

ARGUMENTUM
O CONTEXTO JURÍDICO E O PAPEL DO ESTADO
EM UMA ECONOMIA DE MERCADO

REVISTA DE DIREITO

11

Unimar
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM
O CONTEXTO JURÍDICO E O PAPEL DO ESTADO
EM UMA ECONOMIA DE MERCADO

REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

ARGUMENTUM– O CONTEXTO JURÍDICO E O PAPEL DO ESTADO EM
UMA ECONOMIA DE MERCADO - Revista de Direito – Universidade de
Marília.

Volume 11 – Marília: UNIMAR, 2010.

Anual.

ISSN – 1677-809X

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

UNIMAR

CDDir 340

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

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


UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Unimar

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

REITOR

Prof. Márcio Mesquita Serva

VICE-REITORA

Prof^a Regina Lúcia Ottaiano Losasso Serva

PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO

Prof. José Roberto Marques de Castro

PRÓ-REITORA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Prof^a Dr^a Suely Fadul Villibor Flory

COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Prof^a Dr^a Maria de Fatima Ribeiro

COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO DE DIREITO

Prof^a Dr^a Francis Marília Pádua Fernandes

Endereço para correspondência

ARGUMENTUM

REVISTA DE DIREITO - UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

Av. Higyno Muzzi Filho, 1001

MARÍLIA – SP – CEP 17525-902 – BRASIL

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

ARGUMENTUM
O Contexto Jurídico e o Papel do Estado em uma Economia de Mercado

REVISTA DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

CONSELHO EDITORIAL

- 1. Dr. Achim Ernest Röhrmann**
Membro do Gemeinsame Juristische Prüfungsamt der
Länder Berlin und Brandenburg
- 2. Dr. Dimitris Christopoulos**
Universidade de Panteion (Atenas)
- 3. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino**
Universidade Estadual do Rio de Janeiro
- 4. Dr. Jorge Esquirol**
Universidade Internacional da Flórida – USA
- 5. Dr^a Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira**
Universidade de Marília
- 6. Dr. John Milios**
Universidade Politécnica Nacional (Atenas)
- 7. Dr. Leonardo Greco**
Universidade do Estado do Rio de Janeiro
- 8. Dr. Luiz Edson Fachin**
Universidade Federal do Paraná
- 9. Dr^a Maria de Fátima Ribeiro**
Universidade de Marília
- 10. Dr. Paulo Roberto Pereira de Souza**
Universidade de Marília
- 11. Profa. Rita Loureiro**
Centro Universitário Salesiano do Estado de São Paulo

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

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

ARGUMENTUM
REVISTA DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MARÍLIA
Publicação Anual – Distribuição Gratuita – Pede-se Permuta
Ano 2010 - Volume 11
MARÍLIA – ESTADO DE SÃO PAULO – BRASIL
E-mail: revistaargumentum@unimar.br

Sumário

APRESENTAÇÃO	13
DOCTRINA	
PARTE TEMÁTICA - O Contexto Jurídico e o Papel do Estado em uma Economia de Mercado	
EL FRAUDE CARRUSEL DE IVA LLEGA A LOS INTANGIBLES <i>A fraude Carrossel do IVA (Imposto sobre valor agregado) chega aos intangíveis</i>	
Luis M. Alonso González	19
EL CÓDIGO ADUANERO DEL MERCOSUR: ALGUNOS ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISDICCIONALES <i>O código aduaneiro do Mercosul: alguns aspectos normativos e judicicionais</i>	
Alejandro Daniel Perotti.....	23
SÚMULA VINCULANTE Nº 08 E A MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: EFEITOS EM RELAÇÃO À REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO <i>The number 8 biding precedent and the effects modulation in constitutionality diffuse control: effects on reimbursement undue taxing</i>	
Carlos Renato Cunha	33
A NORMATIZAÇÃO JUSTRABALHISTA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DIANTE DAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA <i>Labor ruling a principle effectiveness of the dignity facing the new work relationships in contemporary society</i>	
Sonilde Kugel Lazzarin	59
ASSINATURA DIGITAL: SEGURANÇA E PROVA NAS CONTRATAÇÕES LETRÔNICAS <i>Digital Signature: security and evidence in electronics contracts</i>	
Vinicius Roberto Prioli de Souza	75
O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL <i>Public Attorney Office and public civil action at the protection permanent preservation areas and legal reserves</i>	
Jaquiel R. H. da Fonseca	89

A COMPENSAÇÃO ECONÔMICA PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL INSTITUÍDA NO PROGRAMA BOLSA FLORESTA DO ESTADO DO AMAZONAS <i>Economic compensation for environmental protection and sustainable development the forest grant program of Estate Amazon</i> Thiago Flores dos Santos	109
FUNÇÃO SOCIAL DO USO DE BENS PÚBLICOS: NATUREZA JURÍDICA E REQUISITOS DA OUTORGA DE USO DA ÁGUA E SUA RESPECTIVA COBRANÇA <i>Use of public property social function: juridical nature and requirements for water use permit and its charging</i> Luiz Marcello de Almeida Pereira	125
INTERVENÇÃO ESTATAL: O PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA <i>State intervention: the role of state in the economy</i> Andrine Oliveira Nunes	145
ESTUDO CRÍTICO SOBRE AS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA A PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO EM UMA ECONOMIA DE MERCADO <i>Critical study on the State interventions to protect human work and market economy</i> Lourival José de Oliveira.....	161
DIREITO INTERNACIONAL FRAGMENTADO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: AS REPERCUSSÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DOS ESTADOS NACIONAIS <i>Fragmented international law and the protection of human rights: the repercussions in the development of national states</i> Ana Muñoz Álvarez Henrique Weil Afonso José Luiz Quadro Magalhães	183
A PRINCÍPIOLOGIA SOCIAL DO DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO <i>Social principles in contemporary business law</i> Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira Fernanda Mesquita Serva Gisele Lopes de Oliveira	193
EXTERNALIDADES DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS FACE À SOCIEDADE DE RISCO <i>Technological development externality and its consequence towards risk society</i> Josyane Mansano Paulo Roberto Pereira de Souza	209
PARTE GERAL	
SELEÇÃO DO CONTEÚDO DE UMA DISCIPLINA JURÍDICA: DIREITO AGRÁRIO <i>Content selection in a law school subject: agrarian law</i> Marcos Prado de Albuquerque	229
TRIBUTAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO <i>Taxing issues in electronic trade</i> Cedemir José Pellegrin.....	251

RESENHA

Limites da Intervenção do Estado nas Relações de Consumo Nadialice Francischini de Souza.....	269
--	-----

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Acórdão - Violação ao princípio da livre concorrência e iniciativa André Luiz Ortiz Minichiello	275
--	-----

ENTREVISTA

Direitos e deveres: Constituição brasileira é a mais elaborada do mundo André-Jean Arnaud.....	283
---	-----

RESUMO DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2010	285
---	-----

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO	311
--	-----

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO	315
-------------------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

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

Na avaliação trienal de 2007/2009, o Programa obteve a renovação de seu credenciamento junto à CAPES e, no atual triênio, está dando continuidade aos Projetos editoriais com a edição de livros e de outros periódicos. A UNIMAR tem muitos motivos para comemorar. Além de ter obtido a avaliação máxima no ENADE do Curso de Graduação em Direito, a Universidade de Marília consolida-se como a 4ª melhor Instituição de Ensino privada do Estado de São Paulo, segundo o Ministério da Educação. Parabéns aos professores e alunos por mais esta conquista.

A REVISTA ARGUMENTUM, mantendo sua proposta editorial redimensionada, é apresentada anualmente com volumes temáticos, com o objetivo de disseminar, de forma sistematizada, artigos científicos da área jurídica mediante a inserção das produções científicas de autores convidados, do corpo docente e discente do Programa. Durante o ano de 2010, foram titulados 16 mestrandos e os resumos das dissertações são publicados neste número. A Revista contempla também informações específicas sobre a estrutura do Programa, sobre os grupos e projetos de pesquisa, além de outras atividades desenvolvidas pelos professores, mestrandos e alunos do Curso de Graduação em Direito da Instituição.

Dos quinze artigos que compõem o VOLUME 11 da REVISTA ARGUMENTUM treze estão relacionados com a temática *O Contexto Jurídico e o Papel do Estado em uma Economia de Mercado* e dois abordam outros temas, constando na Parte Geral. Este número dispõe também de Comentários à Jurisprudência, Resenha e Entrevista.

Todos os números da REVISTA ARGUMENTUM, desde o seu 1º volume editado em 2001, encontram-se na *home page*, possibilitando maior

acesso às publicações do Núcleo de Pesquisa e demais informações do Programa (http://www.unimar.br/pos/mestrado_direito.php).

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

UNIMAR, Marília – SP
Dezembro de 2010.

Profa. Dra. *Maria de Fátima Ribeiro*
Diretora da Revista Argumentum

Profa. *Fernanda Mesquita Serva*
Assessora Jurídica e
Mestranda em Direito da UNIMAR

PARTE TEMÁTICA
O CONTEXTO JURÍDICO E O PAPEL DO ESTADO EM UMA
ECONOMIA DE MERCADO

EL FRAUDE CARRUSEL DE IVA LLEGA A LOS INTANGIBLES

A FRAUDE CARROSSEL DO IVA (IMPOSTO SOBRE O VALOR AGREGADO) CHEGA AOS INTANGÍVEIS

Luis M. Alonso González¹

La reciente publicación del Reglamento de Cooperación y lucha administrativa contra el fraude en el ámbito del IVA (EL ECONOMISTA 13/10/2010) nos permite referirnos al último de los grandes fraudes carrusel, la Operación “Phuncards-Broker” con una deuda defraudada de 400 millones de euros.

La Operación “Phuncards-Broker” se desarrollaba en un doble plano. Por un lado, existía un circuito dedicado a comercializar tarjetas que otorgaban el derecho de acceso a contenidos digitales por internet. Ese circuito empieza en empresas de Estados Unidos desde donde las “phonecards” parten hasta Italia donde son adquiridas por Telefox. Telefox las revende a CMC Group aplicando el IVA correspondiente (20%) y lo mismo sucede cuando CMC vuelve a venderlas a FastWeb, una entidad de Sparkle, del grupo Telecom Italia. FastWeb venderá las tarjetas, finalmente, a empresas del Reino Unido, con exención de IVA por ser entrega intracomunitaria. Al final las tarjetas terminan en las Islas Vírgenes. El fraude lo cometerá materialmente Telefox, que se comporta como un “missing trader”: cobra el IVA de CMC pero no lo ingresa sino que lo evade y desaparece. No obstante, la responsabilidad última se hace recaer en FastWeb por ser el operador que no desaparece, el más estable y solvente y, además, el que se ha beneficiado de un IVA soportado (el que le repercutió CMC) que le ha permitido reducir su IVA a ingresar. Se considera que se ha producido una simulación negocial a favor, en este caso, de FastWeb, aunque formalmente esta empresa haya cumplido todas sus obligaciones fiscales en Italia.

¹ Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Barcelona. Autor del libro *Fraude y delito fiscal en el IVA: fraude carrusel, truchas y otras tramas*. (luisalonso@azal-serjur.com)

La segunda operativa defraudadora encuentra su origen en una empresa de Panamá. Ésta suministra contenidos digitales pornográficos a sendas empresas italianas (de nuevo, TelefoX y otra más, Global Phone Networks), las cuales a su vez los revenden a I-Globe y ésta, siguiendo el esquema ya visto, los transmite a FastWeb y Telecom Italia, quienes los vuelven a vender a una empresa británica para terminar, finalmente, en Tuvalu, un microestado polinesio con apenas 9.000 habitantes.

Si tenemos en cuenta que se ha apreciado lavado de dinero en cantidades impresionantes – fondos empleados en poner en funcionamiento el fraude carrusel –, que existen circuitos financieros complementarios en diversos paraísos fiscales, y que hasta la Mafia se considera involucrada en el caso, no hay duda de que “Phuncards-Broker” pasará a los anales. Sin embargo, queremos descender a otros aspectos menos vistosos pero muy significativos para comprender el momento decisivo que se vive en el funcionamiento de las grandes tramas de defraudación internacional. “Phuncards-Broker” es el primer caso de resonancia internacional que se produce en el fraude carrusel de intangibles en el mercado de las telecomunicaciones. Recientemente, el profesor Ainsworth, de la Universidad de Boston, alertaba sobre el peligro (o la tentación) que se cierne sobre los gigantes de la telefonía mundial. La compra de minutos de teléfono a operadores no debidamente investigados pero ofertantes de precios muy competitivos se puede saldar con enormes complicaciones fiscales. Por otro lado, la prudencia de los operadores más serios tiene límite: muchos países no obligan a investigar a fondo los partners con los que se cierran estas transacciones, y en muchos casos tal indagación, además, escapa a las posibilidades reales de los sujetos privados.

