto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de Motivos”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em: 28.nov. 12.

<sup>49</sup> (SOARES, 2010, p. 125).

<sup>50</sup> Mais a respeito do tema, ver: LEAL, R. P. “O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC”, p. 185-190. In: CASTRO, J. A. L. & FREITAS, S. H. Z. *Direito Processual: estudo democrático da processualidade*

E daí porque se entende que, a pretexto de empreender celeridade aos processos na busca insistente por efetivação do direito material tanto na imposição de conciliação como nos incidentes de uniformização de jurisprudência, o projeto de novo Código de Processo Civil não se concilia à concepção democrática de processo.

## 2.4 O poder excessivo dos juízes

Conforme já dito, há questões polêmicas trazidas pelo projeto de novo Código que ampliam em demasia o poder dos magistrados. Os artigos 270 e 277, por exemplo, permitem a concessão de tutelas de urgência de ofício pelo juiz mesmo sem pedido da parte. É inegável que os referidos conteúdos normativos ampliam em demasia geral de cautela do magistrado – temática que, acredita-se, viola o princípio de inércia, da imparcialidade e transforma um juiz em um verdadeiro *tutor* da parte hipossuficiente e desprotegida que carece de ajuda/suporte de um *ser* que tem a capacidade mágica de fazer *justiça* para realizar *escopos metajurídicos*<sup>51</sup> através do processo (figura típica de um “socialismo processual” radical<sup>52</sup>, desmedido e antidemocrático).

A decisão por equidade, por sua vez, prevista pelo art. 120 do projeto também merece críticas nesse sentido, já que permite a atividade criativa do magistrado que pode se utilizar desse critério altamente subjetivo para decidir “flexibilizando” o direito positivo. Os artigos 118, inciso V e § 1º do art. 151 do projeto, que permitem ao juiz dilatar prazos e alterar os meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, também trazem riscos à segurança jurídica das partes. Diante da ausência de definição de critérios objetivos para a aplicação da regra, o dispositivo dá margem à excessiva discricionariedade do juiz. Mesma situação, aliás, que também pode ocorrer com o dispositivo do art. 358. Caso não sejam definidas objetivamente as hipóteses de aplicação da regra, o juiz pode vir a redistribuir os ônus quando bem entender.

O art. 119 do projeto, por conseguinte (a exemplo do previsto no art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro), permite ao juiz decidir por analogia ou por costume o que, salvo melhor juízo, também viola o princípio da reserva legal. A atividade criativa do juiz por puro bom senso e sem quaisquer

---

jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 186.

<sup>51</sup> (DINAMARCO, 1998).

<sup>52</sup> A respeito da noção, origem e repercussões do *socialismo processual*, ver: NUNES, D. J. C. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. ed. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 130-140.

balizamentos teóricos torna-se um risco inerente e evidente no sistema proposto<sup>53</sup>. Marco mor da valorização da jurisprudência, por fim, é a criação do incidente de demandas repetitivas, já acima tratado, que permite uma verdadeira “padronização decisória, negligenciando as garantias processuais do modelo constitucional de processo”<sup>54</sup>. Enfim, há uma série de conteúdos normativos que aqui poderiam ser apontados como componentes da linha teórica de supervalorização do papel dos juízes e aceleração da decisão *secundum conscientiam*.

Contudo, devido à brevidade da reflexão, optou-se por destacar, neste ponto, apenas os principais (supracitados), que entregam aos juízes “o privilégio da livre interpretação do direito escrito e a atribuição de produção do direito na hipótese de ausência de normas<sup>55</sup>”, violando a segurança jurídica das partes, reserva legal, bem como a possibilidade de que estas sejam coautoras dos pronunciamentos que lhes digam respeito.

## Considerações finais

A presente reflexão pretendeu dar destaque aos principais aspectos positivos e negativos presentes na estrutura técnico-sistemática do projeto do novo Código de Processo Civil, aprovado no Senado em 15/12/2010. Durante o estudo, procurou-se deixar claro que no Estado Democrático de Direito o processo é uma garantia constitucionalizada e codependente de direitos fundamentais, que não pode ser confundida com um entrave, um formalismo desnecessário à realização do direito material.

Na construção do Estado Democrático Brasileiro, o papel do processo de promover a participação dos interessados (entendidos ao mesmo tempo como destinatários e construtores normativos) deve ser sobrelevado para a efetiva concretização dos direitos fundamentais garantidos em Constituição. Pela análise do texto do projeto, percebeu-se que essa foi uma de suas pretensões. E isso pode ser percebido particularmente nos artigos que tocam às garantias fundamentais e princípios constitucionais, que são corolário do devido processo e que trarão, sem sombra de dúvidas, significativos avanços, ganhos teóricos e práticos ao sistema. Destacou-se também que estrutura sistemática do projeto é outro ponto que rende elogios. A organização do texto e boa divisão dos Livros, Capítulos e Sessões que têm como ponto de autorreferencialidade a parte geral (livro I), dão

<sup>53</sup> Mais a respeito do tema, ver: LEAL, R. P. “O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC”, p.185-190 *In*: CASTRO, J. A. L. & FREITAS, S. H. Z. *Direito Processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.

<sup>54</sup> (BARROS; NUNES, 2010, p. 47).

<sup>55</sup> (LEAL, 2012, p. 185).

maior funcionalidade aos conteúdos normativos, bem como lógica à aplicação e interpretação das normas no sistema.

Verificou-se, contudo, que ainda permanecem no projeto aprovado inegáveis concepções instrumentalistas tanto ligadas a uma compreensão equivocada de técnica como excesso de formalismo (justificando-se sua eliminação em busca da celeridade), como voltadas à supervalorização do papel ativo do juiz com dispositivos que possibilitam e/ou fortalecem a jurisprudência criativa e o ativismo judicial, reduzindo a dimensão de diálogo das partes. Ainda estão inegavelmente presentes no projeto do novo Código de Processo Civil concepções teleológicas de processo que podem ser facilmente ligadas à ideia de processo como relação jurídica. O processo ainda continua a ser, com alguns ganhos da constitucionalização no projeto do novo Código, instrumento da Jurisdição.

## Referências

ANDOLINA, Í. & VIGNERA, G. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ARRUDA ALVIM. “Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 194, nov. 2011, p. 300-318.

BARACHO, J. A. de O. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984.

BARBOSA, A. C. “Direito em Expectativa: as tutelas de urgência e evidência no Projeto de Novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo, nº 194, nov. 2011, p. 243-263.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “Por um processo socialmente efetivo”. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 27, nº 105, jan./mar. 2002, p. 183-190.

BARROS, F. de M & NUNES, D. J. C. “As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras”, p. 15-53 *In*: BARROS, F. de M. & MORAIS, J. L. B. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BEDAQUE, J. R. dos S. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. “Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil”. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28.nov. 12.

\_\_\_\_\_. “Projeto de Lei nº 8.046/2010”. Aprovado pelo Senado Federal em 15/12/2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30.set. 11.

\_\_\_\_\_. “Relatório Geral do Projeto de Lei nº 8.046/10”. Relator: Deputado Federal Sérgio Barradas. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>>. Acesso em: 04.dez. 12.

\_\_\_\_\_. “Relatório Parcial do Projeto de Lei nº 8.046/10 (Livros VI e V)”. Relator: Deputado Federal Hugo Leal. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/>>

comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/dep.-hugo-leal-novo-atualizacoes>. Acesso em: 04.dez.2012.

BRÊTAS, R. de C. D. “Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil”, p. 99-117 *In*: BARROS, F. de M. & MORAIS, J. L. B. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. & SOARES, C. H. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. “Primeira proposta de modificações no texto do PL nº 8.046/2010 – Novo Código de Processo Civil, encaminhada ao Deputado Federal Paulo Abi-Ackel (PSDB/MG)”. Belo Horizonte, 19/09/2011.

\_\_\_\_\_. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

\_\_\_\_\_. “Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional”, p. 551-565 *In*: ROSSI, F. *et al. O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CAMBI, E. “Prova – Nova Dinâmica de Distribuição dos Ônus”, p. 675-679. *In*: ROSSI, F. *et al. O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARDOSO, H. A. & PORTO, S. M. “ABC do Projeto do Novo CPC”. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas, v. 11, nº 66, jul./ago. 2010, p. 87-112.

CARNEIRO, A. G. “O Novo Código de Processo Civil – Breve análise do Projeto Revisado no Senado”. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Editora Magister S/A, v. 7, nº 37, jul. 2010, p. 56-85.

CUNHA, L. C. “O princípio do contraditório e cooperação no processo”. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 20, nº 79, set./jun. 2012, p. 147-159.

DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GONÇALVES, A. P. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRESTA, R. M. “Segurança Jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil”. Artigo publicado nos Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ecca5b6365d9607>>. Acesso em: 20.nov. 12.

HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, R. P. “O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC”, p. 185-190. *In*: CASTRO, J. A. L. & FREITAS, S. H. Z. *Direito Processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.

\_\_\_\_\_. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACHADO, A. C. da C. “95 teses contra o Novo CPC”. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/?p=1192>>. Acesso em 21.nov. 12

NADER, P. *Curso de Direito Civil*: parte geral. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NUNES, D. J. C. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. ed. 4ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

REDONDO, B. G. “Projeto do Novo Código de Processo Civil: estruturação e procedimentos”, p. 639-644 *In*: ROSSI, F. *et al. O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SOARES, C. H. “Considerações sobre o Relatório do Novo Código de Processo Civil”. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, nº 65 de maio/jun 2010.

TAVARES, F. H. & CUNHA, M. F. “A Codificação no Direito e a Temática Recursal no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro”, p. 231-261 *In*: BARROS, F. de M. & MORAIS, J. L. B. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

THEODORO JÚNIOR, H. “Primeiras Considerações sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil”. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas, v. 11, nº 66, jul./ago. 2010, p. 7-12.

\_\_\_\_\_  
Recebido em: 22/02/2013

Aprovado em: 18/09/2013

# AÇÃO CIVIL PÚBLICA: REFLEXÃO ACERCA DA IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL POR MEIO DAS ASSOCIAÇÕES

PUBLIC CIVIL SUIT: REFLECTION ON THE IMPORTANCE OF SOCIAL PARTICIPATION BY MEANS OF ASSOCIATIONS

---

Paulo Roberto Pereira de Souza<sup>1</sup>

Ewerton Ricardo Messias<sup>2</sup>

## Sumário

1. Introdução. 2. Evolução histórica da Ação Civil Pública. 3. Legitimidade para agir na esfera da ação civil pública. 4. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 5. A atuação das associações na defesa do meio ambiente. 6. Considerações finais. 7. Referências.

## Summary

1. Introduction. 2. Historical evolution of the Public Civil Lawsuit. 3. Legitimacy to act in the sphere of civil lawsuit. 4. The fundamental right to an ecologically balanced environment. 5. The role of associations in defense of the environment. 6. Final considerations. 7. References.

## Resumo

A ação civil pública foi criada para garantir a responsabilização por danos causados aos chamados interesses ou direitos transindividuais, que são fruto da evolução social. Com isso e com a edição da Lei nº 8.078/90 (*Código de Defesa do Consumidor*), que classificou os interesses e direitos transindividuais em direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, houve uma ampliação e um redimensionamento dos institutos de processo civil, até então voltados exclusivamente para a

---

1 Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília.

2 Mestrando do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília.

tutela dos interesses individuais, possibilitando o acesso à justiça pela via coletiva. O presente trabalho tem por escopo analisar a legitimidade ativa das associações para atuarem em sede de ação civil pública para a defesa do meio ambiente como forma de possibilitar a participação social na busca da tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

**Palavras-chave:** Ação Civil Pública; Direitos Transindividuais; Associações.

### **Abstract**

The civil lawsuit was created to ensure accountability for damages caused to the denominated interests or transindividual rights or, which are the result of social evolution. Through this and with the enactment of Law number 8.078/90 (*Consumer Defense Code*), which classified the interests and transindividual rights in diffuse and collective rights in the strict sense and individual homogeneous rights, there was an enlargement and resizing of institutes of civil procedure thitherto devoted exclusively to the protection of individual interests, enabling access to justice collectively. The scope of this paper is to analyze the active legitimacy associations to act in place of civil lawsuits to protect the environment as a way of permitting participation in the pursuit of social protection of the right to an ecologically balanced environment.

**Keywords:** Civil Lawsuit; Transindividual rights; Associations.

## **Introdução**

Na Pós-modernidade, com o surgimento da sociedade de massa e a constitucionalização do Direito, emerge uma nova categoria de interesses e direitos, os chamados interesses ou direitos transindividuais, o que exigiu uma profunda revisão dos conceitos de acesso à Justiça em particular e do processo civil em geral.

Diante das novas e complexas demandas surgidas da sociedade de massa, houve a necessidade da criação de um direito de massa. Isso se deu por meio da adequação dos institutos de processo civil, visando garantir a fruição dos direitos transindividuais, com a ampliação do rol de legitimados para a defesa de tais direitos, uma vez que os efeitos danosos repercutiam além da esfera do individual, atingindo pessoas indeterminadas, grupos ou categorias homogêneas de pessoas individuais.

O instrumento legal criado pelo legislador foi a ação civil pública, instituída pela Lei nº 7.347/85, e, em seguida, consagrada pelo artigo 129 da *Constituição Federal* de 1988, para a defesa de interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. A ação civil pública surgiu como uma forma de solução para as demandas da sociedade de massa, revelando-se como um importante instrumento de cidadania.

Devido ao fato de a ação civil pública ser relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, podemos constatar vários aspectos controvertidos; dentre eles está a questão da legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública em defesa do meio ambiente.

Em matéria de direitos transindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a questão do acesso à justiça ocupa posição de destaque, vez que a tutela dos referidos direitos visa transformar injustiças individuais e pulverizadas em danos supraindividuais, abandonando o individualismo clássico do século passado em prol da coletividade por meio da conscientização dos indivíduos de que, na posição de vítimas, sofrem de forma coletiva, e não como unidades isoladas e que a qualquer possibilidade de mudança subordina-se, invariavelmente, sua organização.

A *Constituição Federal* de 1988, em seu artigo 225, erigiu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental, imprescindível à realização da justiça social e à dignidade da pessoa humana.