En fin, “Phuncards-Broker” pone de manifiesto que las grandes tramas defraudadoras del IVA están mudándose al sector servicios y deberá revisarse si las medidas adoptadas en la lucha contra el fraude en las entregas de bienes siguen siendo válidas. Desautorizadas o recortadas buena parte de ellas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas – TJCE – (denegación de devoluciones o de la deducibilidad del IVA soportado, derivación de la responsabilidad a sujetos distintos de los infractores) el futuro parece estar en la cooperación administrativa antes que en la inversión de sujeto pasivo. Este consiste en sustituir la repercusión del impuesto en el comprador por obligarle a éldirectamente al pago del IVA. De este modo, se elimina la posibilidad de que actúe el “missing trader”: ya no puede repercutir, cobrar y desaparecer porque es el comprador mismo quien paga el impuesto. Este mecanismo es el aprobado para cortar el fraude en derechos de emisión de gases de efecto invernadero (Directiva de 16 de marzo de 2010) y se ha adoptado por determinados países (Gran Bretaña) en relación a mercancías muy concretas (computadores, teléfonos móviles). Pero no puede generalizarse y convertirse en el canon a seguir para contrarrestar el fenómeno del fraude del

IVA transfronterizo porque la UE no está dispuesta a desvirtuar el esquema de funcionamiento típico del IVA (repercusión/deducción) y desmantelarlo cada vez que se advierte que el fraude ha llegado a un nuevo sector (por ejemplo, también, las patentes de software). Por último, hay que recordar que Administraciones Tributarias y Tribunales de Justicia no pueden vulnerar los principios básicos del IVA en su reacción contra el fraude porque el TJCE es, en este sentido, sumamente riguroso (Casos Optigen, Kittel, FTI etc. y la inminente sentencia sobre el Asunto C-285/09).

Recebido em 27/11/2010

Aceito para publicação em 10/12/2010

EL CÓDIGO ADUANERO DEL MERCOSUR: ALGUNOS ASPECTOS NORMATIVOS Y JURISDICCIONALES

O CÓDIGO ADUANEIRO DO MERCOSUL: ALGUNS ASPECTOS NORMATIVOS E JURISDICIONAIS

Alejandro Daniel Perotti¹

Sumario

1. Aprobación y naturaleza del CAM. 2. Vigencia y relación con el derecho interno de los EP. 3. Metodología normativa. 4. Control judicial de la aplicación del CAM. 5. El CAM y los derechos fundamentales. 6. Consideraciones finales.

Sumário

1. Aprovação e natureza do CAM. 2. Vigência e relação com o direito interno dos EP. 3. Metodologia normativa. 4. Controle Judicial da aplicação do CAM. 5. O CAM e os direitos fundamentais. 6. Considerações finais.

1 Aprobación y naturaleza del CAM

Cabe destacar, para comenzar, que el Código Aduanero del MERCOSUR (CAM o código) fue aprobado como *decisión* del Consejo del Mercado Común (CMC), concretamente como Decisión CMC N° 27/10²; es decir como una norma del derecho del MERCOSUR “derivado”, es decir de segundo rango, en contraposición al derecho “originario” (de jerarquía superior), el cual se compone – entre otros – por el del Tratado de Asunción (TA) y los Protocolo de Ouro Preto (POP), de Olivos (PO; sobre sistema solución de controversias), de Ushuaia (sobre Compromiso democrático), de Asunción (sobre derechos humanos), Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR y de Adhesión de Venezuela. Ello marca una

1 Abogado (Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe), Máster en Derecho comunitario (Universidad Complutense de Madrid, España), Doctor en Derecho (Universidad Austral, Buenos Aires). Profesor Asociado a cargo de Derecho de la Integración de la Universidad Austral. Ex Consultor Jurídico de la Secretaría del MERCOSUR, por concurso público internacional. Estudio “Alais & De Palacios – Abogados”, Buenos Aires. adperotti@alaisdepalacios.com.ar; alejandro.perotti@gmail.com.

2 El artículo 1 de la citada decisión establece “[el CMC decide] Aprobar el Código Aduanero MERCOSUR que consta como Anexo y forma parte de la presente Decisión”. El destacado fue adicionado.

diferencia con el anterior código aduanero regional – que nunca llegó a entrar en vigor, dado que sólo Paraguay lo ratificó – que fue aprobado como “protocolo” al TA (Decisión CMC N° 25/94).

La naturaleza de “decisión” que tiene el CAM determina su *jerarquía inferior* y subordinada al TA y demás normas originarias, lo cual surge del artículo 41.III del POP, como así también de los artículos 1.1, 34.1 y 39 del PO. En cualquier caso, aún cuando hubiera sido aprobado como protocolo a dicho tratado, no por ello, automáticamente, pasa a tener rango equivalente, pues la *mayoría* de los protocolos aprobados en el bloque no tienen la misma estatura normativa del TA (y del derecho originario), sino inferior.

Esta precisión tiene importantes consecuencias, en particular el hecho de que si alguna disposición del CAM resulta incompatible con alguna norma del derecho originario, la primera devendrá en *inaplicable* por infringir el principio de jerarquía normativa enunciado en los citados artículos del POP y del PO³. La eventual divergencia normativa entre el CAM y, por ejemplo, el TA no parece un supuesto meramente hipotético; en tal sentido, una situación de contradicción podría encontrarse entre el citado tratado (artículo 1 y su Anexo, artículos 1 y 2), en cuanto prohíbe los derechos de exportación intrazona, y el artículo 157.4 del código, que, según las autoridades argentinas, permite dichos tributos aduaneros⁴; por cierto que tampoco el artículo 178.1.a) del mismo código habilita dicha interpretación, y en caso de hacerlo, deviene inaplicable por infringir el TA.

Las posibles colisiones no sólo pueden plantearse en relación al derecho originario, sino también con el ordenamiento derivado, esto es decisiones del propio CMC, resoluciones del Grupo Mercado Común (GMC) y directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM). El CAM habrá de prevalecer a) sobre las otras decisiones anteriores del CMC (por aplicación del adagio *lex posterior derogat priori*), b) sobre las posteriores en caso de especialidad y c) sobre las decisiones reglamentarias del propio código. En cuanto a las resoluciones del

3 En tal sentido ver la jurisprudencia del TPR (Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR), pleno, Opinión Consultiva de 3 de abril de 2007, Norte/Laboratorios Northia, OC N° 01/07, Boletín Oficial del MERCOSUR (BOM) N° 40, 2007, y Resolución N° 2/2007, sobre confirmación de la Resolución N° 1/2007, de 9 de julio de 2007. Cabe resaltar que, «pese a que el MERCOSUR es aún un proceso de integración... intergubernamental, ello no impide reconocer el carácter de último intérprete jurídico al TPR y cumplir con las decisiones que éste adopta, conforme lo establece el propio PO en sus considerandos» (TPR, pleno, Resolución N° 01/2008, sobre planteo procesal de previo pronunciamiento introducido por la República Argentina en el marco asunto N° 1/2008 “Divergencia sobre el cumplimiento del Laudo N° 1/05 iniciada por la República Oriental del Uruguay (art. 30 Protocolo de Olivos)”, de 18 de marzo de 2008, no publicada en el BOM, disponible en <http://www.mercosur.int/msweb/> - http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/ES/2008/RES_1-2008_TPR.doc, considerandos párrafo 3°).

4 Ver artículo del titular de la AFIP, Ricardo Echegaray, “La Argentina, en la aprobación del código”, La Nación, Suplemento de Comercio Exterior, 10/08/10; así también “Afirman que el Código del Mercosur conviene a Argentina”, en El Cronista.com, 06/08/10, y “Mercosur con código y manual”, Buenos Aires Económico, sección Comercio Exterior, 10/08/10, p. 1.

GMC y las directivas de la CCM, el CAM, por su jerarquía (artículos 41.III del POP y 1.1, 34.1 y 39 del PO), siempre deberá prevalecer, tal como lo ha sostenido el TPR⁵.

No puede dejar de señalarse que el *único órgano* competente para declarar inaplicable una norma del MERCOSUR por contrariar otra norma o principio del bloque es el TPR; y planteándose dicha inaplicación en el marco de un procedimiento ante un juez de un EP, éste deberá requerir la declaración de inaplicabilidad directamente al TPR, mediante el planteo de una opinión consultiva (OC)⁶.

La circunstancia de ser una decisión del CMC no empléese su carácter de norma jurídica obligatoria para los Estados Partes (EPS), los órganos mercosureños y los particulares (artículos 2, 9, 41, 38 y 42 del POP).

2 Vigencia y relación con el derecho interno de los EP

El artículo 42 de POP otorga a los EP la potestad para determinar “los procedimientos previstos por la legislación de cada país” para internalizar las normas del bloque, y en el caso del CAM todos los EP han decidido aprobarlo internamente por ley de cada uno de los congresos nacionales. Así, el CAM entrará “en vigor simultáneamente en los Estados Partes 30 días después de la fecha de comunicación efectuada por la Secretaría [...] del MERCOSUR” a los EP en la cual les notifica que todos los Estados Partes han incorporado el código a su legislación doméstica (artículo 40.III del POP). Este procedimiento no necesita la ratificación del Poder Ejecutivo. Conviene precisar que la jerarquía subordinada del CAM en relación al derecho originario no se ve alterada por el hecho de que el código sea aprobado por ley del Congreso.

El artículo 3 de la Decisión CMC N° 27/10 – por la que se adopta el código – prevé que “[d]urante los próximos seis meses los Estados Partes harán las consultas y gestiones necesarias para [su] eficaz implementación [...] dentro de sus respectivos sistemas jurídicos”. La disposición se ha prestado a alguna confusión, argumentándose que ello implica que los Estados Partes deberán aprobar legislativamente el código en el plazo de 6 meses. Sin embargo, ello no es así según la práctica mercosureña ya que existe entre los negociadores el principio

5 TPR, Resoluciones N° 1/2007, sobre elección del Secretario y elevación al CMC, de 8 de junio de 2007, y N° 2/2007, cit.

6 Mecanismo regulado en el artículo 3 del PO; el capítulo II del Reglamento del Protocolo de Olivos (RPO; Decisión CMC N° 37/03), y el Reglamento del Procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR (Decisión CMC N° 02/07, modificada por la Decisión CMC N° 15/10). Puede verse, PEROTTI, Alejandro D., “Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el MERCOSUR”, ed. Marcial Pons – Fundación Konrad Adenauer, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008.

– errado y no escrito – por el cual no es posible colocarle un término temporal a los congresos nacionales; además la cláusula de incorporación se encuentra – no en el artículo 3 sino – en el artículo 4 de la citada decisión⁷, que prevé un plazo *sine die* al respecto.

Conviene resaltar que los congresos nacionales no tienen competencias constitucionales, en ninguno de los EP, para modificar el texto del código, sino sólo para aprobarlo o rechazarlo (*in totum*), pudiendo en última instancia sugerir una futura renegociación al poder ejecutivo.

En cuanto a su relación con las normas del derecho interno, el CAM, en caso de conflicto, deberá ser aplicado en forma prevalente, pues como lo ha establecido, con razón, el TPR «*las normas del Mercosur... priman sobre toda disposición interna que en el marco de su competencia normativa le sea contrapuesta*»⁸. Por otro lado, el código tiene una cláusula que garantiza aquella preeminencia, al determinar el valor supletorio del derecho nacional⁹.