Em virtude do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ser fundamental e de natureza difusa, tendo como interessada a coletividade (a sociedade como um todo), o presente trabalho desenvolver-se-á sob a premissa de que a legitimação ativa para propositura da ação civil pública ambiental deva ser a mais ampla possível, apta a possibilitar a máxima participação social na defesa do bem ambiental, visto ser esse o objetivo da Lei nº 7.347/85 e da *Constituição Federal* de 1988.

## 1 Evolução histórica da ação civil pública

A ação civil pública surgiu a partir da *class action* americana, espécie de ação que se inicia em uma corte estadual ou federal, por meio de um grupo de pessoas que tem o mesmo interesse legal, visando alcançar uma solução mais prática para os litígios.

No Brasil, o primeiro instrumento de defesa dos interesses difusos foi a ação popular, que foi disciplinada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

A Lei Complementar Federal 40, de 14 de dezembro de 1981, antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, foi o primeiro texto legal a dispor sobre a ação civil pública.

Com a publicação da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, a chamada Lei da Ação Civil Pública (LACP), a defesa dos interesses difusos e coletivos ganhou amplitude, visto que, em seu artigo 1º, tal lei tutelava a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

No entanto, por ocasião de sua publicação, houve o veto presidencial do inciso IV, do referido artigo 1º, que tratava sobre “outros interesses difusos”. O então presidente José Sarney fundamentou seu veto da seguinte forma:

As razões de interesse público dizem respeito precipuamente à insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão ‘qualquer outro interesse difuso’.<sup>3</sup>

Em virtude do veto presidencial, os legitimados para a proposição da ação civil pública ficaram limitados às hipóteses não vetadas da Lei 7.347/85, fato que reduziu sobremaneira a defesa dos direitos difusos da sociedade.

Em 1988 foi promulgada a *Constituição Federal* atual, que recepcionou expressamente a Lei da Ação Civil Pública quando, em seu texto, artigo 129, §1º, atribuiu ao Ministério Público a titularidade para a propositura da referida ação sem prejuízo à legitimação de terceiros, também legalmente legitimados.

A partir daí surgiram novas legislações rumo à tutela total dos direitos transindividuais, como é o caso da lei nº 7.853/89, que prevê a tutela jurisdicional coletiva ou difusa para atender aos anseios dos portadores de deficiência; a lei nº 7.912/89, que tratava de ação civil pública por danos causados aos investidores no mercado de valores; e a lei nº 8069/90, que prevê a tutela coletiva das crianças e adolescentes.

Porém, o ordenamento jurídico ainda carecia do conceito legal de direitos difusos e coletivos, questão que fora resolvida com a publicação da lei nº 8.078/90, a qual instituiu o *Código de Defesa do Consumidor*, conceituando no parágrafo único do artigo 81 os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos na seguinte conformidade:

---

<sup>3</sup> BRASIL. MENSAGEM nº 359, de 24 de julho de 1985. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03.dez. 12.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:  
 I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;  
 II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;  
 III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.<sup>4</sup>

Tal legislação ainda restabeleceu, em seu artigo 110, o dispositivo vetado no inciso IV do artigo 1º da lei 7.347/85 e mais: ampliou sua aplicação aos interesses individuais homogêneos, senão vejamos:

Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

“IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.<sup>5</sup>

Tais inovações facilitaram o acesso à Justiça consagrando a tendência do moderno processo civil de remover obstáculos formais à obtenção da rápida, efetiva e eficiente prestação jurisdicional.

## 2 Legitimidade para agir na esfera da ação civil pública

Via de regra, a legitimidade ativa está ligada à identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e a legitimidade passiva está ligada à identidade da pessoa do réu com a pessoa obrigada. Porém, na ação civil pública há um rompimento com o processo civil comum uma vez que nem sempre coincidem as figuras do autor, que é aquele a quem a lei confere o poder de agir com o interessado.

Dessa forma, o fato do particular ser um possível titular do direito transindividual não lhe dá legitimidade para propor a ação competente para a

4 BRASIL. Lei 8.078/90. Artigo 81, parágrafo único. (ANGHER, 2009, p. 583).

5 BRASIL. Lei 8.078/90. Artigo 110. (*Ibid idem*).

defesa coletiva desse direito, vez que os legitimados para a ação civil pública são aqueles integrantes do rol do art. 5º, da LACP, ou, então, aqueles constantes do rol do art. 82 da Lei 8.078/90.

O art. 5º da Lei 7.347/85 dispõe que:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.  
[...] 6

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

[...]. 7

Assim, entre os legitimados para a propositura da demanda estão o Ministério Público, a Defensoria Pública, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações constituídas há mais

---

6 BRASIL. Lei 7.347/85. Artigo 5º. (*Idem*, 2009, p. 1019).

7 BRASIL. Lei 8.078/90. Artigo 82. (*Ibid idem*, p. 583).

de um ano e que incluam, em suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e os órgãos da administração pública. Igualmente outros direitos e interesses difusos, como proteção de pessoas portadora de deficiência, de menores, de idosos, da ordem econômica, enfim, de qualquer direito ou interesse que se caracterize como supraindividual ou metasubjetivo capaz de representar um interesse de uma coletividade, grupo ou classe de pessoas.

Da leitura dos artigos de lei supracitada, denota-se que a legitimação na ação civil pública é concorrente e disjuntiva, pois quaisquer das pessoas ali mencionadas estão aptas ao exercício da ação, não havendo preferência nessa concorrência.

Sobre o conteúdo, Mazzili ensina que:

É *concorrente e disjuntiva* a legitimação ativa para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos co-legitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É *concorrente*, porque todos os co-legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; é *disjuntiva* porque não precisam comparecer em litisconsórcio.<sup>8</sup>

De tal conceito podemos chegar à conclusão de que a tutela coletiva de direitos que decorre de novas necessidades da sociedade de massa cria uma nova espécie de legitimação: a disjuntiva concorrente. Disjuntiva, pois a legitimação vem da lei e se espalha pelos vários co-legitimados disjuntiva e concorrentemente autorizados por lei a propor a ação. É o modelo da Lei Royer francesa, que, ao contrário do sistema da *class action*, elencou os possíveis titulares não deixando a abertura admitida pelo sistema norte-americano.<sup>9</sup>

Tais considerações, somadas ao contido no artigo 129, §1º, da CF, segundo o qual “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impedem a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”<sup>10</sup> levam ao entendimento de que todos os

8 (*Idem*, 2004, p. 51).

9 (ARANTES, 2002, p. 69).

10 BRASIL. *Constituição Federal* de 1988. Artigo 129, §1º. (ANGHER, 2009, p. 58).

co-legitimados estão aptos à propositura da ação civil pública e cada um pode agir isoladamente sem que seja necessária a anuência ou autorização dos demais.

## **3 O Direito Fundamental ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado**

### **3.1 Breve histórico da constitucionalização da proteção ambiental**

Após o advento da República, mais especificamente em 1891, foi promulgada a primeira constituição republicana do Brasil. Nela já havia menção à proteção de alguns recursos naturais, no entanto o dispositivo constitucional fora criado não com o viés de proteção ambiental, mas sim com o viés de proteção econômica, vez que se prestava simplesmente à proteção das terras e minas, com a clara finalidade de institucionalização da exploração do solo pelo Estado em defesa dos interesses da burguesia dominante à época. As demais Constituições que a seguiram (1934, 1937, 1946 e 1967) mantiveram as mesmas características, ou seja, mantiveram o foco na proteção econômica dos recursos naturais como fonte de geração de riquezas para as classes dominantes.

Em que pese não demonstrar uma consciência de proteção ambiental<sup>11</sup>, a Constituição de 1934 ampliou a competência do Poder Legislativo da União para legislar acerca da proteção dos recursos naturais. Tal competência, limitada na Constituição de 1891 às terras e minas, passou a abranger questões como água, energia hidroelétrica, floresta, caça, pesca e riquezas de subsolo.

O fenômeno da globalização, impulsionado pelas Revoluções Industrial e Tecnológica, imprimiu consideráveis transformações sociais, políticas e econômicas no mundo, que, principalmente a partir da década de 1970, gerou uma mudança de postura acerca das questões ambientais.

A crise ecológica, instalada em virtude do modelo desenvolvimentista, motivou o início de diversas discussões, internacionais e nacionais, sobre a proteção ambiental, agora voltada à garantia da vida humana e não mais somente à produção econômica, visto a constatação de que os recursos naturais eram finitos.

Em 1972, na cidade de Estocolmo, na Suécia, a Organização das Nações Unidas (ONU) realizou a Primeira Conferência sobre o Homem e o Meio Ambiente, conhecida como Conferência de Estocolmo. Nela tratou-se, ainda que de forma incipiente, da questão da sustentabilidade, pois as discussões levadas a efeito buscavam formas de controle do uso dos recursos naturais pelo homem

---

11 (MEDEIROS, 2004, p. 62).

tendo em vista a constatação de que grande parte desses recursos eram finitos, e, se removidos da natureza, deixavam uma lacuna, às vezes irreversível, cujas consequências seriam sentidas nas gerações futuras.

A crise ecológica e as discussões levadas a efeito em âmbito mundial sensibilizaram o legislador constituinte brasileiro, de forma que ele dedicou um capítulo específico à proteção ambiental na *Constituição Federal* de 1988, atribuindo, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente, havendo, então, a efetiva Constitucionalização da Proteção Ambiental no Brasil, erigindo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental, essencial à sadia qualidade de vida.

### **3.2 A natureza jurídica do Direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado**

Tomando por base a ordem histórico-cronológica de seu surgimento, diversos autores estabelecem sucessivas gerações ou dimensões para os direitos humanos fundamentais, classificando-os em três ou quatro gerações, ou dimensões.

Os direitos humanos fundamentais de primeira dimensão seriam os direitos da liberdade (liberdade religiosa, liberdade política, liberdades civis clássicas, como o direito à vida, à segurança, etc.). Tratam-se dos direitos individuais, civis, políticos e penais e dividem-se em ramos do Direito Civil, Direito Penal e Direito Constitucional.

Os direitos humanos fundamentais de segunda dimensão seriam os direitos da igualdade (proteção do trabalho contra o desemprego, direito de instrução contra o analfabetismo, assistência para a invalidez e a velhice, direito à saúde, ao lazer e à cultura, etc.). Tratam-se dos direitos sociais e econômicos, fazendo parte dos ramos dos Direitos do Trabalho e Previdenciário.

Os direitos humanos fundamentais de terceira dimensão seriam os direitos da fraternidade (direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, etc.). Tratam-se dos direitos transindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), dentre os quais podemos destacar, entre outros, o direito ambiental, o direito do consumidor, o direito da criança e do adolescente, o direito do idoso.

E, por fim, os direitos humanos fundamentais de quarta dimensão seriam os direitos da responsabilidade (promoção e manutenção da paz, promoção e manutenção da autodeterminação dos povos, promoção da ética da vida defendida pela bioética, etc.).

Da interpretação do *caput* do artigo 225 da *Constituição Federal* de 1988 infere-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apresenta como características a transindividualidade, a indivisibilidade e a indeterminação de seus titulares, que são interligados por circunstâncias de fato.

Verifica-se a transindividualidade por meio da interpretação dos seguintes trechos do *caput* do artigo 225: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo [...]*”<sup>12</sup> (grifo nosso). Assim, os direitos e obrigações atinentes ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são de natureza coletiva, ou seja, transcendem os direitos e obrigações de natureza individual. Por ser um direito de grande importância para a vida, conclui-se que a Constituição consagrou uma responsabilidade compartilhada de todos, incluindo a denominada equidade intergeracional.

A indivisibilidade dos interesses ambientais é verificada quando a Constituição, no *caput* do artigo 225 reconhece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um “bem de uso *comum do povo*”<sup>13</sup> (grifo nosso). Portanto, sendo de uso comum, não há como dividi-lo; assim, a todos pertence, mas ninguém tem sua posse. Daí verifica-se, também, a impossibilidade de determinação de seus titulares.

Por fim, a circunstância fática que interliga seus titulares é verificada na sua essencialidade para a existência da sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Dessa feita, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado amolda-se perfeitamente ao conceito de interesses ou direitos difusos estabelecido no parágrafo único, I, do artigo 81 da lei nº 8.078/90.

Nessa senda, Paulo Afonso Machado atribui ao bem ambiental uma titularidade coletiva, afirmando que o meio ambiente é um bem coletivo, igualmente de desfrute individual e geral, e assevera que esse direito entra na categoria de interesse difuso, haja vista ser um direito que não se esgota em apenas uma pessoa, e sim atinge uma coletividade indeterminada<sup>14</sup>.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um direito fundamental de terceira dimensão, vez que se presta a zelar não só da proteção do meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida da sociedade atual, como também das futuras gerações, caracterizando, assim, o sentimento de solidariedade intergeracional.

---

12 BRASIL. de 1988. Artigo 225. (ANGHER, 2009, p. 78).

13 *Ibid idem*.

14 (*Idem*, 2008, p. 123).

Portanto, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possui natureza jurídica de direito fundamental com titularidade difusa em virtude de pertencer a todos e possuir como característica a indivisibilidade e a indeterminação de seus titulares, revelando-se como uma circunstância essencial à existência de vida digna para as presentes e futuras gerações.

## 4 A atuação das associações na defesa do Meio Ambiente

### 4.1 A importância da participação social na defesa do Meio Ambiente

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem por objetivo garantir a sadia qualidade de vida do homem, para as atuais e futuras gerações, por meio de políticas de desenvolvimento sustentável que garantam o acesso, igualitário e equitativo, à educação, à moradia, ao lazer, ao trabalho e à saúde, visando à concretização e eficácia social dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Ao analisar a expressão *meio ambiente ecologicamente equilibrado* como condição essencial à sadia qualidade de vida, Élide Seguin afirma que a “[...] determinação dos parâmetros de uma sadia qualidade de vida dependerá de paradigmas socioculturais e do avanço do conhecimento científico-tecnológico”<sup>15</sup>.

Da interpretação realizada pela autora, verifica-se que para garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, conseqüentemente, uma sadia qualidade de vida, há necessidade de uma conscientização ambiental global, na qual todos os indivíduos atuem em defesa daquele direito fundamental difuso e o avanço científico-tecnológico ocorra de forma sustentável, garantindo o equilíbrio entre o econômico, o social e o ambiental.