3 Metodología normativa

La Resolución GMC N° 40/06, que aprobó las “Definiciones y lineamientos a tener en cuenta para la redacción del [CAM]”, mandató a los redactores a elaborar un *código marco* (anexo, literal A “Alcance del Código Aduanero”), lo cual podría verse como una contradicción pues la técnica de la codificación implica la pretensión de regular, con cierto deseo de detalle, una rama del derecho, estableciendo un “sistema normativo” casi acabado (y ejemplo de ellos son los Códigos Civil, Aeronáutico, de la Navegación, Comercial, Aduanero, etc.). Esta metodología determinó que el código contenga una excesiva delegación legislativa, trasladando la regulación de institutos completos hacia las “normas reglamentarias” que son aquellas “disposiciones dictadas o a dictarse por los órganos del MERCOSUR necesarias para la aplicación de este Código”

7 Artículo 4 “Esta Decisión deberá ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes”.

8 TPR, Opinión Consultiva de 15 de junio de 2009, Frigorífico Centenario y otros, OC N° 01/09, disponible en http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2009_es.pdf, considerando 17 y conclusión 2; en igual sentido, Norte/Laboratorios Northia, OC N° 01/07, cit., conclusión 2 y considerandos III.C), literales 2 y 3, del voto de miembro coordinador Fernández de Brix, D), párrafo 8º, del voto de miembro Becerra, párrafo primero del voto del miembro Moreno Ruffinelli – al que adhiere el miembro Grandino Rodas – y C).b, en especial literales 14 y 23, del voto del miembro García Olivera; Laudo de 8 de junio de 2007, Solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias – controversia entre Uruguay y Argentina sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes del Uruguay, Laudo N° 01/2007, BOM N° 40, 2007, considerando 10.10, y Opinión Consultiva de 24 de abril de 2009, Schnek y otros, OC N° 01/08, disponible en http://www.tprmercosur.org/es/docum/opin/OpinCon_01_2008_es.pdf, conclusión 2 y considerandos 30, 31 y 34.

9 CAM, artículo 1 “*Ámbito de aplicación.* [...] 4. Las legislaciones aduaneras de cada Estado Parte serán aplicables supletoriamente dentro de sus respectivas jurisdicciones en aquellos aspectos no regulados específicamente por este Código, sus normas reglamentarias y complementarias”.

(artículo 3 del CAM). De los 181 artículos que conforman el código, 63 remiten su desarrollo a las normas reglamentarias.

Si bien es cierto que el Código Aduanero de la Unión Europea (UE)¹⁰ se compone de 188 artículos, sus normas regulan con mayor detalles los institutos aduaneros, y por lo demás es complementado por un reglamento aplicativo¹¹ integrado por más de 900 artículos y varios anexos; en total, la legislación aduanera europea está conformada, a agosto de 2010, por 12.500 disposiciones.

En cuanto a las normas reglamentarias, lo que habrá que determinar, en primer lugar, es si se seguirá el modelo europeo que adopta una única norma reglamentaria¹² o si se optará por el dictado de varias normas, y en segundo término, si la/s norma/s reglamentaria/s necesitarán a su vez su incorporación por ley de los congresos nacionales. En lo que hace al formato de la reglamentación, a todas luces el dictado de una sola norma parece lo más recomendable, a fin de evitar la dispersión normativa. En lo que se refiere al segundo interrogante, la intervención de cada congreso implica una delegación a los órganos del MERCOSUR competentes, por lo cual las normas reglamentarias no necesitarán un nuevo trámite legislativo; en este sentido cabe recordar que según la doctrina de la Corte Suprema sobre los acuerdos derivados de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), los cuales son concertados en forma simplificada, el parlamento nacional, al aprobar la norma “madre” (Tratado de la ALADI) ha dado por anticipado su aprobación a las disposiciones reglamentarias futuras¹³.

De esta manera, las normas reglamentarias podrán ser puestas en vigencia en forma inmediata o a través de disposiciones de cada Poder Ejecutivo nacional, debiendo cumplirse en este caso el procedimiento del artículo 40 del POP. Bien es cierto que este mecanismo dará un importante poder de discrecionalidad a los órganos del MERCOSUR, sin embargo siempre podrá activarse el control judicial que corresponda.

10 Reglamento CE N° 450/08 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, DOUE (Diario Oficial) N° L 145, 04/06/08 p. 1-64.

11 Reglamento (CEE) N° 2454/93 de la Comisión, de 2 de julio de 1993, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) N° 2913/92 del Consejo por el que se establece el Código Aduanero Comunitario, DOCE N° L 253, 11/10/93 pág. 1 (última modificación por Reglamento (UE) N° 197/10 de la Comisión, de 9 de marzo de 2010, DOUE N° L 60, 10/03/10 p. 9).

12 Que por cierto se ha utilizado ya en el MERCOSUR con el PO el cual fue reglamentado por la Decisión CMC N° 37/03.

13 Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Cafés La Virginia S.A.”, 13/10/94, Fallos 317:1282, en el cual la mayoría de la Corte reconoció implícitamente la validez de un acuerdo derivado del Tratado de la ALADI (ver también el considerando 7° del voto del juez Boggiano que analiza esta cuestión); más específicamente, ver “Miguel A. Dotti”, 07/05/98, Fallos 321:1226, considerando 8 del voto de la mayoría; “Mercedes Benz”, 21/12/99, Fallos 322:3193, considerando 4°, párrafo 1°, del voto de la mayoría, y “Autolatina”, 12/02/02, Fallos 325:113, considerandos 3° y 4°. Doctrina ésta anticipada en el tiempo por la Procuración del Tesoro de la Nación, ver, memorándum dirigido al Ministro de Relaciones Exteriores (ref. Nota N°4083-S-62), de 26 de junio de 1962 (Dictámenes 89:504, párrafo 4°).

Aún queda por definir qué órgano mercosureño será el encargado de la aprobación de las normas reglamentarias (CMC, GMC o CCM), no cabiendo dudas de que si se opta por la elaboración de una única norma, será el CMC quien la aprobará visto su jerarquía institucional. También habrá que determinar quién será el encargado de la redacción de las citadas normas, si alguno de los órganos dependientes (que integran el CMC, el GMC o la CCM), o algún órgano técnico especializado¹⁴.

De más está decir que tanto las normas reglamentarias como las complementarias deberán ajustarse al código, no pudiendo modificar su texto o contenido.

4 Control judicial de la aplicación del CAM

El artículo 176 del código garantiza el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva o derecho de acceso a la jurisdicción, que asegura que el CAM y todos sus actos aplicativos podrán ser objeto de análisis ante el Poder Judicial de los EP¹⁵.

Todos los conflictos a que pueda dar lugar la aplicación del código, a saber – entre otros – a) las incompatibilidades entre dicha norma y otras disposiciones (originarias y derivadas) del ordenamiento mercosureño, o con relación a normas del derecho interno de los EP, b) como así también actos adoptados por las autoridades nacionales sobre la base del código, podrán ser ventilados ante la justicia nacional.

En tal sentido, el juez interno que llegare a intervenir en un procedimiento en el cual se presente alguna de las citadas situaciones podrá, y en algunos casos deberá, plantear una OC al TPR. En la hipótesis de las OC solicitadas por los tribunales nacionales¹⁶, éstas pueden definirse como el *mecanismo de cooperación jurisdiccional* que permite a todo órgano del Poder Judicial o instancia jurisdiccional contencioso-administrativa de un Estado Parte, de cualquier fuero y jurisdicción territorial (federal, nacional, provincial o municipal), que se encuentre ante un caso en el cual se discuta la interpretación o aplicación de una

14 Cabe recordar que la Decisión CMC N° 25/06 creó en su momento el Grupo *ad hoc* de Redacción del Código Aduanero del MERCOSUR, el cual fue el encargado de la redacción del código. Siendo que la función asignada al citado Grupo es la elaboración del código, bien podría interpretarse que dicha tarea incluye (implícita, pero claramente) la de redacción de las normas reglamentarias, pues sin éstas el código resulta en gran parte inoperativo. Otra opción sería que sea el Comité del Código Aduanero (referido en el artículo 181 del CAM) a quien se asigne la reglamentación.

15 CAM, artículo 176 “*Acceso a la vía judicial*. El interesado tendrá el derecho de acceder ante una autoridad judicial o tribunal con función jurisdiccional, según corresponda”.

16 Cabe mencionar que también los órganos decisorios del bloque (CMC, GMC y CCM) y el Parlamento del MERCOSUR tienen competencia para solicitar OC.

norma del MERCOSUR, o su validez, remitir al TPR una petición para que éste desentrañe el alcance y sentido de la misma, así como se expida sobre su validez o inaplicación; actualmente, dicha solicitud debe ser encaminada al TPR por el juez interno, por medio de la Corte Suprema respectiva, *sin la intervención de la Cancillería*. Es decir, se trata de un procedimiento de cooperación, de colaboración entre dos tribunales, uno nacional – que es el juez requirente de la OC – y otro regional – el TPR –, que se ejercita de forma absolutamente directa, esto es sin intervención de terceros, ni de la Cancillería ni de ningún ministerio del Poder Ejecutivo. Es un contacto directo entre dos tribunales¹⁷.

Los jueces nacionales tiene la *facultad* de requerir una OC al TPR, salvo en el caso en el que la sentencia que vaya a dictar implique declarar la invalidez o inaplicabilidad de una norma mercosureña – aún en el supuesto en el que dicha censura de legalidad obedeciera a una incompatibilidad con una disposición regional superior –, en esta hipótesis, *obligatoriamente*, el juez deberá suspender el procedimiento y requerir la OC al TPR, y posteriormente aplicar la decisión a la que arribe dicho tribunal. Ello encuentra su razón de ser en el hecho de que el juez nacional *carece de competencias para declarar por propia autoridad la nulidad o inaplicabilidad de una norma del MERCOSUR*, la cual – cabe recordar – ha sido aprobada en forma multilateral por todos los Estados Partes. Dicha doctrina – perfectamente aplicable al MERCOSUR – fue elaborada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) – a pesar de la solución diversa que parecía traer el Tratado de Roma – en el conocido precedente *Foto-Frost*, por cierto dictado precisamente en una controversia sobre derecho aduanero (liquidación *a posteriori* de derechos de aduana)¹⁸.

17 Ver Decisión CMC N° 02/07, citada, y Acordada 13/08 de la CSJN, por la que se aprueban las “Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al [TPR]”, 18/06/08, BO 23/06/08 p. 12-13. En cuanto al valor que tiene la respuesta del TPR, ella es vinculante y obligatoria para el juez consultante. En efecto, si bien es cierto que el artículo 11 del RPO (que constituye una “decisión” del CMC) establece que “[l]as opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias”, no lo es menos que el artículo 38 de POP (norma de superior jerarquía a las decisiones del CMC) prevé que “[l]os Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur” (el subrayado fue agregado); por ello, dado que en la expresión “Estados Partes” del citado artículo 38 debe incluirse a todos los poderes del Estados, en particular al “Poder Judicial”, ante una respuesta del TPR a una OC encaminada por un juez nacional, dicha respuesta, en tanto viene del órgano supremo en materia de hermenéutica del ordenamiento regional, es de obligatorio cumplimiento y aplicación para dicho juez. En otros términos, el artículo 11 del RPO deviene inaplicable en los supuestos de OC solicitadas por los jueces nacionales, dado su incompatibilidad con una norma superior, como lo es el artículo 38 del POP, por tal razón las referidas OC son vinculantes para el juez consultante. Sobre la cuestión, puede verse, *del autor*, “Rol de los abogados y jueces en las Opiniones Consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Valor jurídico de las Opiniones Consultivas. Acordada N° 13/08 de la Corte Suprema”, en “1^{eras} Jornadas Internacionales de Derecho aduanero (Buenos Aires, 12-14/08/2008)” (AA.VV.), ed. Asociación Argentina de Estudios Fiscales (AAEF) y Errepar, Buenos Aires, Argentina, 2009, p. 359-361.
18 TJUE, sentencia de 22 de octubre de 1987, Foto-Frost, asunto 314/85, Rec. 1987, p. 4199.

En este aspecto, como magistralmente enseñó el ex juez del TJUE Robert Lecourt, “una regla común, interpretada y aplicada de manera idéntica en toda la extensión de un mismo territorio por los tribunales de todos los Estados miembros, es la piedra angular de la Comunidad y de todo mercado común”¹⁹.

5 El CAM y los derechos fundamentales

Es evidente que el CAM y sus normas reglamentarias y complementarias no pueden significar un desmejoramiento de los derechos que el ordenamiento nacional aduanero confiere a los particulares (personas físicas y jurídicas). En este sentido, el código – tal como ocurre con el resto del orden jurídico regional –, en su aplicación, no podrá menoscabar los derechos fundamentales de los particulares ya que como surge claramente de las normas del bloque, los citados derechos esenciales de la persona son principios generales del derecho del MERCOSUR²⁰.

No debe perderse de vista que la protección de los derechos fundamentales como principio general del derecho regional, en Europa, tuvo un origen jurisprudencial a través de la labor del TJUE, órgano que si bien en un comienzo se negó a reconocer dicho principio²¹, posteriormente reconoció su existencia a partir de una relectura de los tratados fundacionales²², abrevando para su construcción, en un primer estadio, en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros²³, y luego, en los diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los cuales fueran partes dichos Estados²⁴, destacando

19 LECOURT, Robert, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas visto desde el interior”, en “Clásicos de la Justicia Europea. En el 50 aniversario de los Tratados de Roma”, Ricardo Alonso García coord., ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 70-71.

20 TA (preámbulo, párrafo sexto), PO (artículo 34), Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR (artículos 3, inciso 4, y 4, inciso 3), Protocolo de Asunción sobre compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos del MERCOSUR (considerandos, párrafos sexto y noveno), Decisión CMC N° 40/04, “Creación de la Reunión de Altas Autoridades sobre Derechos Humanos” (considerandos, párrafos primero a tercero). Todo ello ratificado por los Comunicados Presidenciales conjuntos que regularmente firman los Presidentes de los Estados Partes en ocasión de las Cumbres del MERCOSUR.

21 TJUE, sentencias de 4 de febrero de 1959, *Stork & Cie/Alta Autoridad*, asunto 1/58, Rec. 1959, p. 43, considerando 4, y de 15 de julio de 1960, *Carteles de venta de carbón del Ruhr Präsident, Geitling, Mausegatt, y Empresa Nold KG/Alta Autoridad* (sentencia *Nold I*), asuntos acumulados 36-38 y 40-59, Rec. 1959, p. 423 (p. 438-439).

22 TJUE, sentencias de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, asunto 29/69, Rec. 1969, p. 419, considerando 7, y de 17 de diciembre de 1970, *Köster*, asunto 25/70, Rec. 1970, p. 1161, considerando 22 ss.

23 TJUE, sentencia de 12 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, Rec. 1970, p. 1125, considerando 3.

24 TJUE, sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold II*, asunto 4/73, Rec. 1974, p. 491, considerando 13.

muy especialmente el valor del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁵.

Es oportuno resaltar que la necesidad de que los jueces nacionales garanticen la salvaguarda de los derechos fundamentales en el contexto del marco institucional y jurídico del MERCOSUR, ha sido ya puesta de manifiesto – muy explícitamente – por varios miembros de las Cortes Supremas nacionales. Así, el ministro Petracchi, actual juez de la CSJN, refiriéndose al TPR y las OC, ha enfatizado que

[e]l desafío para los jueces consistirá en la aplicación de las normas del área para el mejor desarrollo del proceso de integración. Este desafío implica para el Juez Nacional *el reto de convertirse en participante activo del proceso de integración y de la tutela de los derechos que de su ordenamiento resulten para los justiciables de la región*, sin que por ello se desdibuje su legítimo actuar nacional en lo regional²⁶.

Por su parte, el ministro G. Mendes, ex presidente del Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño y actual miembro, en posición acompañada por el pleno del tribunal, destacó ante sus pares del MERCOSUR que

para os direitos fundamentais, a possibilidade de solicitação de opiniões consultivas poderá permitir que tribunais demandem esclarecimentos mais sofisticados sobre a interpretação de direitos fundamentais. Em isso acontecendo, e considerando a possibilidade de o Tribunal Permanente de Revisão responder positivamente a essa demanda, será possível visualizar o surgimento de uma doutrina própria da proteção dos direitos fundamentais no MERCOSUL, assim como aconteceu na Europa²⁷.

25 TJUE, sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili, asunto 36/75, Rec. 1975, p. 1219, considerando 32, y de 13 de diciembre de 1979, Hauer, asunto 44/79, Rec. 1979, p. 3727, considerando 19.

26 PETRACCHI, Enrique, entrevista “Derecho Comunitario debe regular la integración”, del 16/02/06, publicada en “Del ABC al Mercado Común Sudamericano: MERCOSUR & ABC”, disponible en <http://www.mercosurabc.com.ar/nota.asp?IdNota=654&IdSeccion=7>, visitado el 12/04/06. El resaltado no es del original.

27 MENDES, Gilmar – entonces ministro Presidente del STF –, “Una Carta de Derechos Humanos del MERCOSUR”, conferencia en el VIIº Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 02/09/09, disponible en http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Carta_de_Direitos_Humanos__Ministro_Gilmar_Mendes.port.pdf, pág. 4. La negrita fue agregada.

6 Consideraciones finales

1. El CAM es una “decisión” del CMC y consecuentemente tiene la jerarquía de una norma del MERCOSUR derivada, no pudiendo por lo tanto infringir disposiciones originarias del ordenamiento regional.

El código, en todos los EP, será incorporado a través de la aprobación de una ley del congreso nacional, el cual no tiene competencia para modificar su texto, sino para aprobarlo o rechazarlo.

1. El código, como toda otra norma del MERCOSUR, tiene jerarquía superior a “toda” disposición del derecho interno de los EP, por lo que de presentarse alguna incompatibilidad el juez nacional, como lo ha afirmado el TPR, deberá proceder a inaplicar la norma doméstica en beneficio de la aplicación del código.

2. El código tiene un fuerte condimento de delegación legislativa hacia los órganos del MERCOSUR, quienes deberán aprobar las normas reglamentarias y complementarias, siendo aconsejable en este ámbito evitar la proliferación y dispersión normativa. Las citadas normas no requerirán de una nueva aprobación legislativa (congreso).

3. Tanto el código como sus actos de aplicación (comunitarios o nacionales) están sometidos al control de los jueces de los EP, quienes para tal función podrán, y en algunos casos deberán, vincularse con el TPR a través del mecanismo de las opiniones consultivas.

4. Como toda norma del MERCOSUR, el código está sometido al respeto de los derechos fundamentales, ya que la salvaguardia de tales derechos constituye un principio general del ordenamiento jurídico del bloque.

Recebido em 27/09/2010

Aceito para publicação em 29/11/2010

SÚMULA VINCULANTE N. 8 E MODULAÇÃO DOS EFEITOS EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: EFEITOS EM RELAÇÃO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

THE BIDDING PRECEDENT: AND THE MODULATION OF THE
EFFECTS IN THE DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY:
EFFECTS ON THE REIMBURSEMENT UNDUE TAX PAYMENT

.....
Carlos Renato Cunha¹

Sumário

1. Introdução. 2. Controle difuso de constitucionalidade e a modulação de efeitos. 3. Decadência, prescrição e repetição do indébito. 4. A problemática das súmulas vinculantes. 5. Súmula vinculante n. 8: ilações. 6. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Constitutionality diffuse control and modulation of its effects. 3. Falling, prescription and reimbursement undue tax payment. 4. Problems on bidding precedents; 5. The number 8 bidding precedent: conclusions. 6. Final remarks. References.

Resumo

O presente artigo visa analisar a modulação de efeitos realizada pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade em matéria tributária, no julgamento dos recursos extraordinários que deram ensejo à Súmula Vinculante n. 8, assim como os efeitos jurídicos dela decorrentes. Para tanto, analisa as formas de controle de constitucionalidade e a possibilidade de modulação de efeitos; a decadência, prescrição tributária e seus efeitos em repetição de indébito tributário; a natureza e efeitos das súmulas vinculantes; para, então, estudar o caso específico da Súmula Vinculante n. 8 e seus efeitos. Concluiu-se que a modulação de efeitos realizada não produz efeitos *erga omnes* e vinculante, sendo possível o pleito de repetição do indébito, desde que observado o prazo prescricional.

Palavras-chave: Direito tributário. Súmula Vinculante n. 8. Modulação de efeitos.

1 Mestre em Direito Tributário na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Procurador do Município de Londrina-PR. Professor da graduação em Direito na Faculdade Catuaí, em Cambe-PR. Professor da pós-graduação *lato sensu* em Direito. Membro do Instituto de Direito Tributário de Londrina – IDTL.

Abstract

This paper analyzes the modulation of the effects carried out by the Brazilian Supreme Court in the constitutionality diffuse control about tax issues, in the judgment of extraordinary appeals that implicates in the Biding Precedent, and its effects. Thus, it analyses constitutionality control and the possibility of modulation of its effects; tax prescription and its effects in the reimbursement undue tax payment; the nature of the bidding precedents, only then we study the specific case of Biding Precedent and its effects. It concludes that the effect modulation carried out by the Supreme Court do not cause erga omnes and bidding effects, and it is possible the reimbursement undue tax lawsuit, since there is prescription term.

Key-words: Tax law. Biding precedent. Effect modulation.

1 Introdução

Relevante e conhecido celeuma doutrinário e judicial se estabeleceu na seara do direito tributário com o advento da Lei Federal n. 8.212, de 24 de julho de 1991, que, ao estabelecer o Plano de Custeio do Regime Geral da Previdência Social, previu, em seus artigos 45 e 46, regras de decadência e prescrição tributárias diversas das previstas na Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, o Código Tributário Nacional – CTN.

Referidos dispositivos preveem que o prazo para a constituição do crédito tributário e para a cobrança judicial de contribuições previdenciárias é de 10 (dez) anos cada, ao contrário da previsão dos artigos 173 e 174 do CTN, que estabelecem o prazo de 5 (cinco) anos para a decadência e para a prescrição tributária.

Apesar de entendimentos favoráveis ao estabelecimento do prazo especial, predominou na doutrina e jurisprudência a visão da inconstitucionalidade de referidos dispositivos legais². Isso porque as contribuições sociais, por sua natureza tributária, estão sujeitas às regras constitucionais do Sistema Tributário Nacional e, desse modo, somente a lei complementar poderia dispor acerca de prescrição e decadência, pela redação do art. 146 da Constituição Federal.

Prevalece, portanto, nesse entendimento, o prazo do CTN, que possui natureza material de lei complementar, como nos recorda Luciano Amaro, não tendo havido a derrogação do Código³.

Tal discussão, que já havia sido objeto de pacificação, exemplificativamente, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4, INAG 2004.04.01.026097-8, Corte Especial, Relator Wellington Mendes de Almeida, DJ 01/02/2006) e do Superior Tribunal de Justiça (AI no REsp 616348/MG,

2 Nesse sentido, veja-se: SANTI, E. M. Diniz. *Decadência e prescrição no direito tributário*, p. 95-96. Entendendo pela constitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, in: CARRAZA, R. A. *Curso de Direito constitucional tributário*, p. 845-851.

3 AMARO, L. *Direito tributário brasileiro*, p. 170-172.

Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 15.08.2007, DJ 15.10.2007, p. 210), encontra-se, desde o dia 12 de junho de 2008, regulada pela Súmula Vinculante n. 08, do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, com a seguinte redação:

Súmula vinculante n. 8:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário⁴.

Referida súmula trata também do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569, de 8 de agosto de 1977, que, em seu parágrafo único, dispõe acerca da suspensão da prescrição de créditos tributários de reduzido valor ou de comprovada inexecutabilidade cuja cobrança seja sustada pela Fazenda Nacional.

As decisões do STF que levaram à edição da Súmula foram proferidas nos Recursos Extraordinários – REs n. 560.626, 556.664, 559.882 e 559.943, julgados todos nos dias 11 e 12 de junho de 2008. Vale dizer, a declaração de inconstitucionalidade se deu em sede de controle difuso, e não da forma concentrada. E, em referidos acórdãos, verifica-se que, expressamente, houve uma modulação de efeitos da coisa julgada, como se denota do voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] Na espécie, a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da lei nº 8.212/1991 pode acarretar grande insegurança jurídica quanto aos valores pagos fora dos prazos quinquenais previstos no CTN e que não foram contestados administrativa ou judicialmente.

Diante desses pressupostos, pondero a esta Corte a conveniência de modular os efeitos da mencionada declaração de constitucionalidade, de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão deste julgamento.

Nesse sentido, o Fisco resta impedido de exigir fora dos prazos de decadência e prescrição revistos no CTN as contribuições da Seguridade Social.

No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se pleiteada a repetição ou compensação de

⁴ Data de Aprovação Sessão Plenária de 12/06/2008, Fonte de publicação DJe nº 112/2008, p. 1, em 20/6/2008. DO de 20/6/2008, p. 1.

indébito, judicial ou administrativamente, antes da conclusão do julgamento, em 11.6.2008.

Em outras palavras, créditos pendentes de pagamento não podem ser cobrados, em nenhuma hipótese, após o lapso temporal quinquenal. Por outro lado, créditos pagos antes de 11.6.2008 só podem ser restituídos, compensados ou de qualquer forma aproveitados, caso o contribuinte tenha assim pleiteado até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela via administrativa.

Ou seja, consideram-se insuscetíveis de restituição os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do DL nº 1.569/1977 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, com modulação para atribuir eficácia ex nunc apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

É como voto.[...]

Neste contexto, pretende-se no presente arrazoado realizar uma análise sobre os problemas decorrentes da edição de referida súmula vinculante, em face da modulação de efeitos levada a efeito no bojo dos recursos extraordinários e diante de eventuais decisões judiciais que tenham transitado em julgado em sentido contrário ao nela contido.