Nesse sentido, verifica-se que a mobilização social em prol da defesa do meio ambiente torna-se cada vez mais necessária para uma efetiva garantia e fruição do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A ideia de que somente o Ministério Público estaria legitimado para propositura de ação civil pública em defesa do meio ambiente contraria um dos maiores objetivos da Lei nº 7.347/85, que é organizar a sociedade civil para que ela atue intensamente na busca da tutela jurisdicional dos interesses transindividuais por meio da ação civil **pública**, objetivo recepcionado pela *Constituição Federal* de 1988 em seu artigo 129, §1º.

Nesse sentido, Antonio Gidi afirma que:

---

15 (*Idem*, 2006, p. 17).

[...] o titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade ou coletividade titular do direito material. É por esse motivo que os grupos organizados são o principal ente legitimado à propositura da ação coletiva. A legitimidade dos órgãos do Poder Público é meramente subsidiária e, se por um lado é essencial até que a sociedade brasileira se organize plenamente, por outro lado é uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento a partir do momento em que a sociedade organizada assuma a plenitude da sua tarefa de autoproteção e autoconservação.<sup>16</sup>

Com efeito, existem alguns interesses e direitos coletivos que exigem, para sua efetividade, uma atuação firme e permanente da sociedade como um todo. Não basta a atuação dos formuladores de políticas públicas, dos organismos estatais por meio de seus entes especialmente designados para a tutela de um interesse como o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A organização da sociedade e sua atuação firme, que enxerga até mesmo onde, eventualmente, agentes públicos não chegam, ou não veem, permitindo a real efetividade dos direitos difusos. Dessa forma, a legitimação das organizações civis constitui um instrumento importante para assegurar os mencionados direitos.

#### **4.2 A legitimidade das associações para propositura de ação civil pública em defesa do Meio Ambiente**

A Lei 7.347/85, conforme já explanado, ampliou, em seu artigo 5º, a legitimidade para agir, estendendo-a, dentre outros co-legitimados, às associações civis regularmente constituídas, nos termos da lei civil, a pelo menos um ano e desde que tenham como finalidade estatutária a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Portanto, via de regra, exige-se a pré-constituição há mais de um ano da associação e a vinculação a objetivos específicos, como a proteção ambiental, para a propositura da ação civil pública.

Porém, é possível que até mesmo associações não constituídas regularmente há pelos menos um ano possam ser legitimadas para mover ação civil pública, isso diante da interpretação do contido no artigo 5º, § 4º, da Lei nº 7.347/85, e no artigo 82, § 1º, da Lei nº 8.078/90, conforme se verifica a seguir:

---

16 (*Idem*, 1995, p. 54).

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

[...]

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

[...]

§ 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

[...].<sup>17</sup>

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

[...]

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

[...].<sup>18</sup>

Nesse sentido, os tribunais têm decidido:

AÇÃO COLETIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. REQUISITO TEMPORAL. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA.

---

17 BRASIL. Lei 7.347/85. Artigo 5º. (ANGHER, 2009, p. 1019).

18 BRASIL. Lei 8.078/90. Artigo 82. (ANGHER, 2009, p. 583).

1 - É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

2 - O §3º do art. 103 do CDC é norma de direito material no sentido de que a indenização decorrente da violação de direitos difusos, destinada ao fundo especial previsto no art. 13 c/c o art. 16 da Lei nº 7.347/85 não impede eventual postulação ao ressarcimento individual (homogêneo) devido às vítimas e seus sucessores atingidos. Esse dispositivo não retira da associação o interesse (necessidade/utilidade) de ajuizar a ação coletiva própria, em face de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, buscando a proteção do meio ambiente e a prestação de assistência médico-hospitalar.

3 - Recurso especial não conhecido.<sup>19</sup>

CADERNETA DE POUPANÇA. DIFERENÇA DE RENDIMENTOS. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA DE ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DISPENSA DO REQUISITO DA PRÉ-CONSTITUIÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS.

– Presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode o Juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação.

– O Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos contratos de depósito em caderneta de poupança firmados entre as instituições financeiras e seus clientes.

– A ação civil pública é o instrumento adequado para a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores.

– Orientação imprimida pela c. Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 106.888/PR).

Recurso especial conhecido e provido para afastar a extinção do processo sem conhecimento do mérito.<sup>20</sup>

---

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Recurso Especial nº 706.449, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF, 26 de maio de 2008”. *Lex*: jurisprudência do STJ. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 03.dez. 12.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Recurso Especial nº 145.650, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF, 01 de abril de 2004”. *Lex*: jurisprudência do STJ. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>.

No mesmo sentido, há certa flexibilização da regra no que tange ao fato de a legitimidade da associação autora vincular-se a um objetivo específico, pois os tribunais têm admitido a possibilidade dessa finalidade ser extraída de um contexto maior de atuação da entidade, como demonstra o seguinte julgado do STJ:

Processo Civil. Ação civil pública. Legitimidade Ativa. Associação de Bairro. A Ação civil pública pode ser ajuizada tanto pelas associações exclusivamente constituídas para a defesa do meio ambiente, quanto por aquelas que, formadas por moradores de bairro, visam ao bem-estar coletivo, incluída evidentemente nessa cláusula qualidade de vida só preservada enquanto favorecida pelo meio ambiente. Recurso Especial não conhecido.<sup>21</sup>

As associações detêm legitimidade ativa para propor ação civil pública para a defesa coletiva de direitos transindividuais sendo certo que, diante da análise do caso concreto, se restar claro e manifesto o interesse social, demonstrado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, como, por exemplo, o bem ambiental, poderá ser admitida certa flexibilização das regras de legitimação ativa das associações para propor a ação civil pública, ocasiões em que o Poder Judiciário poderá dispensar o requisito legal da pré-constituição das associações, bem como a inclusão de objetivos específicos nas suas finalidades.

## Considerações finais

A ação civil pública apresenta-se como um importante instrumento de defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Da interpretação legal e constitucional, artigo 5º, da Lei nº 7.347/85, artigo 82, da Lei nº 8.078/90, e artigo 129, §1º da *Constituição Federal* de 1988, denota-se que a legitimação na ação civil pública é concorrente e disjuntiva, pois, quaisquer dos co-legitimados estão aptos ao exercício da ação, não havendo preferência nessa concorrência. O Ministério Público, a Defensoria Pública, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, as sociedades de economia mista,

---

br>. Acesso em: 03.dez. 12.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Recurso Especial nº 31.150, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF, 20 de maio de 1996”. *Lex*: jurisprudência do STJ. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 03.dez. 12.

os órgãos da administração pública e as associações constituídas há mais de um ano e que incluam em suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico podem propor a ação civil pública isoladamente sem que seja necessária a anuência ou autorização dos demais.

A importância da proteção do meio ambiente calca-se na garantia de fruição do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que tem por objetivo garantir a sadia qualidade de vida do homem, para as atuais e futuras gerações, por meio de políticas de desenvolvimento sustentável que garantam o acesso, igualitário e equitativo, à educação, à moradia, ao lazer, ao trabalho e à saúde, visando à concretização e eficácia social dos princípios constitucionais da igualdade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Para garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, conseqüentemente, uma sadia qualidade de vida, há necessidade de uma conscientização ambiental global e de uma mobilização social em prol da defesa do meio ambiente, na qual todos os indivíduos atuem em defesa desse direito fundamental difuso e o avanço científico-tecnológico ocorra de forma sustentável, primando pelo equilíbrio entre o econômico, o social e o ambiental.

Nessa senda, não há como ser concebido com a ideia de que somente o Ministério Público estaria legitimado para propositura de ação civil pública em defesa do meio ambiente, pois tal entendimento seria contrário a um dos maiores objetivos da Lei nº 7.347/85, que é o de organizar a sociedade civil para que ela atue intensamente na busca da tutela jurisdicional dos direitos transindividuais, por meio da ação civil pública, objetivo recepcionado pela *Constituição Federal* de 1988 em seu artigo 129, §1º.

A sociedade civil busca a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais por meio das associações, sendo certo que tamanha é a importância da participação da sociedade na defesa de tais interesses que, diante da análise do caso concreto, se restar claro e manifesto o interesse social demonstrado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, como, por exemplo, o bem ambiental, poderá ser admitida certa flexibilização das regras de legitimação ativa das associações para propor a ação civil pública, ocasiões em que o Poder Judiciário poderá dispensar o requisito legal da pré-constituição das associações, bem como a inclusão de objetivos específicos nas suas finalidades.

Conclui-se que a intenção do legislador de facilitar ao máximo o acesso à justiça para a defesa dos interesses transindividuais, por meio da propositura da ação civil pública, somada ao claro e manifesto interesse social demonstrado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser

protegido devem ser a base interpretativa para a determinação da legitimidade ativa para tal ação. Nesse sentido, têm-se manifestado os tribunais pátrios, atuando de forma a garantir o objetivo da lei nº 7.347/85 e da *Constituição Federal* de 1988, e, com isso, rechaçando atuações contrárias à ação civil pública e à ampliação da legitimidade para sua propositura.

## Referências

- ARANTES, R. B. *A tutela dos interesses difusos no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: EDUC, 2002.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. *Vade Mecum Acadêmico de Direito/Anne Joyce Angher* (org.), 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- BRASIL. “Lei 7.347/85”. *Vade Mecum Acadêmico de Direito/Anne Joyce Angher* (org.), 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- BRASIL. “Lei 8.078/90”. *Vade Mecum Acadêmico de Direito/Anne Joyce Angher* (org.), 9. ed. São Paulo: Rideel, 2009.
- BRASIL. “MENSAGEM nº 359, de 24 de julho de 1985”. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 03.dez. 12.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Recurso Especial nº 706.449, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF, 26 de maio de 2008”. *Lex: jurisprudência do STJ*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03.dez. 12.
- \_\_\_\_\_. “Recurso Especial nº 145.650, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF, 01 de abril de 2004”. *Lex: jurisprudência do STJ*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03.dez. 12.
- \_\_\_\_\_. “Recurso Especial nº 31.150, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF, 20 de maio de 1996”. *Lex: jurisprudência do STJ*. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 03.dez. 12.
- GIDI, A. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MAZZILI, H. N. “A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos”. 17. ed. São Paulo: RT, 2004.
- MEDEIROS, F. L. F. de. *Meio Ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SEGUIN, E. *Direito Ambiental: nossa casa planetária*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Recebido em: 13/03/2013

Aprovado em: 20/08/2013







## “MONARQUIA”, DE DANTE ALIGHIERI

---

Rodrigo Gama Croches<sup>1</sup>

Paulo Sérgio da Silva<sup>2</sup>

Luciana Campanelli Romeu<sup>3</sup>

O presente estudo tem como intuito destacar e sintetizar os principais argumentos formulados por Dante Alighieri na obra intitulada *Monarquia*<sup>4</sup>. Ressalta-se, desde já, que esta resenha buscará apontar as teses do autor acerca do reconhecimento da centralidade do poder com o aprimoramento da ideia de governo, a defesa da separação entre o poder espiritual e temporal, bem como sua contribuição na formação do Estado moderno.

Antes de se passar à abordagem de referido texto, é importante destacar algumas passagens da vida de Dante, o que facilitará a compreensão da obra aqui analisada. Nascido em Florença, no ano de 1265, foi um político influente em sua época – talvez daí advenha seu interesse em escrever o livro e sua contribuição para a Ciência Política. Também foi poeta, tendo escrito *A Divina Comédia*<sup>5</sup>, que se tornou a base da língua italiana moderna. Devido a seu envolvimento com a política, foi exilado de sua terra natal, oportunidade em que escreveu *Monarquia*, provavelmente no ano de 1313. Morreu em 1321, com 56 anos, em Ravena, sem nunca ter retornado a Florença.

Em *Monarquia*, Dante elaborou um tratado político em que defende a tese da separação entre os poderes (temporal e espiritual). Com a independência entre o poder temporal do espiritual, até então entendia-se que o poder do governante estava subordinado ao poder da Igreja. Assim, as ideias políticas de Dante encontraram grande resistência da Igreja, tendo o livro sido incluído no

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduado em Direito Previdenciário pela UGF e graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Professor do curso de Direito da Faculdade Pitágoras e da UNIPAC em Uberlândia. Servidor público federal e advogado inscrito na Subseção da OAB em Uberlândia/MG.

<sup>2</sup> Professor do programa de mestrado em Direito da UFU.

<sup>3</sup> Doutoranda em Direito pela USP.

<sup>4</sup> No original: *De Monarchia*.

<sup>5</sup> Conjunto de poemas escrito em italiano, e não em latim, como era o costume da época; e que se tornou a referência da língua italiana moderna. Está dividido em três partes, a saber: “Inferno”, “Purgatório” e “Paraíso”.

*Index*<sup>6</sup>, somente sendo retirado no final do século XIX. Frise-se que os argumentos de Dante serviram de base para a construção teórica dos Estados modernos.

E, nesse sentido, é que Dante Alighieri desenvolve o trabalho ora sob análise. Seu objeto é a elaboração de argumentos históricos e filosóficos que permitiram a estruturação de um Estado laico, deixando claro que as esferas de poder são completamente independentes. Como pensador social, sua obra foi fundamental para o entendimento de que os poderes que regem a sociedade (Deus, o papa e o imperador) devem se estabelecer de forma separada.

A obra foi dividida em três capítulos, a saber, Livro Primeiro: “Necessidade da Monarquia”; Livro Segundo: “Legitimamente, o Povo Romano Assumiu a Monarquia, ou seja, o Império”; e Livro Terceiro: “A Autoridade do Monarca, ou seja, do Império, Emanada Diretamente de Deus”.

Na primeira parte do livro, Dante parte da explicação de que o homem vive em sociedade e, por isso, somente consegue alcançar seu objetivo no meio social. Dessa forma, faz a distinção de dois planos: um espiritual e outro terreno, separando as chamadas ordens éticas; e isso é o principal argumento sob o qual elabora toda a tese defendida ao longo do texto.