2 Controle difuso de constitucionalidade e a modulação de efeitos

A diferenciação entre o controle de constitucionalidade pela via difusa e pela concentrada, também chamados de controle pela *via de defesa* e pela *via de ação*, respectivamente, como prefere, por exemplo, Regina Nery Ferrari, é bastante conhecida.⁵ O advento da Lei Federal n. 9.868/99, que trata do processo de ações declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade perante o STF, assim como uma nova visão do STF sobre os efeitos de suas decisões tornam relevante, no entanto, a fixação de alguns conceitos básicos para que possamos chegar ao objetivo do estudo.

Tradicionalmente se afirma que o controle difuso de constitucionalidade é realizado incidentalmente no bojo de um processo judicial, em que o tema é analisado como causa de pedir, fazendo efeitos apenas para o caso concreto

5 FERRARI, R. M. M. N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, p. 85.

(*incidenter tantum*) e entre as partes litigantes (*inter partes*), pois a “declaração não anula a lei – só impede sua aplicação ao caso em tela”⁶.

Por sua vez, o controle concentrado possui o condão de retirar do ordenamento jurídico a lei declarada inconstitucional, com efeitos gerais e abstratos.

Nosso atual ordenamento prevê as duas formas de controle, concomitantemente, ambas de competência do Poder Judiciário⁷. A forma difusa encontra-se disseminada por todos os órgãos jurisdicionais, enquanto a concentrada é de competência exclusiva do STF, também possuindo limitações referentes à legitimidade ativa para propositura da ação, como se denota do art. 102, inciso I, alínea “a” e art. 103, ambos também da Carta Maior.

Trata-se de uma forma mista de controle, aos quais se agregou o controle por omissão (art. 103, § 2º da CR-88), a declaração de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, CR-88 e Lei 9.868/99) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º da CR/88 e Lei 9.882/99)⁸. Outro aspecto importante é a previsão do art. 52, inciso X, da Carta Maior, que prevê a competência do Senado Federal para a suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional de forma definitiva pelo STF, o que complementa o controle difuso, dando efeitos *erga omnes* à decisão que, inicialmente, apenas fazia efeito entre as partes.

Como recorda Lênio Streck, no controle difuso, a suscitação da inconstitucionalidade se dá em qualquer ação, mas o juiz singular apenas deixa de aplicar a lei. Para que ocorra a declaração de inconstitucionalidade, é necessária a observância do art. 97 da Carta Maior, que prevê a possibilidade de os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei no controle difuso, desde que com a instalação do incidente de inconstitucionalidade, que será decidida pelo Órgão Especial ou Tribunal Pleno, por maioria absoluta⁹.

De se ressaltar que o art. 97 da Constituição foi generalizadamente olvidado pelos tribunais, como também pondera Streck¹⁰. Inclusive, tal fato motivou a enunciação da Súmula Vinculante n. 10 pelo STF¹¹.

6 FERRARI, R. M. M. N. op. cit., p. 85.

7 ESTEVES, J. L. M.. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*, p. 69.

8 Tal sistema misto, como é bem sabido, mescla o sistema originário americano (controle difuso), e o europeu (controle concentrado), como bem aponta José Afonso da Silva. *In: Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema*, p. 13.

9 STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 363-364.

10 Idem, *Ibidem*, p. 367.

11 Súmula Vinculante n. 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

A discussão quanto aos efeitos da declaração de constitucionalidade é grande na doutrina. No controle concentrado de constitucionalidade, a decisão do STF possui efeitos *erga omnes* e vinculante, sendo desnecessária a atuação do Senado Federal, como ocorre no controle difuso:

[...] Mais uma vez deve-se lembrar que, embora a opinião contrária de alguns autores, é pacífico, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento no sentido de que é desnecessária a comunicação ao Senado Federal, para fins de suspensão, quando a inconstitucionalidade normativa for reconhecida em processo de apreciação em tese, dissociado de um caso concreto. [...]¹².

Interessante notar que o efeito vinculante da decisão do STF em controle concentrado em relação ao Estado-Juiz e ao Estado-Administração (decorrente do art. 102, § 2º, da CF e art. 28 da Lei Federal n. 9.868/99) equivale, do ponto de vista estatal, ao efeito *erga omnes*, em relação aos administrados¹³.

Grande discussão se põe quanto aos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado, se *ex nunc* ou *ex tunc*. Nacionalmente, sempre predominou a visão da nulidade da lei inconstitucional, com o que a declaração de sua invalidade retroagia à data de sua entrada no ordenamento jurídico, como bem anota Regina Ferrari¹⁴.

Tal entendimento foi sendo arrefecido, tanto por decisões judiciais que mantinham os efeitos de lei declarada inconstitucional, em maior ou menor grau, quanto em manifestações doutrinárias¹⁵:

[...] O alcance, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sempre foi, em nosso sistema jurídico, resultado de uma postura jurisprudencial que, com o tempo, abandona a posição radical no que diz respeito a considerar a lei inconstitucional nula 'ab initio' e carecedora de produção de efeitos, e passa a aceitar algum tipo de abrandamento. [...]¹⁶.

12 FERRARI, R.M.M.N.. op. cit., p. 265.

13 LINS, R. M. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária: decadência e prescrição*, p. 158-159.

14 FERRARI, R.M.M.N.. op. cit., p. 276-290, *passim*.

15 Segundo Saul Tourinho Leal, desde o início da década de 1970, com o julgamento do RE 78.594-SP. In: *Modular para não pagar*: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes, p. 79.

16 FERRARI, R.M.M.N.. op. cit., p. 300.

Tal conjuntura desembocou na já referida Lei Federal n. 9.868/99, que disciplina o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, que, em seu art. 27, dispõe¹⁷:

Art. 27 – Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Com tal dispositivo legal, ficou clara a regra dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade no ordenamento brasileiro. Mas, com a possibilidade, desde que observados alguns poucos requisitos, de restrição temporal dos efeitos, inclusive com a manutenção da vigência da lei por período determinado, em função da segurança jurídica ou excepcional interesse social¹⁸.

É a chamada modulação dos efeitos da decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Com ele, apesar da retirada da norma geral e abstrata do ordenamento jurídico, os atos individuais e concretos dela decorrentes podem continuar válidos, em período temporal sujeito à discricionariedade do Tribunal¹⁹.

Trata-se de uma competência deveras alargada, a concedida ao STF por referida lei ordinária. Nesse ponto, como bem afirma Luiz Guilherme Marinoni, diante do grande poder existente na possibilidade de modulação de efeitos, faz-se necessária a estipulação critérios seguros para sua aplicação, até o momento inexistentes²⁰.

Muito interessante é a opinião de Márcio Severo Marques, quanto ao alcance do dispositivo, e vale a pena trazê-la à colação. Referido autor considera que, ainda que concedida eficácia não retroativa à declaração de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle concentrado, “os efeitos dessa decisão não interferem na invalidade dessa norma [...] que pode ser arguida por

17 De se notar que antes do referido dispositivo legal já havia exceções à teoria da nulidade de pleno direito. Nesse sentido, vide: MARCÍLIO, C. F. V. *Declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado e repetição do indébito tributário*, p. 82; PACHÚ, C. O. *Aspectos gerais dos efeitos da declaração de (in)constitucionalidade das leis no controle abstrato de normas*, p. 62.

18 Há discussão sobre a constitucionalidade do dispositivo junto ao STF, através da ADI n. 2.258, ainda não definitivamente julgada, em que há voto pela procedência do Ministro Sepúlveda Pertence.

19 LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 182.

20 MARINONI, L. G. *Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*, p. 174.

meio de controle difuso de constitucionalidade de lei”²¹. Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, pensamos que a razão está com Regina Ferrari, quando afirma que:

[...] a decisão, dada neste sentido, opera retroativamente em relação ao caso que lhe deu motivo, só em relação a este, destruindo os efeitos produzidos pela lei inconstitucional nos limites da *litis* principal, que proporcionou incidentalmente o exame da inconstitucionalidade.

[...] Podemos concluir, pois, que os efeitos dessa decisão judicial são iguais aos de todas as sentenças judiciais, ocorridas em processos comuns, porque o que se visa é resolver uma relação jurídica, e a inconstitucionalidade só será levantada e analisada na medida e enquanto for necessária para a solução da *litis*²².

Portanto, no controle incidental de constitucionalidade, entendemos que a leitura sistemática das disposições constitucionais determina que o efeito de eventual declaração de inconstitucionalidade somente se dá para solução do caso concreto sobre o qual atua a jurisdição, sendo que, nesse caso, os efeitos se dão *inter partes* e *ex tunc*:

Declarada a inconstitucionalidade de determinada norma, pelo sistema difuso, os seus efeitos ocorrem *inter partes* e *ex tunc*, no sentido de que a força vinculativa do provimento final produz efeitos, a princípio, somente na esfera jurídico-social das partes litigantes do procedimento, e a nulidade da norma declarada inconstitucional retroage ao seu nascedouro²³.

É claro que tal julgamento exercerá influência para decisões futuras, mormente se advindo do STF²⁴. Mas não possui tal decisão, sozinha, efeitos vinculantes em relação aos órgãos jurisdicionais inferiores, até mesmo em respeito à já citada previsão constitucional que outorga competência ao Senado Federal para suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional, previsão que seria inócua se a decisão do STF produzisse efeitos *erga omnes* em tais casos.

Diante disso, põe-se a questão acerca da possibilidade de efeitos prospectivos de decisão que declara a inconstitucionalidade de norma no controle

21 MARQUES, M. S. *Segurança jurídica: invalidade da norma tributária e efeitos ex nunc de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade*, p. 549.

22 FERRARI, R. M. M. N. op. cit., p. 186.

23 WALTER, C. H.; ANDRÉ, R. *Constitucionalidade superveniente de norma tributária inconstitucional?*, p. 153.

24 FERRARI, R. M. M. N. op. cit., p. 189.

difuso. Ives Gandra, inicialmente contrário à tese, acabou por avalizá-la para determinadas hipóteses, em nome da segurança jurídica²⁵.

De se notar que o STF tem entendido ser possível a concessão de efeitos prospectivos em controle difuso e, para tanto, basta análise do RE n. 197.917, julgado em 2004, que tratou da fixação do número de vereadores, em algumas câmaras municipais²⁶. Do mesmo modo, também se tem propalado a possibilidade de concessão de efeitos *erga omnes* a decisões proferidas no âmbito da via de defesa:

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, *não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.*²⁷ [grifo nosso].

Não consideramos a questão tão simples. Lênio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima expõem bem a problemática existente:

Como se não bastasse reduzir a competência do Senado Federal à de um órgão de imprensa, há também uma consequência grave para o sistema de direitos e de garantias fundamentais. Dito de outro modo, atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. Não estamos em sede de controle concentrado! Tal decisão aqui terá, na verdade, efeitos avocatórios. Afinal, não é à toa que se construiu ao longo do século que os efeitos da retirada pelo Senado Federal do quadro das leis aquela definitivamente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal são efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*. Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais²⁸.

25 MARTINS, I. G. S. *Efeito prospectivo de decisões da Suprema Corte sobre matéria constitucional: sua admissibilidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso*, p. 277-286, *passim*.

26 Sobre o tema, veja-se também: MARINONI, L. G.. op. cit., p. 161-163.

27 MENDES, G. F. *O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*, p. 164.

28 STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M. A. C.; LIMA, M. M.'A. B. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*.

Temos que isso não é possível, diante do quadro normativo do controle de constitucionalidade previsto na Carta Magna, que prevê expressamente a necessidade de resolução do Senado Federal para que a decisão em controle difuso estenda seus efeitos de forma genérica, além das próprias súmulas vinculantes, que nada mais são que o meio para, após reiteradas decisões, o STF conceder efeitos genéricos e abstratos às decisões em controle concreto.

Vemos, desse modo, uma evolução do entendimento do STF acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, no âmbito temporal e pessoal e também no controle difuso. Não se entenda o termo “evolução” no sentido de progresso ou melhoria, mas de mero suceder temporal de entendimentos sobre a matéria. Antes de uma tomada de posição, salutar um aprofundamento da questão, focando aspectos atinentes às normas jurídicas tributárias.

3 Decadência, prescrição e repetição de indébito

Tanto a decadência quanto a prescrição são formas de conceder estabilidade estrutural ao ordenamento jurídico, pela passagem do tempo²⁹. E é bem conhecida a intensa discussão sobre a diferenciação entre ambas no direito civil³⁰.

As diferentes nuances que os institutos da decadência e prescrição possuem no direito tributário sempre causaram celeuma.

Por exemplo, costuma-se apontar uma discrepância entre a “essência” da decadência tributária, que seria o de acarretar a extinção do direito à constituição do crédito tributário, e a previsão do art. 156, inciso V, do CTN, que prevê que se trata do instituto de modalidade de extinção do próprio crédito tributário³¹.

Ademais, clássica é a lição da seara do direito civil acerca da chamada “obrigação natural”, hoje prevista no art. 882 do vigente Código Civil. Com base em tal regulação normativa, aquele que paga um débito civil prescrito não pode requerer a repetição do indébito, pois a dívida existia, apenas não era mais exigível. Isso porque é possível, no campo do direito privado referente a direitos disponíveis, a renúncia à prescrição, de forma tácita ou expressa³².

Não nos parece ser essa a situação em relação ao direito tributário pátrio. Pela previsão do art. 156, inciso V, do CTN, tanto a decadência quanto a própria prescrição tributária são causas de extinção do próprio crédito tributário, e não mera extinção do direito de ação do Fisco.

29 SANTI, E. M. D. de. op. cit., p. 143.

30 Idem, Ibidem, p. 145-147.

31 SOUZA, A. C. *Renúncia à prescrição e restituição de pagamento de crédito tributário prescrito*: efeitos da Súmula Vinculante 8 do STF, p. 37.

32 Id., Ibid., p. 43-44.

Tal diferenciação, longe de causar espanto, decorre do regime jurídico diverso que o direito positivo impõe à prescrição e decadência tributárias, diverso do direito civil, o que não passou despercebido à análise de Robson Maia Lins, quando recorda que no “[...]Direito Tributário as normas de decadência e de prescrição tomam contornos próprios, que distam, em alguns pontos, das normas de decadência e de prescrição do direito civil”³³.

Em que pese se poder definir a decadência tributária como a perda, pelo Fisco, do direito de lançar (ou de constituir o crédito tributário), e a prescrição como a perda do direito de o sujeito passivo cobrar o crédito tributário constituído, não vislumbramos qualquer óbice ao reconhecimento normativo de que, existente o ato administrativo de lançamento mesmo após a fluência de tais prazos, tais institutos serão causa de extinção do crédito tributário, impedindo, exemplificativamente, a emissão de certidão positiva de débitos tributários³⁴.

Nesse sentido, se alguém recolhe valor a título de tributo, atingido pela prescrição ou decadência, possui o direito de repetir o indébito, no prazo previsto no art. 168 do CTN, pois pagou valor indevido, como prevê o inciso I do art. 165 do mesmo diploma normativo. Ensina-nos Eurico de Santi:

O direito positivo tributário superou essa questão, com a redação do Art. 156 V do CTN, segundo o qual “extinguem o crédito tributário” a prescrição e decadência.

Operando-se a decadência, fica extinto o direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento ou por ato do contribuinte. E se, ainda assim, for constituído por ato de autoridade ou do contribuinte, aplica-se a *regra da decadência do direito de crédito do Fisco*, que determina a extinção do crédito tributário constituído intempestivamente.

Operando-se a prescrição, fica extinto o direito de ação de o Fisco cobrar o crédito tributário. E se, ainda assim, o contribuinte espontaneamente pagar esse crédito prescrito, aplica-se a *regra da prescrição do direito do Fisco ao crédito*, que determina que a ocorrência da prescrição extingue o crédito tributário.

Em suma, o pagamento de crédito tributário decaído ou prescrito, em razão das aludidas normas que cuidam da extinção do crédito tributário, faz surgir para o contribuinte o direito ao débito do Fisco³⁵. [destaques no original].

33 LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 94.

34 MACHADO, H. B.. *Curso de Direito Tributário*, p. 207.

35 SANTI, E. M. D. de. op. cit., p. 242.

Essa, inclusive, é a opinião da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional³⁶. Mas não faltam vozes discordantes³⁷. Artur César de Souza, por exemplo, defende a possibilidade de renúncia à prescrição tributária:

O Código Tributário Nacional não prevê a renúncia ou o pagamento de dívida prescrita como possibilidade *abdicativa* a ser exercida pelo contribuinte.

E na verdade nem teria que fazê-lo.

Em se tratando de *ato abdicativo*, de mera *liberalidade do contribuinte*, tal faculdade não precisa encontrar-se expressamente prevista nas *normas gerais de direito tributário*.

Renúncia à prescrição e pagamento de dívida prescrita, por se assemelharem a uma *obrigação natural*, estão à margem da competência da lei complementar³⁸.

Posta nossa visão sobre o tema, convém anotar que o referido prazo do art. 168 do CTN é um limite à constituição do indébito tributário, como bem aponta Robson Maia Lins³⁹. E opera, em nosso irrelevante entender, mas na companhia de prestigiada doutrina, mesmo nos casos em que houve a declaração de inconstitucionalidade da norma de incidência tributária que fundamentou o pagamento⁴⁰.

Vale dizer, ainda que declarada inconstitucional a norma de incidência tributária, o indébito só deverá ser repetido se não ultrapassado o limite temporal de cinco anos, contados do pagamento⁴¹. Trata-se de limite constitucional material de nosso ordenamento jurídico⁴². O mesmo ocorre, exemplificativamente, com a coisa julgada, por exemplo, que também não é afetada, em nosso entendimento, pela declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista ditames de segurança jurídica estampados expressa e implicitamente no texto da Constituição da República:

Assim, temos de um lado, a segurança jurídica, impondo limites à retirada de efeitos jurídicos estabilizados da incidência da RMIT [norma de incidência tributária] declarada inconstitucional (e obrigando que os efeitos não estabilizados sejam retirados); de outro lado, impondo que sejam produzidos os efeitos (os que ainda puderem ser produzidos) quando a RMIT for declarada constitucional, sobre

36 Parecer PGFN-CDA 877-2003.

37 CARVALHO, P. B. *Curso de Direito Tributário*, p. 489.

38 SOUZA, A. C. op. cit., p. 46.

39 LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 115-117.

40 Idem, *Ibidem*, p. 115.

41 Nesse sentido: FREIRE JUNIOR, A. B. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis no prazo de decadência para a ação de repetição de indébito tributário*, p. 84.

42 LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 187.

ser princípio na aceção de norma de superior hierarquia, também o é no sentido de valor posto naquela mesma norma. É princípio-norma de hierarquia constitucional e princípio-valor também de hierarquia constitucional⁴³.

Esse não tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, e até mesmo do Conselho de Contribuintes Federal, no entanto. Fulcrados na tese da nulidade da lei declarada desconforme com a Constituição, têm eles entendido que o prazo para a repetição do indébito, em tais casos, inicia-se com a publicação da decisão de inconstitucionalidade da lei tributária.⁴⁴

Expostas tais ideias gerais, importa ressaltar que entendemos não ser em nada diferente o caso das contribuições previdenciárias reguladas pela Lei 8.212/91. Se o lançamento, com base no art. 45 do diploma legal, se refere retrospectivamente a fatos jurídicos tributários de mais de cinco anos, ou se a execução fiscal foi promovida após cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário, nos termos do art. 46, e houve recolhimento do tributo, declarada a ocorrência da decadência ou prescrição pelo Judiciário, entendemos possível a repetição do valor pago. Contudo, conforme veremos a seguir, a Súmula Vinculante n. 8 do STF trouxe relevantes questionamentos jurídicos exatamente quanto a tal possibilidade.

4 A problemática das súmulas vinculantes

As súmulas de jurisprudência já são realidade no direito pátrio desde meados da década de 50, e não passavam de “recomendação aos julgadores, ou seja, poder de violência simbólica”⁴⁵.

Com o passar dos anos tiveram um gradativo aumento de relevância, não só do ponto de vista pragmático, tendo em vista sua efetiva aplicação pelos tribunais, mas desde uma ótica normativa, pelas modificações dos arts. 475, § 3º, art. 518, § 1º, art. 543-A, § 3º, art. 544, § 3º e art. 557, todos da Lei 5.869/73, o Código de Processo Civil – CPC. Exemplificativamente, no caso do último dispositivo legal, criou-se fator impeditivo de seguimento de recursos fundado na “manifesta inadmissibilidade”, “improcedência”, “prejudicialidade”, no “confronto com Súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior”.

43 Idem, Ibidem, p. 141.

44 Nesse sentido, veja-se: FREIRE JUNIOR, A. B. op. cit., p. 83; LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*, p. 232.

45 MOUSSALEM, T. M. *Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade*, p. 860.

Streck entende que tais dispositivos são de duvidosa constitucionalidade, pois as súmulas passam a ter força de lei, com caráter nitidamente vinculante e, com a não subida de recursos ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, torna-se estática a jurisprudência dos tribunais superiores, numa verdadeira aporia⁴⁶.

O ápice da consagração das súmulas chegou com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que incluiu o art. 103-A ao texto da Carta de 1988, que prevê o polêmico instrumento das súmulas vinculantes. Polêmico, pois enquanto alguns o consideram a tábua de salvação da efetividade jurisdicional, outros a receberam com relativa ou grande reserva⁴⁷.

Reza referido dispositivo constitucional, o seguinte:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A Lei Federal n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, regulamenta a matéria, prevendo regras sobre as formas de edição, revisão e cancelamento das súmulas.

Tárek Moussalem, em interessante artigo, após afirmar que a expressão “súmula vinculante” é redundante porque toda linguagem prescritiva é vinculadora, e que o termo “vinculante” nem mesmo existe no vernáculo, traz à baila uma importante reflexão: tais súmulas, ao invés de gerar o efeito desejado, podem causar um aumento considerável de demandas no próprio STF⁴⁸.

De qualquer modo, parece-nos claro que as súmulas vinculantes possuem a natureza de atos normativos gerais e abstratos, oriundos do Poder Judiciário⁴⁹. E a violência do instrumento se denota da previsão de vinculação não só dos órgãos jurisdicionais, mas também da administração pública federal, estadual e municipal.

46 STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 401-403 ss

47 Sobre a discussão, veja-se: BARBOSA, C. M. *Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante*, p. 9-13 ss. STRECK, L. L. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira*, p. 14-15 ss..

48 MOUSSALEM, T. M. op. cit., p. 852-853; 864-865.

49 Nesse sentido, veja-se: STRECK, L. L. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira*, p. 16; MOUSSALEM, T. M. op. cit., p. 863; ABOUD, G. *Súmula vinculante versus precedente: notas para evitar alguns enganos*, p. 228.

São elas meio de se conferir efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões do STF proferidas por meio do controle difuso de constitucionalidade, já que seriam completamente desnecessárias no caso do controle concentrado:

Além do controle de constitucionalidade em abstrato, a mudança operada pela Emenda Constitucional prevê a vinculação de decisões do STF tomadas em sede de controle concreto, nos casos em que a questão constitucional é aventada incidentalmente, conforme se depreende da redação dada pela Art. 103-A da Constituição Federal [...].

A decisão tomada com respeito a uma lei em tese tem natureza diversa daquela proferida num caso inter partes. Os mecanismos constantes da Emenda Constitucional n. 45 visam aliviar a demanda quantitativa de recursos existentes no Supremo Tribunal Federal aguardando decisão. Objetivam também garantir uma unidade decisória entre os diferentes órgãos do Poder Judiciário, medida que visa dar maior segurança e previsibilidade ao sistema⁵⁰.

Streck recorda que, no sistema do *common law*, o juiz necessita fundamentar sua decisão, enquanto que, no sistema da *civil law*, basta que a decisão esteja de acordo com a lei. O eletismo das súmulas no sistema brasileiro mistura a discricionariedade do primeiro sem a motivação, vale dizer, poder sem limites, tornando as súmulas normas gerais de validade genérica⁵¹.

Nem todos veem o instrumento com uma lente negativa. Octávio Campos Fischer, por exemplo, aduz que “o advento das súmulas vinculantes não parece significar um atentado contra a democracia ou contra a liberdade de julgar dos demais integrantes do Poder Judiciário”⁵². Afirma referido autor que, com o surgimento de tal instituto, anela-se maior segurança jurídica⁵³.

De qualquer modo, há diversos pormenores no novel instituto, que causam perplexidade:

Com o poder de editar Súmulas, os Tribunais passam a ter um poder maior do que o Legislativo. Se se impedir que – das decisões exaradas em conformidade com as Súmulas – sejam interpostos recursos, o Poder Judiciário estará acumulando as duas funções (Legislativo e Judiciário), petrificando o sentido do texto (e da norma exurgente desse texto). Daí que, examinando o sistema jurídico brasileiro como um paradoxo, é possível dizer que, do ponto de vista autopoiético, a

50 BARBOSA, C. M. *Independência do poder judiciário e súmula vinculante*, p. 9.

51 STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 401-402.

52 FISCHER, O. C. *Súmula vinculante, insegurança jurisdicional e a tributação no Brasil*, p. 198.

53 Idem, *Ibidem*, p. 202.

vinculação sumular reforça o poder de autorreprodução do sistema. Com a vinculação, o STF (veja-se o problema de o STF elaborar Súmulas, que, na prática, *são verdadeiras emendas à Constituição*) “fecha” o sistema⁵⁴.