A finalidade do homem somente é atingida pela busca e concretização da paz, e essa condição só é alcançada com o estabelecimento de um governo universal, isto é, um governo que se estende por toda a humanidade. Daí a necessidade de uma única lei como norma a reger todos os homens. Como se parte do pressuposto de que deve haver uma única lei, é necessário que se tenha, obviamente, um único governante.

Por meio do governo universal poderá a humanidade viver em paz e atingir dois objetivos necessários para a boa convivência entre os homens, quais sejam, a justiça e a liberdade. Para tanto, o governante deve ser dotado de um poder que lhe confira a possibilidade de realizar atos de justiça. E, por ser um governante que tudo tem, já que governa todas as coisas na Terra, nada precisa e nada quer.

No segundo livro, o autor elenca uma série de fatos históricos que comprovam sua teoria do governo universal. Demonstra que o Império Romano dominou todo o universo e que isso é prova da vontade divina, sendo certo que os romanos fizeram-no não pela imposição arbitrária, mas sim porque tinham o direito de fazê-lo.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> *Index Librorum Prohibitorum* – lista das obras literárias que eram proibidas pela Igreja; teve publicações entre os anos de 1559 e 1948.

<sup>7</sup> É importante transcrever algumas passagens da obra que se relacionam com o assunto: “Efetivamente, se o Império Romano resultar formado conforme o Direito, não somente erguer-se-á a névoa que cega esses príncipes que pela força ocuparam o poder e apreciam imaginar haver o povo romano agido de modo

Define, bem assim, o conceito de Direito, que para Dante seria o mesmo que a definição de proporção: “o direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem que, servida, serve a sociedade e, corrompida, a corrompe” (*Ibid idem*, p. 71)

Por último, no terceiro livro, arremata as ideias defendidas nas passagens anteriores ao discorrer que o governo universal é necessário. Em outras palavras, faz parte da própria natureza das coisas. Como se trata de um tratado de filosofia política, arrola argumentos para defender a dualidade de esferas. De um lado, tem-se a esfera terrena, que deve ficar sob a responsabilidade do imperador, do governante temporal, e, do outro, a esfera espiritual, cujo cuidado compete aos membros da Igreja. Tais esferas não estão subordinadas entre si, mas devem buscar cada qual atingir objetivos próprios que podem ser definidos na realização da justiça e da convivência pacífica entre os homens (responsabilidade da monarquia) e preparação para a vida espiritual (responsabilidade da Igreja).<sup>8</sup>

Essa independência de esferas e a ausência de subordinação entre o poder temporal e o espiritual são as grandes contribuições de Dante para a filosofia política. Afirma que o poder do monarca emana diretamente de Deus, ou seja, não depende da interferência nem da aquiescência dos membros da Igreja. Até então, repita-se, prevalecia o entendimento de que o poder temporal estava subordinado ao poder espiritual.<sup>9</sup>

---

igual ao seu, como também propiciarei que todos os homens se proclamem libertos da sujeição àqueles usurpadores. [...] Digo, pois, haver sido por direito, e não por usurpação, que, sobre todos os mortais, o povo romano assumiu o império. Afirmação assim provada: ao mais nobre dentre os povos cabe dirigir os demais, e porque o povo romano foi nobilíssimo, incumbiu-lhe comandar os outros. O argumento invocado testemunha que ‘sendo a honra recompensa da virtude’ e sendo honra toda supremacia, segue-se que toda supremacia é recompensa da virtude. Ademais, é manifesto que pelo cultivo da virtude fazem-se nobres os homens, ou por virtude própria ou pela virtude dos antepassados.” (ALIGHIERI, 2006, p. 62 e 65)

<sup>8</sup> A esse respeito, confira a passagem extraída da obra: “Rejeitamos os erros apresentados como argumentos pelos que afirmam depender a autoridade do Príncipe Romano daquela do Pontífice Romano; retorno a justificação desta terceira parte do meu trabalho. A verdade do que afirmo estará suficientemente estabelecida, pois, invocando princípio anteriormente debatido, demonstrarei que a autoridade imperial promana diretamente da sumidade sobre os seres: Deus. Provarei não ser a autoridade da Igreja a origem da autoridade do Império porquanto somente a autoridade daquela suscita debates. Depois, provarei que a autoridade do Império depende diretamente de Deus. Que a autoridade da Igreja não seja a causa daquela do Império assim se prova: não depende de um causa aquele efeito que possa existir sem tal causa. E já em tempo em que a Igreja não existia ou não atuava, o Império exercia o poder em plenitude. Por conseguinte, a Igreja não é causa do poder do Império, nem autoridade dele, sendo como são, uma só coisa o poder e a autoridade.” (*Ibid idem*, p. 128)

<sup>9</sup> Esse trecho comprova a afirmação: “Semelhantermente, afirmo, o poder temporal não recebe daquele espiritual nem o existir, nem os poderes que conformam a sua autoridade; sequer o puro e simples exercer-se. Mas, sim, recebe infusões de graça que, ministrada por Deus desde o céu e por meio de bênçãos do pontífice na Terra, imperem maior eficácia ao seu operar. Portanto, o argumento a que nos atemos peca pela forma: o predicado da conclusão não é extremidade da premissa maior. Aqueles argumentadores a quem contestamos raciocinam assim: a Lua recebe luz do Sol, o qual representa o poder espiritual sendo a Lua o poder temporal; logo, a autoridade do poder temporal provém do poder espiritual. Na maior, situam

Com efeito, a homem é dotado de duas partes: uma mortal e outra imortal, e deve, por isso, ter suporte para atingir os objetivos de cada um desses âmbitos. Cabe ao monarca conduzi-lo ao fim terreno, à felicidade temporal; e ao papa, prepará-lo para a vida espiritual.

Depreende-se que a obra em comento carrega teses importantes para o Direito como a ideia de governo universal; a separação das ordens éticas (religião/direito) e os conceitos de liberdade, justiça e paz.

Ademais, os fins do homem é que determinam a necessidade de dois governantes na Terra – um que cuidará da promoção das necessidades materiais e outro que cuidará da preparação para a vida ultraterrena.<sup>10</sup> Para Dante, a paz é a condição ideal para a humanidade alcançar seu fim; essa paz somente é atingida por meio da harmonia ou ordem. No caso de existência de conflitos, caberá ao governante universal a resolução da controvérsia, restabelecendo a paz entre os litigantes.

Na época em que viveu o autor, ainda não havia uma clara separação entre a religião e o Direito; talvez seja essa a maior contribuição da obra para o estabelecimento dos Estados laicos e o respeito à liberdade<sup>11</sup>, que anos depois serviu de fundamento para a teoria constitucional. Dessa maneira, fica clara a separação das competências; não cabe ao papa editar normas de caráter jurídico nem tampouco cabe ao imperador impor normas de cunho espiritual. Como dito, são esferas que devem se manter separadas.

Assim, o homem tem o direito de viver em paz com a justiça como alicerce da convivência social. Com isso, Dante dá o primeiro passo na construção do pensamento moderno e na defesa da independência entre os poderes (secular e espiritual).

Destarte, a ideia de governo universal relaciona-se à não internacionalização dos conflitos entre os países. A monarquia, para Dante, não pode ser entendida como direito de ocupar o poder de forma hereditária, mas sim no sentido de que apenas um deve deter o poder universal, em contraposição à ideia de república como governo de muitos.

---

luz, e no predicado da conclusão, a autoridade. E luz e autoridade, conforme vimos, são coisas diferentes, tanto quanto ao sujeito como em referência à razão.” (*Ibid idem*, p. 110)

<sup>10</sup> Nesse sentido, o autor afirma que: “Ao homem, portanto, em atenção ao seu fim duplo resultou necessário um poder duplo: o do soberano Pontífice, o qual, conforme a revelação, orienta o gênero humano para a felicidade espiritual; e o do Imperador que, segundo os ensinamentos dos filósofos, conduz os homens para a felicidade temporal.” (*Ibid idem*, p. 135)

<sup>11</sup> Acerca da liberdade, fundamental destacar a seguinte transcrição retirada da obra em comento: “O gênero humano, quando inteiramente livre, otimamente vive. Essa afirmativa ganha evidência se se considera qual seja o princípio da liberdade. Tenha-se presente, desde logo, que o princípio fundamental da liberdade é o livre-arbítrio que muitos ostentam na boca e pouco no intelecto. Afirmam a existência do livre-arbítrio, ou seja, o livre julgar segundo a livre vontade.” (*Ibid idem*, p. 47)

Nesse sentido, o homem encontraria a paz e viveria em ordem pela submissão de todos ao imperador.<sup>12</sup> A dupla finalidade do ser humano é viver bem na Terra para receber a felicidade no céu. Não obstante, o pensamento de Dante é uma utopia na medida em que todos os homens teriam direito de ser livres e de terem sua dignidade preservada.

Com uma visão perfeita do ordenamento humano, ou seja, uma utopia política que, se estabelecida, garantiria a felicidade pessoal e coletiva do homem, Dante acreditava que a monarquia resolveria os problemas do mundo físico.

Em síntese, a *Monarquia* de Dante tem como principais teses a necessidade de um único soberano, já que existe apenas um Deus. A monarquia (como autoridade suprema sobre a humanidade) é a única forma de governo capaz de assegurar a felicidade temporal. As provas colecionadas pelo autor, notadamente na segunda parte do livro, demonstram a predestinação dos romanos e de Roma para governar o mundo, inclusive com o estabelecimento da Justiça e do Direito.

Ressalta-se, por fim, que o governo secular não depende nem emana do governo espiritual, não cabendo, portanto, ao papa escolher o imperador.<sup>13</sup> Dessa forma, assim como o homem é dividido em corpo e alma, devem-se estabelecer dois governos um temporal, que cabe ao imperador, e outro espiritual, que cabe ao papa. Fica clara a necessidade de separação entre o Estado e a Igreja (poder secular e poder papal).

A centralidade do poder defendida por Dante em *Monarquia* serviu de fundamento para a verticalização do poder quando da formação dos Estados modernos, bem como contribuiu para as ideias de Maquiavel de transformar o Estado em objeto; com isso, foi possível o estabelecimento de um sistema normativo editado por uma autoridade central.

---

<sup>12</sup> Segundo Dante, o estabelecimento de um governo universal é o alicerce do seu pensamento político: “O sentido correto de expressão ‘o gênero humano pode ser governado por um príncipe’ é este: nos pontos comuns a todos os homens, o gênero humano deve ser governado pela monarquia universal para que uma lei única o encaminhe à fruição da paz. Lei que os príncipes particulares receberão do monarca, do modo pelo qual o intelecto prático recebe do especulativo a proposição maior que lhe comanda a conclusão, acrescentando a esta a sua própria proposição ou objetivo, para só então atuar. Isso não apenas é realizar por um só como necessita de que um só proceda a fim de que não advenham confusão e prejuízo aos princípios universais.” (*Ibid idem*, p. 53)

<sup>13</sup> Com esta passagem, o autor sintetiza os argumentos de sua tese: “Resulta evidente que a autoridade do monarca temporal chega até ele sem intermediário, desde a Fonte universal da autoridade, a qual Fonte, do âmago da sua unicidade, por múltiplos veios espargue abundantemente a linfa da bondade divina. Nesse ponto, creio ter cumprido satisfatoriamente o propósito deste livro. Está comprovada a veracidade das questões propostas: na primeira, que para o bem-estar universal o monarca é necessário; na seguinte, debatendo se o povo romano legitimamente é o que se atribuíra o império e, por fim, nesta terceira, discutindo se a autoridade do imperador depende diretamente de Deus ou se de outro homem.” (*Ibid idem*, p. 136)

## Referência

ALIGHIERI, D. *Monarquia*. Tradução, introdução e notas de Hernâni Donato. São Paulo: Ícone, 2006.

---

Recebido em: 12/11/2013

Aprovado em: 14/12/2013

## “CONTRATO SOCIAL”, JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)

.....  
Murilo Naves Amaral<sup>1</sup>

Debora Regina Pastana<sup>2</sup>

Alfredo José dos Santos<sup>3</sup>

Para se compreender Rousseau, deve-se, antes, entender que no que tange à formação do Estado, filiava-se aos ideais contratualistas, cuja tese se sustentava na concepção de que a criação do Estado seria oriunda da vontade dos homens, e não de uma formação natural ou espontânea, conforme foi defendido durante muito tempo.<sup>4</sup>

A ideia da origem do Estado por meio do contrato social decorre da tese de que haveria uma passagem do denominado Estado de natureza à sociedade civil, “pelo qual os indivíduos renunciam à liberdade natural de bens, riquezas e armas e concordam em transferir a um terceiro – o soberano – o poder para criar e aplicar as leis, tornando-se a autoridade política”. (CHAUI, 1997, p. 400) Pode-se dizer, de acordo com o que leciona a filósofa citada<sup>5</sup>, que a sociedade civil se trata do Estado propriamente dito, e que por meio do contrato social é que se “funda a soberania”.

Vale ressaltar, entretanto, que Rousseau, diferentemente de outros contratualistas, realizou uma análise distinta a respeito do contrato social, posto que se fundamentou na ideia de que o Estado se baseia em um caráter social, de

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia.

<sup>2</sup> Professora do programa de mestrado em Direito da UFU.

<sup>3</sup> Professor do programa de mestrado em Direito da UNESP.