Apesar das restrições que se poderiam levantar em relação às súmulas vinculantes, não é objeto do presente arrazoado a análise de sua constitucionalidade: partamos do pressuposto metodológico de que a EC 45/2005 é constitucional no particular.

Após a promulgação de referida lei, o STF não tem economizado na expedição de tais atos normativos. Até o presente momento foram dezesseis súmulas vinculantes, dentre as quais nos interessa, no presente estudo, a de n. 8, de 12 de junho de 2008, objeto do próximo tópico⁵⁵.

5 Súmula vinculante n. 8: ilações

Tratamos alhures sobre as teses que tratam da possibilidade ou não de concessão de efeitos *ex nunc* e *erga omnes* a declarações de inconstitucionalidade no controle difuso.

Não resta dúvida que a modulação de efeitos em matéria tributária é tema conflituoso. Afinal, diante da ampla discricionariedade conferida ao STF pelo art. 27 da Lei 9.868/99, faz-se possível que se declare inconstitucional uma norma de incidência tributária, mas se impeça a repetição do indébito, mantendo-se os efeitos dos lançamentos tributários e os pagamentos deles decorrentes, pelos efeitos *ex nunc* concedidos à declaração de inconstitucionalidade⁵⁶. Podemos imaginar situação ainda mais complexa, se advinda da modulação de efeitos em controle difuso, com a concessão de efeitos *erga omnes* à decisão.

Pois é diante de tal problemática que se encontra o estudioso do direito, ao se debruçar sobre o julgamento dos REs n. 560.626, 556.664, 559.882 e 559.943, do STF, e sobre a súmula vinculante objeto do presente excerto.

Como já visto, em referidos recursos, em que se declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei Federal 8.212/91 e do art. 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77, a leitura do voto do Ministro Gilmar Mendes leva à conclusão de que o STF concedeu efeitos prospectivos (determinando que os valores pagos não serão repetidos se os contribuintes não fizeram o requerimento, administrativo ou judicial, até o dia do julgamento), assim como teria concedido efeitos *erga omnes* à sua decisão.

54 STRECK, L. L. *As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira*, p. 23.

55 Contagem realizada até o dia 29/08/2009.

56 MARCÍLIO, C. F. V. op. cit., p. 93-94.

Carece de dúvidas que tal entendimento labora contra a Segurança Jurídica, ao invés de reforçá-la, o que seria, em tese, o objetivo da modulação de efeitos da decisão e da expedição de súmula vinculante sobre o tema. Isso porque o administrado, que possuía legítima expectativa de repetir o indébito, dentro do prazo prescricional, calcado na pacífica jurisprudência sobre a matéria, se veria surpreendido pela súbita prescrição de seu direito.

Há manifestações doutrinárias que apontam possíveis eivas de tal entendimento. Resvalaria tal exegese, segundo Saul Tourinho Leal, na moralidade a que se encontra adstrita a Administração Pública, pela previsão do *caput* do art. 37 da Constituição Federal⁵⁷. Do mesmo modo, haveria verdadeiro confisco⁵⁸.

Aponta referido autor um possível desprestígio e descrédito de institutos comezinhos de proteção ao contribuinte, quando afirma o seguinte:

Se o instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade for utilizado em desfavor dos direitos fundamentais dos contribuintes, caminharemos, todos, para a nulificação da relevante conquista jurídica esboçada pelos princípios constitucionais tributários. [...]

A doutrina prospectiva não pode ser desvirtuada ao oposto do que ela verdadeiramente representa. [...]

No Brasil, se quer utilizar a medida para negá-los [os direitos civis]. É sempre assim. O país é pródigo em importar institutos jurídicos estrangeiros e aplicá-los descaracterizando-os. [...]⁵⁹.

Parece provável o raciocínio de que, diante da possibilidade de que os pagamentos de tributos criados fora dos parâmetros constitucionais não tenham que ser devolvidos, haveria o encorajamento para voos cada vez mais ousados da Fazenda Pública nesse sentido, com o beneplácito do STF. Afinal, “confiante na aplicação da doutrina prospectiva, o Estado pode conduzir a aprovação contumaz de atos legislativos que imponham obrigações tributárias inconstitucionais. O pântano seria provável destino”⁶⁰.

Relevantes os argumentos, que mereceram a exposição. Focaremos-nos, no entanto, numa análise de tal possível interpretação com base em outros fundamentos.

Se entendermos que houve a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes* e vinculantes, fácil verificar que o STF teria na verdade, de forma genérica e abstrata, criado norma de prescrição do

57 LEAL, S. T. op. cit., p. 84.

58 Idem Ibidem.

59 LEAL, S. T. op. cit., p. 81-82.

60 Idem, Ibidem, p. 83.

direito de repetição do indébito tributário em relação à matéria. E, mefistofélico, o prazo seria natimorto, pois na data de seu advento, já teria escoado.

Por tudo o que já foi exposto, não nos parece possível, desde um ponto de vista sistemático, que a decisão no controle difuso, ainda que aceita a possibilidade de modulação dos seus efeitos, possa atingir pessoas alheias à lide na qual foi ela proferida. O único meio de conferir validade, em nosso entender, à redação do voto do Ministro Gilmar Mendes já transcrito, é interpretar que os efeitos prospectivos se referem aos contribuintes que eram parte em referidos recursos.

Tanto é que, para conceder efeitos *erga omnes* e vinculante ao entendimento exarado ao julgar referidos recursos, o STF editou a Súmula Vinculante n. 8.

Compulsando o texto de referida súmula, transcrito anteriormente, verificamos, objetivamente, as seguintes normas vinculantes do Judiciário e do Executivo da União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, em relação à decadência e prescrição do crédito tributário:

- a) é inconstitucional o artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77;
- b) é inconstitucional o artigo 45 da Lei n. 8.212/91;
- c) é inconstitucional o artigo 46 da Lei n. 8.212/91.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em interessante parecer de lavra do Coordenador-Geral de Assuntos Tributários, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, em que se analisa a forma de interpretação a ser dada pelo órgão federal ao teor da súmula, recorda-nos que “Efetivamente, o que vincula é o verbete da súmula, e não a decisão à qual a súmula se reporta. A decisão é apenas indicativa de vetor hermenêutico”⁶¹. E mais: a súmula vinculante possui autonomia em relação aos precedentes, vale por si só⁶².

E, do verbete da súmula, somente se consegue extrair, em nosso entendimento, as regras acima ventiladas. Não vislumbramos, dessarte, dentre os mandamentos contidos na súmula, qualquer restrição ao direito de repetição do indébito dos contribuintes.

Esse não é o entendimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em referido parecer, no entanto⁶³. E tal opinião já havia sido por ela exarada em anterior arrazoado:

[...] Por razões de segurança jurídica, [o STF] restringiu os efeitos da proclamada inconstitucionalidade no tocante aos prazos de prescrição e decadência das contribuições de Seguridade Social,

61 Parecer PGFN-CAT-1617-2008, p. 13.

62 ABBOUD, G. op. cit., p. 227.

63 Parecer PGFN-CAT 1617-2008, p. 6.

disciplinando, em face de situações abstratamente consideradas, o momento a partir do qual são reputados indevidos os pagamentos já efetuados e estabelecendo condição para a restituição ou aproveitamento desses valores⁶⁴.

Respeitosamente, discordamos de tal entendimento, que bem serve a uma tese de defesa dos interesses da Fazenda Pública, mas que não nos parece se afeiçoar numa análise sistemática de nosso ordenamento jurídico. Conforme já visto, entendemos que, somente com as decisões dos Recursos Extraordinários, inexistente vinculação a outros órgãos judiciais e administrativos. E a Súmula Vinculante, que sim, poderia trazer à baila norma vinculadora quanto ao tema, é silente quanto a eventuais efeitos prospectivos da declaração de inconstitucionalidade.

Nesse ponto, parece-nos exata a visão de Márcio Severo Marques, já exposta. Ainda que se aceitasse que a decisão dos citados recursos extraordinários tivessem efeitos *erga omnes* e, apesar da omissão da Súmula Vinculante n. 8, se pudesse afirmar que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos sob estudo não atinge eventuais valores recolhidos e não reclamadas até 11 de junho de 2008, a concessão de eficácia não retroativa à declaração de inconstitucionalidade apenas teria determinado a impossibilidade de a Administração Pública Federal determinar de ofício a restituição de valores, o que seria um efeito decorrente da Súmula.

Não haveria impedimento algum, no entanto, para que os contribuintes ainda buscassem, judicialmente, a devolução dos valores pagos, se não atingidos pelo prazo prescricional do débito do fisco. Afinal,

um provimento jurisdicional individual dessa natureza (reconhecimento de pagamento indevido decorrente de aplicação de norma inválida), produzirá efeitos retroativos à data em que a lesão àquele direito tenha ocorrido (exceto se o direito tiver perecido, pelo seu não exercício, no prazo previsto em lei)⁶⁵.

Isso porque são apenas os efeitos da decisão do STF que não retroagirão, nessa hipótese, não a invalidade da norma em si, que pode ser discutida em ação movida pelo contribuinte⁶⁶.

Dessarte, objetivamente, não nos parece que a Súmula Vinculante n. 8 possua qualquer efeito restritivo à pretensão de repetição de indébito de valores pagos, ficando restrita a modulação realizada pelo STF nos recursos extraordinários já referidos apenas às partes litigantes.

64 Parecer PGFN-CRJ-CDA 1437-2008, p. 6.

65 MARQUES, Márcio Severo. op. cit., p. 557.

66 Idem, Ibidem, p. 558.

De qualquer modo, laboremos doravante com a hipótese de que tais efeitos prospectivos são possíveis para uma análise dos efeitos jurídicos da Súmula Vinculante sob estudo, no caso de prevalência de tal tese no seio da comunidade jurídica.⁶⁷

Inicialmente, deve-se ressaltar que o enunciado da súmula não inclui os créditos não-tributários, que estão excluídos de seus efeitos vinculadores. No que se refere aos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, isso é indiferente, porque tais dispositivos somente eram aplicados a créditos tributários de contribuições previdenciárias. Torna-se relevante o mandamento em face do parágrafo único do artigo 5º, do Decreto-lei 1.569/77, que “suspendia” o prazo prescricional de créditos tributários e não-tributários.

Outro ponto de extrema importância é o da inaplicabilidade da modulação de efeitos em relação ao mesmo art. 5º do Decreto-lei. Isso porque, se considerada válida, a relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade somente se deu em relação aos dispositivos da Lei 8.212/91, como visto.

Do mesmo modo, a súmula somente atingiu os dispositivos mencionados na parte afeta à decadência e prescrição, como ressalta sua parte final. Importante o esclarecimento porque, na primeira parte do enunciado, inexistente qualquer ressalva e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, de 1991, tratam também de temas alheios à matéria de que cuida o enunciado sumular.

Ademais, aceitos os efeitos prospectivos, a Fazenda Nacional não necessitará proceder à devolução de ofício dos valores pagos nos últimos cinco anos contados de 11 de junho de 2008, referente a créditos tributários lançados com base nos dispositivos declarados inconstitucionais da Lei 8.212/91, se referentes a período prescrito, nos termos do CTN. O mesmo não ocorre, por consequência, em relação a créditos ainda não excluídos do ordenamento jurídico com base no Decreto-lei, não atingido pela modulação, como acima explicado.

Do mesmo modo, todos os créditos tributários não pagos, mas ainda existentes, com fundamento em tais dispositivos deverão ser anulados pela Fazenda Nacional, com a consequente extinção das execuções fiscais e reconhecimento do pedido em ações anulatórias de lançamento e mandados de segurança porventura existentes.

Isso deve ocorrer ainda que tais dívidas se encontrem parceladas, no que se refere às parcelas ainda não pagas.

Caso o contribuinte tenha requerido administrativamente a repetição do indébito até 11 de junho de 2008, inclusive, a devolução dos valores pagos nos últimos cinco anos deve se dar de ofício, com o deferimento do pedido. Caso o

67 Alguns desses pontos foram objeto de análise pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, conforme se pode observar dos já mencionados Pareceres PGFN-CRJ-CDA 1437-2008 e PGFN-CAT 1617-2008.

pedido seja posterior, e se refira aos créditos atingidos pela modulação, o pedido não deverá ser acatado pela Administração Fazendária.