<sup>4</sup> É interessante observar que existem inúmeras posições a respeito da origem do Estado, como a que defende que sua origem seria com o fim de proteção da propriedade, cuja justificativa estaria em causas econômicas ou patrimoniais; as que defendem a formação natural ou espontânea do Estado; a formação contratual; a formação a partir da origem familiar ou patriarcal; a formação que se origina em atos de força, de violência ou conquista; e a formação com base no desenvolvimento interno da sociedade – para uma análise mais detalhada sobre a formação originária do Estado, ler DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.54-56. Também sobre o assunto: JELLINEK, G. *Teoria general Del Estado*. México D.F.: FCE, 2000. p. 208 *et. seq.*

<sup>5</sup> (*Ibid idem*, p. 400).

maneira que se constituiria pela vontade geral proveniente da soberania popular, que não poderia ser delegada. É o que, inclusive, demonstra Jellinek:

Rousseau toma un camino completamente distinto respecto a la doctrina del contrato. No hay duda alguna, para quien haya leído realmente su Contrato social, que en su obra, que llegó a intimidar al mundo, no se propuso el sistema existente, sino mostrar y justificar aquel Estado que correspondía a la naturaleza de los hombres. Partiendo del hecho de que el hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado, quiere, no dilucidar la cuestión histórica consistente en cómo es posible legitimar este estado actual. Después de haber criticado y rechazado las doctrinas hasta entonces combatidas sobre los fundamentos del Estado, toma como punto de partida el principio, defendido ya briosamente por Locke, de que la libertad es inseparable de la naturaleza del hombre, a causa de lo cual no puede renunciarse a ella, para llegar a la exigencia de que sea el contrato social el fundamento del Estado, y de este modo los que acuerdan el contrato se colocan bajo la dirección de la voluntad formada por la comunidad. De este modo, la voluntad del individuo forma parte de la voluntad general, y, por consiguiente, cada cual, en el Estado así construido, permanece sometido solo a sí mismo, es decir, que el propio principio de libertad aparece amparado por el Estado. Aparentemente, el contrato que, según Rousseau, funda el Estado, tiene puramente un carácter social, pero si se observa con alguna atención, se advierte que pasa en él como en Hobbes, esto es, que va acompañado el contrato social de un contrato de sujeción, ya que el individuo tiene dos cualidades en el contrato: de un lado, es ciudadano y partícipe de la voluntad general, de otro, es súbdito, y, por tanto, está sometido a esta voluntad. Como se ve, pues, el contrato de sujeción en ningún momento deja de estar unido ao contrato social. (*Idem*, 2010, p. 218-219)

Nota-se que a originalidade apresentada pelas ideias de Rousseau está no fato de que, como bem ilustra Paulo Bonavides (2001, p. 168), não há uma “preocupação com o preceito de repressão ao poder”, pois, apesar de o poder para ele não ser algo desprezível, deve-se entregá-lo “ao seu titular legítimo”, que se trata do povo como um todo.

É a partir dessas concepções que Rousseau apresenta o dever ser de toda ação política, de maneira em que visa estabelecer no Contrato Social “as condições de possibilidade de um pacto legítimo através do qual os homens, depois de terem

perdido sua liberdade natural, ganhem, em troca, a liberdade civil”. (2000, p. 197) Em razão disso é que inicia sua mais famosa obra, *Do Contrato Social*, com a constatação de que o “homem nasceu livre e, não obstante, está acorrentado em toda a parte” (*Idem*, 2011, p. 21), e tal situação somente poderá ser redimida mediante a vontade geral.

Considerando-se que o “Estado Primitivo” não poderá subsistir, segundo o mesmo pensador (*Ibid idem*, p. 29-31), os homens deverão se unir de maneira que somente obedeçam a si mesmos, de forma que recuperem os indivíduos sua liberdade natural. E isso ocorre quando cada um se submete a todos sem que haja qualquer submissão a um particular, de forma que “ganha-se a equivalência de tudo o que se perde e maior força para conservar o que possui”. (*Idem*, p. 31)

A necessidade de se remontar a uma primeira convenção, de acordo com o que alude Rousseau (*Ibid idem*, p. 28-29), está no fato de que há uma diferença entre o que se caracteriza como “submeter uma multidão e reger uma sociedade”, haja vista que mesmo se um homem escravizasse “meio mundo”, não deixaria de ser um simples particular. Diante disso, conforme continua a elucidar o referido filósofo (*Ibid idem*, p. 29), o verdadeiro fundamento da sociedade é o povo; logo, mesmo na pluralidade de sufrágio, que é por si só uma convenção, deverá supor que ao menos uma vez se teve a unanimidade, pois, se não houvesse, como ficaria “a obrigação da minoria de submeter-se à eleição da maioria e donde resulta o direito de cem que querem um chefe votarem por dez que não o querem?” (*Ibid idem*, p. 34)

Em face desse contexto, como demonstra Bonavides (2001, p. 171), em Rousseau o homem não existe na esfera particular, mas sim no geral, pois trata-se de um sujeito de caráter social, e não individual, isto é, conforme ilustra Hegel (*apud* BONAVIDES, p. 171), foi em Rousseau que se enxergou de forma clara, já no século XVIII, a essência da liberdade.

Porém, vale ressaltar que Rousseau (*Ibid idem*, p. 33) reconhece que “cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade própria, contrária ou diferente da vontade geral que tem como cidadão”, de maneira que o interesse particular seja orientado de forma distinta do interesse comum. No entanto, os homens, como parte do contrato social, devem ter a ciência de que são agentes que participam da elaboração da lei, o que gera, necessariamente, uma conjugação entre liberdade e obediência, tendo em vista que “obedecer à lei que se prescreve a si mesmo é um ato de liberdade” (NASCIMENTO *apud* WELFORT, p. 196), já que a lei é constituída no pacto social em condições de igualdade.

A condição de liberdade, como lembra Rousseau (*Ibid idem*, p. 33), se dá no fato de se oferecer a “cada cidadão à pátria” por meio do contrato social,

que, por sua vez, determina o “modo de funcionamento da máquina política” (NASCIMENTO *apud* WELFORT, p. 196) e “legítima as relações civis, as quais sem ela seriam absurdas, tirânicas e sujeitas aos maiores abusos”. (*Ibid idem*, p. 33)

Se caso tais questões não forem consideradas, o pacto social seria em vão, uma vez que na visão rousseauiana “não é considerado livre aquele que porventura não segue lei nenhuma e que, portanto, seguiria só seus próprios instintos”. (MASCARO, 2010, p. 199) Para Rousseau, “mesmo com o contrato social, não cessa a liberdade individual, apenas ela é transformada de grau. Assim, sendo o Estado o resultado de uma associação de membros que conservam sua participação ativa, a lei estabelecida pelo Estado é uma lei dos próprios membros”. (*Ibid idem*, p. 199)

Nesse sentido, conforme explica Rousseau:

A transição do estado natural ao civil produz, no homem, mudança notável, substituindo em sua conduta a justiça do instinto e dando aos seus atos a moralidade que antes careciam. Somente então, substituindo a voz do dever do impulso físico e o direito do apetite, o homem que, até tal ponto, não observava senão a si mesmo, vê-se obrigado a agir, tendo em conta outros princípios e a consultar sua razão antes de atender a caprichos. Por mais que se prive neste estado de muitas vantagens da natureza, recebe outras tão consideráveis: suas faculdades exercitam-se e desenvolvem-se, suas ideias ampliam-se, seus sentimentos enobrecem-se, sua alma inteira eleva-se a tal ponto que, se o abuso desta nova condição não o degradasse às vezes, deveria agradecer sem cessar o ditoso instante que o abandonou para sempre e que de animal estúpido e deficiente converteu-o em ser inteligente e em homem. (*Idem*, p. 33-34)

Portanto, como conclui Rousseau (*Ibid idem*, p. 34), o que o homem perde com o contrato social é sua liberdade natural; contudo, ganha a liberdade civil, que é limitada pela vontade geral, ou seja, “adquire, com o estado civil, a liberdade moral, que faz o homem verdadeiramente dono de si próprio, porque o impulso dos apetites é a escravidão, e a obediência à lei que a cada um de nós se prescreve constitui a liberdade”.

Interessante observar que “somente a vontade pode por si só dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, que é o bem comum” (*Ibid idem*, p. 41), até mesmo porque a soberania nada mais é do que o exercício da vontade geral, e como tal não pode ser alienada. Diante disso, não se deve

confundir em Rousseau a ideia de soberano e governo, pois que, conforme explica Alysson Leandro Mascaro (2010, p. 200) o soberano trata-se do povo, sendo que toda vez que o “governo, em qualquer de suas formas, se eleva como poder soberano acima do povo, ele degenera”.

É o que demonstra Friedrich Müller ao tecer suas explicações sobre Rousseau:

Com o projeto de uma república de leis em termos de democracia popular, dirigida pela *volonté générale* e com isso orientada em termos de conteúdo de bem comum (*bien commun*), Rousseau abandona o discurso icônico sobre o povo. Os atingidos pelas decisões [Betroffenen] devem ser simultaneamente os autores das decisões [Betreffenden], os outorgantes da norma devem ser idênticos ao conjunto dos destinatários da norma. [...] os conceitos de Rousseau são muito exigentes: república, lei, vontade geral, bem comum; e eles se acham vinculados ao tratamento igual de todos. Por isso, “povo” (*peuple*) também não significa em Rousseau indistintamente a população existente, inclusive os dissidentes inacessíveis à doutrinação [unbelehrbar]. Refere-se ele à totalidade dos cidadãos (*citoyens*) comprometidos com o bem comum graças à virtude política (*vertu*). (2000, p. 71)

Salienta-se também que do pacto social se dá a “existência e vida ao corpo político” (ROUSSEAU, 2001, p. 50), tendo nas leis “as condições da associação civil” (*Ibid idem*, p. 52), de maneira que o povo que se submete às leis são os autores delas, sendo, entretanto, necessária a existência de um legislador para guiá-los para que as vontades particulares não prevaleçam sobre a geral.

De acordo com a explicação de Rousseau:

O legislador é, sob todos os pontos de vista, um homem extraordinário no Estado. Se o é pelo seu talento, não o é menos pelo seu cargo. Não é este de magistratura nem de soberania. Este cargo, que constitui a República, não entra em sua constituição: é uma função particular e superior, que nada tem de comum com o império humano, porque se aquele que manda nos homens não deve dominar sobre as leis, aquele que domina as leis tampouco deve mandar nos homens. Do contrário, com as leis do tirano, ministro de suas paixões, não farão, muitas vezes, senão perpetuar suas in-

justiças e nunca poderão evitar que opiniões particulares alterem o saneamento de sua obra. (*Ibid idem*, p. 54-55)

Entretanto, lembra o iluminista (*Ibid idem*, p. 55) que “aquele que redige as leis, não tem, pois, nem pode ter direito algum legislativo”, pois isso incumbe ao povo, que não pode transferir sua titularidade, já que “somente a vontade geral obriga aos particulares e não é possível ter certeza de que uma vontade particular está de acordo com a geral senão depois de tê-la submetido aos sufrágios livres do povo”.

Em relação ao governo, a visão rousseauiana o define como um “corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano, para sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da conservação da liberdade, tanto civil como política”. (*Ibid idem*, p. 71) Vislumbra-se que, diante de tal definição, o governo deverá estar limitado pelo poder soberano, cujo titular é o povo, não podendo ser caracterizado como um corpo administrativo autônomo<sup>6</sup>. Porém, apesar de reconhecer a necessidade do governo e sua submissão ao poder do povo, Rousseau expõe os riscos que poderão provocar a sua degeneração.

Segundo ele, o maior risco da degeneração do governo ocorre quando ele “tende a ocupar o lugar do soberano, a constituir-se não como um corpo submisso, como um funcionário, mas como o poder máximo, invertendo, portanto, os papéis”. (NASCIMENTO *apud* WELFORT, p. 197) Em tal situação, ao invés do governo submeter ao povo, acaba por subjugar-lo, gerando uma relação de exploração e dominação social.

É por isso que como bem elucida Alysson Mascaro (2010, p. 200), na teoria rousseauiana não se confunde o soberano, que é o povo, com o governo, que, por sua vez, estando dividido em executivo e legislativo, está subordinado ao povo, não podendo, em hipótese alguma, se sobrepor à vontade geral.

Salienta-se que no que se remete à ideia de representação política, com a finalidade de permanecer coerente em relação a seus princípios, voltados à exigência da legitimidade da ação política, Rousseau “não admite a representação ao nível da soberania” (*Ibid idem*, p. 197), posto que, conforme publicado em seus próprios escritos:

---

<sup>6</sup> “Para Rousseau, o soberano é o povo, entendido como vontade geral, pessoa moral coletiva livre e corpo político de cidadãos. Os indivíduos, pelo contrato, criaram-se a si mesmos como povo e é a este que transferem os direitos naturais para que sejam transformados em direitos civis. Assim sendo, o governante não é o soberano, mas o representante da soberania popular. Os indivíduos aceitam perder a liberdade civil; aceitam perder a posse natural para ganhar a individualidade civil, isto é, a cidadania. Enquanto criam a soberania e nela se fazem representar, são cidadãos. Enquanto se submetem às leis e à autoridade do governante que os representa chamam-se súditos. São, pois, cidadãos do Estado e súditos da lei”. (CHAUI, p. 401).

A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa. É a mesma ou é outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, são simplesmente seus comissários, que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não retificou é nula, e não é uma lei. (ROUSSEAU, 2001, p. 103)

Inclusive Rousseau tece críticas ao modelo inglês ao dizer que o povo daquele país engana-se ao pensar que é livre, uma vez que, na medida em que os membros do parlamento são eleitos, o povo perde sua liberdade, tornando-se escravos. (*Ibid idem*, p. 103-104)

Contudo, conforme já dito, Rousseau reconhece a necessidade de governo, que deve ser exercido sob forte vigilância, devido a sua tendência de agir contra a autoridade soberana, de forma a atuar em nome de si mesmo, e não de quem efetivamente representa, que, no caso, seria o povo. (NASCIMENTO *apud* WELFORT, p. 198)

Uma questão interessante que se mostra na concepção de Rousseau é que a instituição do governo não se dá pelo contrato social, pois o único contrato que existe no Estado é o da associação, já que qualquer outro contrato do povo com relação a determinadas pessoas seria um ato particular, o que deve ser considerado ilegítimo. (*Ibid idem*, p. 105-106)

Nesse sentido, a instituição do governo trata-se de um processo complexo que se compõe pelo estabelecimento da lei, na qual o soberano constitui um “corpo de governo”, e pela execução da lei, na qual o povo, que é o soberano, nomeia os chefes encarregados pelo governo. (*Ibid idem*, p. 107)

Ressalta-se ainda que no que se refere à vontade geral, esta deverá ser indestrutível, tendo em vista que se cada um afasta seu interesse do interesse comum, poderá haver a ruína do Estado, até mesmo porque, como bem lembra Paulo Bonavides (2001, p. 180), a vontade geral “é a última palavra na organização política”, pois, conforme continua a explicar o jurista cearense, em “Rousseau há uma positivação social da liberdade. Ele assinala precursoramente o fim da metafísica individualista da burguesia e cria tecnicamente o acesso à democracia social com a preservação da liberdade”. (*Ibid idem*, p. 180)

Cabe destacar que fora do contrato social as demais questões poderão ser decididas pela opinião do maior número de pessoas, e isso deriva do próprio contrato que institui os ideais voltados ao sufrágio. No entanto, diante de tal

constatação, surge em Rousseau os seguintes questionamentos: como um homem pode ser livre se estiver obrigado a se conformar com vontades que não são as suas? Como os que se opuseram a uma determinada lei podem ser considerados livres se ao mesmo tempo se submetem a uma lei que não consentiram?

Para responder a esse problema, Rousseau dá a seguinte resposta:

O cidadão consente todas as leis, mesmo aquelas que foram ditadas à sua revelia e mesmo aquelas que o punem se ousa violar alguma delas. A vontade constante de todos os membros do Estado é a vontade geral; por elas são cidadãos e livres. Quando se propõe uma lei na assembleia do povo, o que se lhe pergunta não é precisamente se aprova a proposta ou se recusa, senão se está de acordo ou não com a vontade geral, que é a sua. Dando cada um seu voto, proclama a sua opinião, e do cálculo dos votos se conclui a declaração da vontade geral. Mesmo quando triunfar a opinião contrária à minha não quer dizer isto senão que me enganei e que aquilo que julgava ser a vontade não era. Se a minha opinião particular tivesse triunfado, teria feito coisa diversa da que eu queria, não sido livre. Isto supõe que todos os caracteres da vontade geral estão na maioria: quando cessam de estar com ela, qualquer que seja o caminho que tomar, não há liberdade. (2001, p. 116)

Vale lembrar, entretanto, que Rousseau (*Ibid idem*, p. 117), visando evitar distorções no sistema do sufrágio, estabelece duas regras gerais para regulá-lo, que se combinam para estabelecer as melhores circunstâncias que se possa ter em conta para se decidir acerca da maioria, que são:

- a) Quanto mais importantes e graves forem as deliberações, maior a necessidade de que o acordo se aproxime da unanimidade;
- b) Quanto maior pressa exigir o negócio, mais estreita deverá ser as diferenças prescritas na divisão do acordo.

Com isso, Rousseau mantém as bases da sociedade civil, cuja soberania está no povo que se manifesta pela vontade geral. Nota-se que tais bases são construídas pela necessidade de se implementar o Estado como forma de preservar a própria sociedade, que não permite de forma alguma a alienação da soberania popular aos governos instituídos.

Observa-se que na concepção rousseauiana, no Estado de Natureza os indivíduos vivem isolados em uma situação de felicidade sob a forma daquilo que se denomina o bom selvagem. Porém, tal fato é interrompido quando surge a propriedade privada, gerando o Estado de Sociedade, que se assemelha ao Estado de Natureza hobbesiano da guerra de todos contra todos. (CHAUI, 1997, p. 399)

É a partir dessa situação que se origina o contrato social, que faz com que a propriedade deixe de ser um direito natural e se transforme em um direito civil, e dessa forma será garantida ao soberano, que na visão de Rousseau trata-se do próprio povo. (*Ibid idem*, p. 401)

Por fim, cabe mencionar que Rousseau, ao construir a ideia do contrato social, visou estabelecer os “verdadeiros princípios do direito político”, de modo que o Estado o fundasse sobre sua base (2001, p. 144). No entanto, reconhece que sua teoria ainda está limitada para tratar sobre questões relativas às relações exteriores do Estado, como o direito de gentes, demandas relativas ao comércio, guerras, entre outros pontos cruciais que estão inseridos no funcionamento estatal. (*Ibid idem*, p. 144)

## Referências

- BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CHAUI, M. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1997.
- DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- JELLINEK, G. *Teoría general del Estado*. México D.F.: FCE, 2000.
- MASCARO, A. L. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MÜLLER, F. *Quem é o povo? – A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NASCIMENTO, M. M. do. “Rousseau: da servidão à liberdade”. In: WELFORT, F. C. (org.). *Os Clássicos da Política*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2000, v. 1.
- ROUSSEAU, J. J. *Do contrato social: texto integral*. Trad. Antônio P. Machado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Saraiva de bolso, 2011.

---

Recebido em: 30/11/2013

Aprovado em: 20/12/2013



## “O QUE É IDEOLOGIA?”, CHAUI, MARILENA

---

Luís Alberto da Costa<sup>1</sup>

A suposição de que ideologia seria “qualquer conjunto encadeado de ideias” (CHAUI, 2008, p. 7) parece usual até mesmo no meio acadêmico. A tarefa brilhantemente empreendida pela autora é desfazer tal equívoco e explicar a ideologia como “um ideário histórico, social e político que oculta a realidade” (*Ibid idem*, p. 8) e serve para sustentar as relações de poder em uma sociedade.

De início, a autora formula uma breve noção de ideologia a partir da filosofia grega e do racionalismo moderno. Observa que para Aristóteles o conhecimento da realidade estava no conhecimento da *causa*. Quatro causas hierarquizadas formariam a realidade. As causas formal e final, mais valiosas, vinculavam-se à atividade ética e política (*práxis*); e as causas material e eficiente, menos valiosas, vinculavam-se à atividade técnica (*poiésis*, o trabalho). Tal idealização foi a explicação metafísica para ocultar a realidade das relações sociais do mundo grego e medieval entre homens superiores (cidadãos gregos e senhores feudais) e homens inferiores (escravos na Grécia antiga e servos na Idade Média). Já na Modernidade, a partir de Descartes, reduzem-se as causas a apenas duas, eficiente e final. Separam-se Natureza (causa eficiente, mecânica, corpo) e Homem (causa final, liberdade, razão, espírito) do que surge como uma nova ideia de trabalho e de conhecimento fundada no domínio técnico sobre natureza, sociedade, corpo e espírito. Mas, enquanto para o burguês essa ideia de trabalho se expressa na vontade livre e controladora dos fins, para o trabalhador (assalariado, subordinado) o trabalho é uma relação mecânica. Na Modernidade, a liberdade é um conceito puramente formal, metafísico: só há vontade realmente livre para o burguês (proprietário). Essa explicação de realidade, produzida de modo idealizado, legitima a desigualdade e dominação social e impede a compreensão da realidade social. Eis, portanto, uma noção de *ideologia*.

Em seguida, faz-se um breve histórico do termo, a começar pelos ideólogos franceses, grupo de pensadores antimetafísicos, antiteológicos e

---

<sup>1</sup> Acadêmico do curso de graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Auditor Fiscal da Receita Estadual do Ceará.

antimonárquicos, que foram partidários de Napoleão, mas que, posteriormente, ao se tornarem opositores de seu regime, foram acusados por Napoleão de serem *metafísicos* e de distorcerem a realidade – fato que deu um sentido pejorativo ao termo. Com Auguste Comte, o termo voltou a ser empregado no sentido de atividade de formação das ideias pela observação e pelas sensações, e também passou a significar “o conjunto de ideias de uma época” (*Ibid idem*, p. 25-26). Com Durkheim, a atitude ideológica ganhou o significado de não científica por ser subjetiva e tradicional, corrompida por pré-noções do cientista e desprovida de conceitos precisos. Todavia, a concepção positivista da realidade já é, ela mesma, ideológica, pois se baseia na observação de fatos que já não são as condições reais de existência, mas sim fenômenos ideologicamente produzidos e condicionados.

Decerto, o conceito de ideologia adotado por Chaui se baseia no livro *A Ideologia Alemã*, em que Marx faz uma análise dos pensadores alemães posteriores a Hegel. Para Marx, esses filósofos (Feuerbach, Stirner e Strauss, *v.g.*) tomaram um aspecto da realidade humana e o transformaram em uma ideia universal da qual se poderia deduzir todo o real. Marx condena a separação entre a produção das ideias e as condições sócio-históricas em que são produzidas. Para ele, a História é a única ciência concebida como conhecimento dialético e materialista da realidade social. A ideologia, ao oposto, distorce a História ou dela se abstrai completamente.

Mesmo criticando radicalmente a filosofia hegeliana, Marx conserva alguns de seus aspectos essenciais, como “o conceito de dialética hegeliana como movimento de produção da realidade cujo motor é a contradição”. Contudo, sem idealizações, a contradição se daria em condições reais, nas relações de produção das condições materiais de existência e no modo de se pensar e interpretar essas relações, o que pode ser investigado a partir do *aparecer social*, mas só é compreendido quando se chega ao *ser social*, como, por exemplo, na compreensão do valor do trabalho a partir da mercadoria (aparecer) até o trabalho social não pago (ser social).

Todavia, em nossa sociedade essas condições são invertidas: as coisas se humanizam e as pessoas se reificam, como se as ideias humanas fossem autônomas e pudessem controlar a vida dos próprios homens, e o fenômeno da ideologia é que conserva essa “realidade” e a faz “normal, natural, racional, aceitável”. As ideias, baseadas no modo como a atividade humana *aparece* na experiência imediata, uma inversão do real, elevam-se à condição de *universais abstratos* e passam a controlar a vida das pessoas. A alienação, portanto, é a forma inicial da consciência. Os homens não se percebem como produtores de sua realidade porque a ideia é tomada como anterior às relações sociais. É nesse sentido que

o Estado *aparece* como realização do interesse geral, mas protege o interesse de uma classe dominante, e em vez de aparecer como poder social unificado, aparece como poder abstrato, desligado dos homens.

Assim, a ideologia se baseia na alienação e na suposição de que ideias existem por si, como, por exemplo, a ideia de liberdade de igual direito de escolha. Mas, afinal, existe mesmo igual liberdade para todos? Quem dá as condições de escolha? A condição real ocultada é o fato de que o Direito é o instrumento capital do Estado para regular as relações sociais em proveito dos dominantes, fazendo com que o *legal apareça* como legítimo, justo e bom. As ideias dominantes são as ideias da classe dominante, que, tornadas ideias *gerais e comuns* (racionais, verdadeiras), produzem a inversão da realidade, e essa suposta autonomia das ideias conforma a divisão do trabalho, que engendra a desigualdade social. De outro lado, uma transformação histórica capaz de superar essas contradições tem de se situar no modo de ser social do homem, e uma relação dialética entre teoria e prática seria a condutora desse processo de produção da história humana, pelo próprio homem, em seu sistema de relações sociais.

Por fim, a autora aborda uma forma contemporânea de ideologia, a da *competência*, baseada na ideia de organização e nas novas práticas das relações sociais, donde decorre a racionalidade administrativa, objetiva, eficiente, que funciona por si mesma, e na relação de dependência entre tecnologia e ciência. A nova divisão separa os que têm competência (saber) e os que não tem, a *ideologia invisível* (Lefort), do que decorre o domínio dos especialistas, e a hegemonia das leis de mercado. É a sociedade da competição (pela competência).

Em suas conclusões, Chauí observa que o discurso ideológico, para ser coerente e racional, precisa manter “espaços vazios”, e que a transformação das ideias não depende delas mesmas, mas das transformações das relações sociais, econômicas e políticas. O racionalismo coloca a “Razão como sujeito da história”, mas a própria ideia de razão é fundada naquilo que numa sociedade é, compreendida como racional ou irracional, pela forma das relações sociais.

Logo, diante do lúcido e esclarecedor conceito traçado por Marilena Chauí, podemos propor algumas indagações relevantes, sobretudo no campo do Direito, tendo em vista as inexoráveis e fundamentais implicações entre Direito, Poder e ideologia, pois a ordem jurídica é, em si mesma, um fenômeno ideológico por excelência. A ciência jurídica é caracterizada por universais abstratos, que separam Direito e realidade social e que retiram sua facticidade e historicidade; e por *espaços vazios* que permitem ao poder dominante uma ampla margem de discricionariedade, o que produz ainda mais dominação e desigualdade. E, nesse sentido, a discricionariedade é inimiga da democracia, pois, em nome de uma

pretensa equidade (e razoabilidade), baseada em “valores” desconectados das condições reais de existência, produz uma abertura semântica que só beneficia a quem tem poder suficiente para dela tirar proveito.

Não obstante as possíveis ressalvas às doutrinas marxistas (ou neomarxistas) em tempos atuais, é evidente que esse mesmo conceito de ideologia permaneça situado firme e consistentemente nas condições sociais e históricas do nosso país. E, se a democracia e a nossa Constituição dirigente e social, com suas promessas de transformação da realidade, máxime seu art. 3º (erradicação da pobreza, solidarismo, justiça social, etc.) conformam a realidade histórica do nosso tempo, resta indagar: em que sentido as normas constitucionais representam o nosso modo de ser social determinado histórico-culturalmente, voltado para a transformação social? E em que sentido o constitucionalismo seria uma mera reafirmação da ideologia da classe hegemônica, ou a ascensão de uma outra classe dominante? Enfim, será então possível que o Direito, por meio de uma constituição dirigente-social-solidária, supere a barreira ideológica que o separa do *ser social*, das nossas reais condições de existência?

## Referência

CHAUI, M. *O que é Ideologia?* 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2008.

---

Recebido em: 18/05/12

Aprovado em: 07/08/2013

---

RESUMOS DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2013



# “A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA: EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E OS REFLEXOS DA TRIBUTAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL”.

.....  
Aldo Aranha de Castro

Data da defesa: 13/04/2013

## **Banca examinadora:**

Prof.<sup>a</sup> Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Prof. Dr. Marcelo de Lima Castro Diniz – examinador externo

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria de Fátima Ribeiro

**Resumo:** O presente estudo voltou-se à intervenção do Estado na ordem econômica por meio da tributação. Para tanto, fez-se importante a abordagem do tema em conformidade com a ordem econômica e social, prevista no artigo 170 da *Constituição Federal* (que traz em seus incisos os princípios garantidores da ordem econômica). Fez-se necessária uma análise da efetividade das políticas públicas tributárias, trazendo alguns exemplos de sua implementação, com vistas ao desenvolvimento socioeconômico nacional. Cumpriu-se trazer ao trabalho os reflexos da tributação no desenvolvimento econômico e social para, somente assim, perceber-se quão intimamente estão relacionados o Direito e a Economia e a necessidade de o Estado intervir no domínio econômico para garantir a justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana, pois somente com intervenções pode-se prevenir e coibir abusos do poder econômico, tudo isso com o intuito, entre outras questões, de se reduzir as desigualdades regionais econômicas e sociais. Essa intervenção do Estado se dá por meio de políticas públicas que podem ser traduzidas em incentivos fiscais e demais subsídios, encontrando respaldo, também, na *Carta Magna*, bem como em legislações específicas, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece critérios para que ocorra a exoneração tributária. Os princípios constitucionais tributários, por sua vez, trazem a garantia de que a sociedade e os contribuintes como um todo necessitam, pois, ao mesmo tempo que permitem a atuação do Estado, intervindo na economia, funcionam como limitadores ao poder de tributar, fazendo com que ele atue, mas respeitando os ditames constitucionais. Em sequência, o trabalho destacou, também, alguns dos incentivos fiscais, trazendo exemplos empíricos de como eles se dão, com vistas ao desenvolvimento econômico e social, além de ter

demonstrado a alta carga tributária brasileira, sem que haja uma contraprestação satisfatória por parte do Estado, em termos de educação, saúde, moradia, etc. Realizou-se, ainda, uma análise da livre concorrência e livre iniciativa, que são os princípios fundamentais da ordem econômica, sem os quais haveria muitos abusos, devendo-se garantir um equilíbrio concorrencial que proporcione a efetividade das políticas públicas e o atendimento a todos os princípios estudados, respeitando-se os ditames constitucionais e legais. Portanto, o estudo em questão pretendeu demonstrar que a intervenção do Estado na economia é necessária, mas também se deve observar a questão da extrafiscalidade (que ganha ênfase na concessão de incentivos fiscais e adoção de políticas públicas) para salvaguardar o direito da sociedade. A tributação não pode deixar de existir, já que o próprio Estado deixaria de existir por não conseguir sequer manter a soberania nacional, além do que não se pode desconsiderar que a relação entre economia e Direito Tributário deve sempre estar pautada pela *Constituição Federal* com o fito de se atingir a justiça social, trazer bem-estar à sociedade e garantir a dignidade humana.

**Palavras-chave:** Efetividade de Políticas Públicas Tributárias; Intervenção do Estado; Ordem Econômica.

# “LIMITAÇÕES AMBIENTAIS E PROPRIEDADE RURAL”

Marcelo Farina de Medeiros

Data da defesa: 26/04/2013

## **Banca examinadora:**

Prof. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza

Prof. Dr. Nelson Borges – examinador externo

Prof. Dr. Ruy de Jesus Marçal Carneiro

**Resumo:** É característica do pós-modernismo a imposição de funções sociais a direitos individuais, visando ao bem comum. Essa reconstrução da sociedade, em que atividade econômica, contrato e propriedade de indivíduos devem atender a uma função social reclamou a reconstrução do Direito para aliar a justiça do Jusnaturalismo à segurança jurídica do Positivismo. Essa reconstrução jurídico-normativa da sociedade se deu mediante a constitucionalização do Direito. Tem-se, então, uma norma de hierarquia superior que deve compatibilizar com todas as leis e atos normativos infraconstitucionais. Essa norma hipotética fundamental é construída sobre direitos essenciais que foram a base da sociedade; valores sociais que são positivados por meio de princípios. Esses vão orientar a elaboração, recepção e interpretação de todo o ordenamento jurídico. Dentre os princípios constitucionais, destacam-se, em relação ao presente trabalho, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, o princípio democrático e o princípio da dignidade da pessoa humana, que se orientam no sentido da coexistência entre direitos individuais e coletivos; dentre esses, o direito de propriedade e o direito de viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. São características dos direitos fundamentais a coexistência e limitabilidade, ou seja, devem coexistir, mas não ao ponto de a realização de um importar a negação do outro. Para a conciliação entre os direitos ambiental e de propriedade, a *Constituição Federal* impõe uma função social ao direito de propriedade, determinando que o titular do imóvel exerça seus direitos de uso, gozo e disposição em prol da sociedade, de modo a promover o desenvolvimento socioeconômico. Dentre os requisitos ao cumprimento da função social da propriedade rural está a proteção ambiental. É corolário da proteção ambiental o princípio da prevenção, segundo o qual é pressuposto para a realização de atividades potencialmente poluidoras a comprovação científica de que os impactos ambientais dela decorrentes não importarão em poluição intolerável.

São legítimas, portanto, restrições aos direitos de uso, gozo e disposição da propriedade, mas as restrições a direitos fundamentais devem se pautar pelo Princípio da Proibição de Excesso. O princípio da proibição de excesso das normas limitadoras de direitos fundamentais é um instrumento de compatibilização vertical entre normas constitucionais e infraconstitucionais, visando que a garantia dos direitos sociais não comprometa os direitos individuais. A tutela ambiental que limita o direito de propriedade no imóvel rural, como toda e qualquer tutela de direito que limite direito fundamental, deve se pautar pelo Princípio da Proibição de Excesso. No caso do Direito Ambiental, deve haver uma conciliação entre o princípio da prevenção e o Princípio da Proibição de Excesso de modo que, em não se tratando de atividade potencialmente causadora de danos graves e irreversíveis ao equilíbrio ecológico, as limitações ao direito fundamental de propriedade devem se restringir ao mínimo necessário para atingir sua finalidade sem comprometer a existência dos direitos individuais, em prol da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e do Código Florestal.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Desenvolvimento sustentável; Direito de propriedade; Direito Ambiental.

# “DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL FUNDADA NA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO NO BRASIL”

.....  
Rafaela Geiciani Messias

Data da defesa: 19/04/2013

## **Banca examinadora:**

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

Prof. Dr. Francisco Emílio Baleotti – examinador externo

Prof.<sup>a</sup> Dra. Marisa Rossignoli

**Resumo:** Estudou-se o conceito de dignidade da pessoa humana e a proteção constitucional oferecida a ela. Destacou-se o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto finalidade do Estado Democrático de Direito demonstrando sua importância no âmbito nacional e internacional, bem como os principais pressupostos para que ela seja alcançada. Enfatizou-se a importância da valorização do trabalho humano no Brasil e sua relevância na *Constituição*, bem como as garantias previstas em prol do trabalhador no ordenamento jurídico. Tratou-se, ainda, da necessidade da valorização do trabalho humano na sociedade atual e os problemas encontrados para sua valorização. Foi utilizado o método dedutivo por justificar-se com os objetivos propostos. Concluiu-se a necessidade da criação de medidas de proteção ao trabalhador humano para que seja alcançada a realização do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de que a contraprestação do trabalho humano favoreça a efetivação dos valores sociais, bem como o ambiente de trabalho se constitua em um campo fértil para que o homem se realize e proteja suas aspirações. Dessa forma, necessariamente, a principal responsabilidade empresarial, de acordo com a ordem econômica constitucional, é a promoção da valorização do trabalho humano enquanto condição necessária para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana; Estado Democrático de Direito; Proteção ao trabalhador; Valorização do trabalho.

# “DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PROCESSO DE AUTOMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL: O TRABALHO BANCÁRIO.”

.....  
Claudia Ferreira Alves Teixeira

Data da defesa: 19/04/2013

## **Banca Examinadora:**

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

Prof. Dr. Francisco Emílio Baleotti – examinador externo

Prof.<sup>a</sup> Dra. Marisa Rossignoli

**Resumo:** O objetivo deste estudo foi mostrar os processos de automação e seus reflexos nas relações de trabalho no Brasil, em especial no setor bancário, tendo em vista o inciso XXVII do artigo 7º. da *Constituição Federal*. Entende-se por automação um processo de substituição da força humana pelas máquinas, reduzindo o custo operacional. O processo de automação bancária, no Brasil, iniciou-se na década de 1960 com o uso da informática e teve seu maior impacto no começo da década de 1990, deixando rastros de sua evolução, ou seja, contribuindo com o desemprego estrutural. Utilizando-se da pesquisa bibliográfica, por meio do método dedutivo, buscaram-se os subsídios para analisar o processo de automação e as medidas que poderiam amenizar seus efeitos nos dias atuais. O estudo demonstrou que a automação é um processo irreversível, pois foi considerado necessário para a sobrevivência das instituições em um mercado competitivo e globalizado. Partindo dessa premissa, o intuito desta pesquisa não foi mostrar-se contrário ao processo de automação, mas estabelecer limites com fundamento no inciso XXVII do artigo 7º da *Constituição Federal* para proteger o trabalhador e garantir seu direito social ao trabalho de forma digna. O referido dispositivo trata de norma constitucional de eficácia contida e, passados mais de 20 anos da *Constituição* de 1988, ainda não teve sua regulamentação. No entanto, pode dar fundamento a decisões e ser objeto de mandado de injunção para fazer valer o direito nele contido, considerando-se que trata da defesa de um direito social. Diante da crescente automação, foram analisadas alternativas legislativas à proteção do trabalhador, baseadas em projetos de lei. Considerando que, em sua maioria, os direitos trabalhistas fazem parte dos direitos sociais, incluindo a fixação de limites aos processos de automação, torna-se necessário que os prejuízos decorrentes desse processo possam ser compensados,

em último caso, com a oferta, aos trabalhadores, de cursos de capacitação profissional, aproveitamento em outros setores de produção, incremento do seguro-desemprego, entre outras providências. Também ficou constatado que, em parte, em especial no setor bancário, o processo de automação carece da participação efetiva das entidades de representação sindical, evitando que sejam criados limites convencionais para os casos concretos.

**Palavras-chave:** Automação; Desemprego; Setor bancário.

# “O MEIO AMBIENTE EMPRESARIAL E A PREVENÇÃO DOS ACIDENTES DE TRABALHO DIANTE DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA”.

.....  
Christiane Spiti

Data da defesa: 12/04/2013

## **Banca Examinadora:**

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

Prof.<sup>a</sup> Dra. Tânia Lobo Muniz – examinadora externa

Prof.<sup>a</sup> Dra. Walkíria Martinez Heinrich Ferrer

**Resumo:** A presente dissertação tem como principal objetivo analisar a função social da empresa na preservação da saúde do trabalhador. A partir do surgimento do Estado Social, a propriedade deixou de ser reconhecida com objetivos meramente individualistas, passando a ser pautada pelas questões da coletividade. Desse modo, a função social da propriedade deixou de ser vista sob a ótica somente do lucro, passando a ser revestida com o caráter social, o mesmo acontecendo com a empresa, que, por derivação, adquiriu, também, a obrigação de realizar objetivos sociais. Atualmente, a empresa continua buscando os lucros para que, assim, possa se manter no mercado, mas suas estratégias, seus interesses devem sempre buscar atender aos interesses coletivos, determinados pela função social, que é prevista constitucionalmente. Para tanto, a empresa, ao atender sua finalidade social, contribuirá para a preservação da saúde dos trabalhadores, evitando a ocorrência de infortúnios trabalhistas, destacados como acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, que a cada dia vêm preocupando a todos com o grande aumento de seus números estatísticos. A empresa, dentro do novo contexto em que está inserida, somente cumprirá sua função social desde que preserve o meio ambiente do trabalho, que é elevado à condição de Direito Fundamental, sem o qual não conseguirá atingir seus objetivos sociais em relação ao público externo. A presente pesquisa, após um elaborado estudo que destacou o ambiente de trabalho, construiu propostas de aperfeiçoamento com ações protetivas, contando com a participação de agentes públicos e privados, sem os quais seria difícil alcançar resultados satisfatórios.

**Palavras-chave:** Dignidade; Função Social; Saúde do Trabalhador.

# “O COOPERATIVISMO COMO INSTRUMENTO CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL”

.....  
Glauca Silva Leite

Data da defesa: 12/04/2013

## **Banca examinadora:**

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Prof.<sup>a</sup> Dra. Ana Paula Martins Amaral – examinadora externa

Prof.<sup>a</sup> Dra. Marisa Rossignoli

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo demonstrar o papel do cooperativismo no Brasil como instrumento da ordem econômica capaz de contribuir para o desenvolvimento nacional. A proposta, para tanto, é a intervenção do Estado no cooperativismo, conforme prevê o art. 174 da *Constituição Federal* de 1988 e a atualização legislativa do setor, considerando o fato de que a Lei nº 5.764/1971, que regulamenta o cooperativismo nacional, não estar mais de acordo com a real situação das cooperativas na atualidade. Por meio da referida lei, estabelecer-se-iam mais atribuições à Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB). Outro passo seria a desvinculação do sistema do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, vinculando-se a outro ministério, considerando-se seu atual perfil. Assim, a OCB, mais fortalecida, poderá outorgar aos cooperados e às cooperativas, indiscriminadamente, o atendimento devido, promovendo a educação cooperativista e a orientação de todos os envolvidos, além de orientação tributária e legislativa. Apoiado dessa forma, o setor tenderá a crescer e a promover a distribuição equitativa de renda, gerando recursos financeiros e econômicos para seus cooperados e para toda a sociedade, melhorando a qualidade de vida dessa população, podendo ser excelente ferramenta para alcançar o objetivo fundamental da República, previsto no art. 3º, III, da *Constituição Federal*, qual seja: a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Neste trabalho, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e exploratória com base em livros e artigos; além da documental, com método descritivo e analítico. Utilizou-se, também, a pesquisa dogmático-jurídica, tendo como base livros e artigos jurídicos de diversos autores, legislação, jurisprudências e documentos governamentais e de estudos econômicos.

**Palavras-chave:** Cooperativismo; Desenvolvimento; Intervenção estatal; OCB.

# “ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E ORDEM ECONÔMICA: UMA QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA”.

.....  
Henrique Bragança

Data da defesa: 22/02/2013

## **Banca examinadora:**

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Prof. Dr. Luiz Ricardo Guimarães – examinador externo

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

**Resumo:** A presente dissertação teve como objetivo traçar um panorama geral da saúde no Brasil considerando-se a questão orçamentária. Em um segundo momento, foram realizados estudos relacionando à saúde no Brasil com os direitos fundamentais pregados na *Constituição Federal*. Pretendeu-se realizar uma análise das formas de atendimento à saúde pública indicando as políticas públicas à saúde, analisando o orçamento quanto às verbas destinadas para esse fim e os devidos repasses, inclusive comentando o acesso da população à reclamação de seus direitos. A pesquisa também destacou um patamar geral de como a saúde pública é desenvolvida, apontando suas condições, e relacionamento com o orçamento. A metodologia utilizada foi a dialética, própria do estudo do Direito.

**Palavras-chave:** Assistência à saúde; Direitos fundamentais; Orçamento Público.

# “COMÉRCIO ELETRÔNICO: TÍTULOS DE CRÉDITOS VIRTUAIS”

---

Mainardo Filho Paes da Silva

Data da defesa: 24/05/2013

## **Banca examinadora:**

Prof.<sup>a</sup> Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Prof. Dr. Nelson Borges – examinador externo

Prof.<sup>a</sup> Dra. Walkíria Martinez Heinrich Ferrer

**Resumo:** O comércio eletrônico surge como ferramenta protagonista desta nova fase do capitalismo globalizado. Essa nova modalidade comercial, baseada na atividade de intermediação de bens e serviços via web, impacta a economia mundial. Com o comércio eletrônico, aparecem os títulos de crédito virtuais, que, em razão de suas características, quais sejam a cambiabilidade, negociabilidade e executabilidade, servindo como instrumentos de pagamento dos negócios oriundos desse tipo de comércio. Diante da importância desses dois institutos, comércio eletrônico e títulos de crédito virtuais, surgem alguns questionamentos: os negócios pactuados na web e os títulos de crédito emitidos virtualmente têm validade jurídica? O comércio eletrônico pode contribuir para o desenvolvimento do Brasil? Quais as vantagens que os títulos de créditos virtuais podem proporcionar ao comércio eletrônico? Para a construção deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo por meio de pesquisas bibliográficas em doutrinas e artigos, consulta a legislações e jurisprudências, de onde foram extraídos os conceitos e características gerais dos institutos discutidos, sempre com a cautela de se fazer a devida referência. Dessa forma, a conquista dos objetivos propostos demonstra que o comércio eletrônico é vital para que o Brasil alcance o desenvolvimento, garantido pelo preâmbulo e inciso II do artigo 3º da *Constituição Federal*, e que os títulos de crédito são importantes como instrumentos de adimplemento de obrigações nessa nova modalidade comercial, que é o *e-commerce*. Ademais, tanto o comércio eletrônico como os títulos de crédito eletrônicos já têm reconhecimento jurídico.

**Palavras-chave:** Adimplemento; Comércio eletrônico; Títulos de Crédito Virtuais.

# “CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA”.

Anderson Ricardo Gomes

Data da defesa: 21/06/2013

## **Banca examinadora:**

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Prof. Dr. Marcelo de Lima Castro Diniz – examinador externo

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita

**Resumo:** A presente pesquisa teve como objeto de análise, dentro do modelo de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, as repercussões que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em exame de constitucionalidade em temas jurídico-tributários, exercem sobre as decisões judiciais proferidas em casos concretos já submetidos ao crivo do Poder Judiciário e transitadas em julgados, com fundamentação e decisão frontalmente oposta à resolução ulterior da Corte Constitucional. Para tanto, fez-se a descrição dos diferentes métodos de controle de constitucionalidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro, com especial ênfase aos efeitos inerentes a cada uma das espécies de controle, além da apreciação do instituto da súmula vinculante e da tendência doutrinária e jurisprudencial da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade no Brasil. A partir de então, a investigação científica centrou-se na eficácia para o futuro dos conteúdos decisórios proferidos em ações declaratórias em matéria tributária, para, a partir dessa premissa, defender-se a possibilidade de que as decisões do Supremo Tribunal Federal, dotadas de eficácia vinculante e aplicáveis *erga omnes*, proferidas posteriormente ao trânsito em julgado das ações concretas fundadas na(s) mesma(s) questão(ões) de Direito, em sentido diverso destas, têm o condão de esvaziar a eficácia da coisa julgada tributária no que se refere a seus efeitos futuros, independentemente de nova intervenção do Poder Judiciário, sendo que o princípio jurídico constitucional que embasa essa conclusão é o da isonomia concorrencial. O aludido princípio encontra-se consagrado no art. 170, IV, da *Constituição Federal*, pautando as relações jurídicas celebradas entre os agentes econômicos entre si e servindo de vetor axiológico das intervenções estatais na

ordem econômica, sejam realizadas por meio do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** Coisa julgada tributária; Decisões do Supremo Tribunal Federal; Isonomia concorrencial.

# “A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO REDUTORA DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO DE CONSUMO”.

Wildemar Roberto Estralioto

Data da defesa: 08/11/2013

## **Banca examinadora:**

Prof.<sup>a</sup> Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira

Prof.<sup>a</sup> Dra. Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral – examinadora

externa

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita

**Resumo:** O presente estudo analisa aspectos históricos que redundaram no surgimento de uma inovadora concepção de mercado concorrencial. Faz referência à Revolução Industrial, bem como aos reflexos que produziu no regime concorrencial e na economia. Aborda as mudanças promovidas na produção e nas relações de consumo com o capitalismo industrial, com a homogeneização dos bens e serviços ofertados, o surgimento de atos de concentração e a disparidade surgida com o distanciamento entre a informação de titularidade do fornecedor e aquela que está em posse do comprador. Expõe as razões que conduzem ao entendimento de que a concorrência é importante instrumento para a defesa do consumidor. Apresenta as estruturas de mercado que se caracterizam como falhas ao sistema concorrencial e que produzem reflexos negativos para a satisfação dos interesses dos consumidores. Destaca a importância da intervenção do Estado na atividade econômica, principalmente na regulação da atividade concorrencial. Estuda a correlação existente entre a concorrência e a variedade de oferta com o direito do consumidor à informação. Examina o alcance constitucional obtido pelo direito de informação do consumidor e seu caráter de direito fundamental. Exibe os fatores que influenciam na geração da assimetria de informações nas relações de consumo. Conclui com a apresentação dos fatos que consubstanciam o entendimento de que a concorrência é instrumento adequado para a manutenção do equilíbrio das relações de consumo.

**Palavras-chave:** Assimetria de informação; Concorrência; Equilíbrio nas relações.

# “INCENTIVOS FISCAIS DO ICMS: FORMAS, LIMITES E EFEITOS NA ORDEM ECONÔMICA E NO DESENVOLVIMENTO REGIONAL”.

.....  
Silvia Gabriela Duarte Araujo

Data da defesa: 16/12/2013

## **Banca examinadora:**

Prof.<sup>a</sup> Dra. Maria de Fátima Ribeiro

Prof. Dr. Rodrigo Antônio da Rocha Frota – examinador externo

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita

**Resumo:** Com o presente trabalho, propôs-se estudar a tributação dentro dos fundamentos e princípios propostos na ordem econômica descrita no Art. 170 da *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Para tanto, o estudo se dividiu em quatro capítulos destinados à análise da inter-relação entre a ordem econômica e a tributação. Em um primeiro momento, o estudo se destinou a averiguar a relação do tributo e as diretrizes da ordem econômica constitucional, o desenvolvimento econômico, a interferência realizada por políticas tributárias e composição indutora como mecanismos propulsores do desenvolvimento socioeconômico que podem atuar de forma negativa, inibindo o mercado, ou de forma positiva como mecanismo de incentivo e promoção, com o fim de favorecer o sistema econômico em busca do bem comum. Para se obter uma melhor compreensão, no segundo capítulo foi observada a função social do tributo, determinada pelo texto constitucional, o tributo em sua função tradicional de arrecadação de receitas para a manutenção do Estado e, posteriormente, sua função diversa, a extrafiscalidade. No terceiro capítulo, com fulcro na imensa importância do tributo ICMS, sua tributação e o pacto federativo no modelo de Estado Fiscal e Social adotado pelo Brasil foram analisados, e o trabalho remeteu à questão da guerra fiscal e do federalismo fiscal por cooperação, que, em dado momento, se contrapõem na ocorrência de verdadeiros leilões de ofertas entre os próprios entes federativos brasileiros que disputam a atração de investimentos privados. No quarto capítulo, o estudo destacou as formas, limites e efeitos dos incentivos fiscais no desenvolvimento econômico e abordou os tratamentos tributários diferenciados a determinadas regiões do país, a concessão e limites do incentivo em face da lei de responsabilidade fiscal, o equilíbrio da concessão do

incentivo fiscal no modelo de Estado social e os efeitos da desoneração tributária no desenvolvimento econômico do Brasil.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento; Economia; Tributo.

# “APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS”.

Luiz André de Carvalho Macena

Data da defesa: 06/12/2013

## **Banca examinadora:**

Prof. Dr. Antônio Celso Baeta Minhoto

Prof. Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva

Prof. Dr. Lourival José de Oliveira

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo analisar os direitos fundamentais e a possibilidade de sua aplicação nas relações entre particulares. A *Constituição Federal*, em seu artigo 1º, inciso III, garante como fundamento da República a dignidade da pessoa humana; já no artigo 3º, quanto aos objetivos traçados pelo legislador constitucional, está, além de outros, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Após a *Constituição* de 1988, as relações civis entre particulares ganharam outros elementos de observação obrigatória que até então não eram tratados na esfera privada. Com isso, a limitação da autonomia privada, da liberdade contratual, a boa-fé nas relações contratuais e a função social do contrato são abordados como elementos facilitadores e indicativos da necessidade de se aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas. O texto constitucional é claro ao garantir que os direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, significando, com isso, que os direitos fundamentais poderão ser invocados a qualquer momento por aquele que se sentir lesado em sua esfera íntima de direitos. Para tanto, com base no solidarismo social, a *Constituição Federal* elencou vasto rol de direitos fundamentais que, pela própria característica, irradiam pelo sistema jurídico pátrio, incidindo nas relações privadas, sendo desnecessário qualquer outro ato por parte do legislador infra constitucional. A *Constituição* cidadã de 1988 é um instrumento de seu tempo que, em total correspondência aos anseios sociais, incluiu os direitos fundamentais como elementos centrais de um sistema jurídico pautado em valores sociais. Assim, considerando-se o arcabouço jurídico brasileiro, não há como pretender afastar de uma relação jurídica os direitos fundamentais. O trabalho foi realizado com base em pesquisas doutrinárias, livros, artigos, revistas de diversos autores, incluindo-se, ainda, o estudo dos principais casos julgados nos tribunais pátrios que tratam do tema.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; aplicação; relações privadas.



---

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO



# 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 criar condições para a atuação do profissional do Direito no ensino jurídico contemporâneo em face às tendências decorrentes do processo de globalização e disseminação das inovações tecnológicas;
- Implementar e divulgar os conhecimentos científico, cultural e tecnológico gerados no programa, dando prioridade à produção científica e consequente divulgação, visando fornecer aos mestrandos subsídios para expandir e aprofundar conhecimentos técnicos na área de concentração.

### **Público-alvo:**

Bacharéis 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 pesquisa:**

***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 como 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 constante nas relações empresariais, de consumo e nas relações entre Estado e 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 (2 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 de 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 a concessão do título de mestre, além do cumprimento das demais exigências regimentais, o mestrando deverá prestar os Exames de Qualificação e de Proficiência em uma das seguintes línguas estrangeiras, e neles ser aprovado: Inglês, Espanhol, Italiano. Deverá apresentar sua dissertação de mestrado, defendê-la e obter aprovação 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 – Câmpus Universitário

Av. Hygino Muzzi Filho, nº 1001 – Bloco II – CEP: 17.525-902 –  
Marília/SP

Telefone: (14) 2105-4028

E-mail: [mestradodireito@unimar.br](mailto:mestradodireito@unimar.br)

### **COORDENAÇÃO DO PROGRAMA:**

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita



## NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A revista *Argumentum*, indexada na base de dados RVBI (Senado Federal) e com ISSN nº 1677-809X, tem como objetivo divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito 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 científicos), RESENHAS e COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA.

A Comissão Editorial da revista só avaliará trabalhos inéditos.

TEMÁTICA Nº 15 – Ano: 2014

“Empreendimentos econômicos, sustentabilidade e justiça social”.

1. Os **ARTIGOS** devem conter:

a) título em português e inglês: centralizado na página, com letra maiúscula, em negrito;

b) sumário (introdução, desenvolvimento, considerações finais, referências) apresentado em português e inglês;

c) resumo de até 250 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12;

d) 3 (três) palavras-chave em português e inglês;

e) de 15 a 25 páginas;

f) a seguinte formatação:

- Editor de texto: Microsoft Word;
- Formato: A4 (21 x 29,7 cm), em formato retrato;
- Fonte: Times New Roman;
- Tamanho da 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) referências às obras citadas que sigam o sistema de referência numérica, em notas de rodapé, com fonte 10;

h) transcrições com até 3 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas com aspas duplas. Transcrições com mais de 3 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm à esquerda, com fonte 11 e sem aspas;

i) ao final do texto, nas Referências, deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, normatizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

2. As **RESENHAS** deverão ser apresentadas com limite de até 3 (três) páginas, sem a identificação dos autores.

3. Os **COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA** deverão ser apresentados com limite de até 10 (dez) páginas, sem a identificação dos autores.

4. Cada trabalho encaminhado poderá conter, no máximo, 2 (dois) autores.

**5. Os autores não deverão indicar, no corpo do trabalho, seus nomes e titulações**, dados que deverão constar em arquivo anexo juntamente com a autorização expressa para publicação, bem como o endereço completo, telefones e e-mail para contato com o autor.

6. Os trabalhos deverão ser submetidos a uma revisão de linguagem e de digitação, e, neles, deverá constar a data de sua elaboração antes de serem encaminhados para a revista.

7. Todos os trabalhos serão analisados por 2 (dois) avaliadores externos ad hoc, bem como pela Comissão Editorial. Os que necessitarem de modificações serão devolvidos aos autores com as respectivas sugestões para alterações.

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 2 (dois) exemplares da revista como forma de registro de direitos autorais.

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 de trabalhos será considerado participações voluntárias e gratuitas dos autores, com os direitos autorais cedidos à UNIMAR.

12. A Comissão Editorial da revista reserva-se ao direito de não analisar os trabalhos enviados FORA DAS ESPECIFICAÇÕES SUPRACITADAS.

13. Os trabalhos para publicação deverão ser encaminhados pelo site <http://ojs.unimar.br>.