Judicialmente, o mesmo: se a ação de repetição de indébito dos créditos lançados com base na Lei 8.212/91 é anterior ao limite cronológico estabelecido, é dever da União reconhecer a procedência do pedido e proceder à devolução na forma do art. 100 da Constituição Federal, limitada a restituição aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

Por fim, caso seja pago algum valor referente aos créditos atingidos pelos efeitos vinculadores da súmula, após 11 de junho de 2008, por parcelamento vigente, por exemplo, a restituição também deve se dar de ofício, pois tal hipótese não se encontraria albergada na modulação levada a efeito pelo STF.

Tudo isso com base no dever de autotutela da Administração Pública, pois como aduz Diógenes Gasparini:

O exercício do poder de invalidar, como o de revogar, é obrigatório. Não cabe à Administração Pública competente em face de um ato inválido qualquer faculdade ou discricão no sentido de invalidar ou não invalidar. Não há essa possibilidade de escolha. Assim é por força do princípio da legalidade. [...] ⁶⁸.

Estes seriam os efeitos da súmula sob análise, ainda que se considerasse existente a modulação de efeitos em questão. Pensamos, no entanto, ter exposto as razões pelas quais entendemos que uma interpretação que aceite a possibilidade de efeitos prospectivos relacionados à Súmula Vinculante n. 8 não se coaduna com uma visão sistemática de nosso ordenamento jurídico.

Nesse caso, em relação aos efeitos vinculadores expostos, haveria um *plus*: a devolução de ofício de todos os valores pagos referentes aos créditos tributários lançados com base nos artigos 45 e 46 da Lei Federal n. 8.212/91, do período de 12 de junho de 2003 até a data da súmula, sem que os contribuintes realizassem qualquer requerimento, administrativa ou judicialmente, além da incontestada restituição dos valores pagos de créditos que continuavam existindo por força do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77, hipótese que, como já visto, não foi atingida pela modulação de qualquer modo.

68 GASPARINI, D. *Direito administrativo*, p. 112.

6 Considerações finais

No presente arrazoado, pretendeu-se analisar, de forma sucinta, os problemas decorrentes do advento da Súmula Vinculante n. 8, no que se refere à suposta modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei Federal n. 8.212/91 e do artigo 5º do Decreto-Lei n. 1.569/77.

Para tanto, inicialmente estudou-se a forma mista de controle de constitucionalidade no sistema brasileiro, indicando-se as principais diferenças de regime jurídico entre o controle difuso e o concentrado, assim como apontando seus efeitos, trazendo-se à baila a problemática da modulação de efeitos no controle concentrado, prevista no artigo 27 da Lei 9.868/99.

Apontou-se a importância da discussão acerca do cabimento da concessão de efeitos prospectivos em sede de controle difuso, tendo-se entendido também, quanto a tal forma de controle de constitucionalidade, pela vedação constitucional à concessão de efeitos *erga omnes* às decisões através dela tomadas.

Assentou-se também a natureza da decadência e da prescrição tributária, com sua diferenciação em relação aos institutos homônimos do direito civil, mormente no que se refere ao caso de pagamento de tributo decaído ou prescrito, o que, como visto, enseja o direito à repetição do indébito. Observou-se que são elas limites constitucionais materiais de nosso ordenamento jurídico, que restringem o direito de repetição mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade da norma que fundou a exação.

Passou-se, então, a um estudo acerca das súmulas de jurisprudência, que desembocou numa análise acerca das súmulas vinculantes, em que se apontou sua natureza como de atos normativos gerais e abstratos, oriundos do Poder Judiciário, sendo meios para conceder efeitos vinculantes e *erga omnes* às decisões do STF em sede de controle difuso.

Após a fixação de tais conceitos, passou-se a uma análise da Súmula Vinculante n. 8, tendo-se inicialmente analisado a questão da suposta modulação de efeitos que teria sido levada a efeito e que evitaria a repetição dos valores pagos, se não tivessem sido pleiteados até a data do julgamento.

Concluiu-se que tal modulação, efetivamente levada a efeito no julgamento dos recursos extraordinários que ensejariam a emissão da súmula, não produz efeitos *erga omnes* e vinculante, até mesmo pela redação de seu enunciado, omissa sobre o tema, sendo possível o pleito de repetição do indébito, desde que observado o prazo prescricional do débito do Fisco.

Referências

- ABBOUD, G. Súmula Vinculante *versus* precedente: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 165, ano 33, 2008, p. 218-230.
- AMARO, L. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FISCHER, O. C. Súmula Vinculante, Insegurança Jurisdicional e a Tributação no Brasil. In: RIBEIRO, M. F. [Coord.] *Direito tributário e segurança jurídica*. São Paulo: MP Editora, 2008, p. 193-204.
- BARBOSA, C. M. Independência do Poder Judiciário e Súmula Vinculante. *Revista do Direito Privado da UEL*. Londrina, vol. 1, n. 3. Disponível em <<http://www2.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/IndependenciadoPoderJudSúmulaVinculanteCláudiaBarbosa.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2009.
- BRASIL. Constituição, 1988.
- BRASIL, Decreto-lei 1.569, de 8 de agosto de 1977.
- BRASIL, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966.
- BRASIL, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
- BRASIL, Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.
- BRASIL, Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.
- BRASIL, Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.
- BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Coordenadoria-Geral da Dívida Ativa da União. AGF Brasil Seguros S.A...Parecer 877/2003. Autor: Christiano Mendes Wolney Valente. 24 out. 2002. Brasília [Trabalho não publicado].
- BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Coordenadoria-Geral da Dívida Ativa da União. Coordenadoria-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional. Súmula Vinculante n. 8...Parecer 1437/2008. Autor: Geila Lídia Barreto Barbosa. 11 jul. 2008. Brasília [Trabalho não publicado].
- BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Coordenadoria-Geral de Assuntos Tributários. Supremo Tribunal. Parecer 1617/2008. Autor: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. 1 ago. 2008. Brasília [Trabalho não publicado].
- CARVALHO, P. B. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. atualiz. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ESTEVES, J. L. M. *Direitos fundamentais sociais no supremo tribunal federal*. São Paulo: Método, 2007.[Coleção Professor Gilmar Mendes, V].
- FERRARI, R. M. M. N. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2000.
- FREIRE JUNIOR, A. B. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das leis no prazo de decadência para a ação de repetição de indébito tributário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 44, ano 10, 2002, p. 83-88.
- GASPARINI, D. *Direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, S. T. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 158, 2008 p. 78-116.

LINS, R. M. *Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Efeito da decisão do STF em controle abstrato de constitucionalidade em matéria tributária sobre as decisões judiciais de outras instâncias do Poder Judiciário. *CONGRESSO DO IBET, III. Interpretação e Estado de Direito*. BARRETO, Aires Fernandino e outros. São Paulo: Noeses, 2006, p. 801-818.

MACHADO, H. B. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. rev. atualiz. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARCÍLIO, C. F. V. Declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado e repetição do indébito tributário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 79, ano 16, 2008, p. 75-97.

MARINONI, L. G. *Coisa julgada nconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, M. S. Segurança jurídica – invalidade da norma tributária e efeitos “ex nunc” de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. *CONGRESSO DO IBET, III. Interpretação e Estado de Direito*. Barreto, Aires Fernandino e outros. São Paulo: Noeses, 2006, p. 547-564.

MARTINS, I. G. S. Efeito prospectivo de decisões da Suprema Corte sobre matéria constitucional: sua admissibilidade tanto em controle concentrado quanto em controle difuso. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 66, ano 14, 2006, p. 277-297.

MENDES, G. F. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um Caso Clássico de Mutação Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 162, abr/jun. 2004, p. 149-168.

MOUSSALLEM, T. M. Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. *CONGRESSO DO IBET, III. Interpretação e Estado de Direito*. BARRETO, Aires Fernandino e outros. São Paulo: Noeses, 2006, p. 851-866.

PACHÚ, C. O. Aspectos gerais dos efeitos da declaração de (in)constitucionalidade das leis no controle abstrato de normas. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 59, ano 15, abr. jun. 2007, p. 56-69.

SANTI, E. M. D. de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2004.

SILVA, J. A. Controle de Constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez, n. 25, ano 5, maio-jun. 2004, p. 13-20.

SOUZA, A. C. Renúncia à prescrição e restituição de pagamento de crédito tributário prescrito: efeitos da Súmula Vinculante 8 do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 81, ano 16, jul. ago. 2008, p. 36-48.

STRECK, L. L.; OLIVEIRA, M. A. C. de; LIMA, M M.'A. B. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível

l em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 3 fev. 2009.

_____. As súmulas vinculantes e o controle panóptico da justiça brasileira. *ARGUMENTUM*: Revista de Direito da Universidade de Marília. Marília: UNIMAR, vol. 4, 2004, p. 13-34.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

WALTER, C. H.; ANDRÉ, R. Constitucionalidade superveniente de norma tributária inconstitucional? *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 72, ano 15, jan./fev. 2007, p. 141-160.

Recebido em 29/08/2009

Aceito para a publicação em 22/02/2010

A NORMATIZAÇÃO JUSTRABALHISTA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DIANTE DAS NOVAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

LABOR RULING AS A PRINCIPLE EFFECTIVENESS OF THE DIGNITY FACING THE NEW WORK RELATIONSHIPS IN CONTEMPORARY SOCIETY

Sonilde Kugel Lazzarin¹

Sumário

1. Introdução. 2. Novas modalidades de relações de trabalho e a precariedade de direitos sociais e trabalhistas. 3. Os sindicatos como órgãos de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. 4. O novo papel do Estado nas relações de trabalho na sociedade contemporânea. 5. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 6. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. New modalities of work relationships and social and labor rights precariousness. 3. The unions as agencies of protection of workers basic rights. 4. The new role of the state in the work relationships in contemporary society. 5. The Human being Principle of Dignity. 6. Final remarks. References.

Resumo

Diante do fenômeno da globalização, da crescente precarização das relações de trabalho, da flexibilização das normas justralhistas, do aumento do desemprego e das mudanças e inovações no mundo do trabalho na atual conjuntura econômica, o presente estudo visa à discussão da reconstrução ética do trabalho. A problemática implica na revisão do papel do Estado, dos sindicatos, das empresas e dos trabalhadores a fim de viabilizar o direito fundamental à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Exclusão social. Trabalho. Dignidade.

¹ Advogada, Especialista e Mestre pela PUCRS, Doutoranda em Direito pela PUCRS, Professora da Graduação da PUCRS e UNIRITTER e do Programa de Pós-Graduação Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da PUCRS, UNIRITTER e FEEVALE. Pesquisadora de Núcleo de Pesquisas CNPQ *Estado Processo e Sindicalismo* e Pesquisadora no UNIRITTER, Grupo de Direitos Humanos e Fundamentais *A participação no mercado de trabalho: inclusão e exclusão social e o novo papel do estado nas sociedades modernas*.

Abstract

Facing globalization phenomena, increased precarious working conditions, flexibilization of labor laws, increased unemployment, changing and innovations in the whole working world in current economy situation, the present work aims at discussing work ethic reconstruction. The issue demands revision on the role of state, trade unions, companies and on working class, in order to make this fundamental right to the of human being dignity viable.

Key-words: Social exclusion. Work. Dignity.

1 Introdução

As inovações tecnológicas, com a consequente globalização da economia, vêm favorecendo os países economicamente mais desenvolvidos. Os avanços da informática e da telecomunicação geraram os computadores de círculos integrados, a telemática e a robótica, ocasionando profundas inovações na estrutura empresarial e nas relações de trabalho. A concorrência comercial exige maior produtividade, melhor qualidade dos produtos e serviços e melhores custos. Dentro deste panorama, Sussekind² salienta duas especiais consequências no campo empresarial: a horizontalização da produção de bens ou serviços, mediante a contratação de empresas especializadas em determinados segmentos e a ampliação das hipóteses de flexibilização das normas de proteção ao trabalho.

As empresas precisam adaptar-se às novas regras da economia global, cuja ênfase centra-se na aceleração da integração das cadeias de produção; na aplicação de tecnologias modernas a processos tradicionais; na adoção de técnicas de produção enxuta e de terceirizações, ocasionando a queda do emprego direto e o crescimento do indireto. Nos países centrais, essa internacionalização se deu fundamentalmente por fusões e aquisições. Para as grandes corporações transnacionais, responsáveis pelo desenvolvimento das tecnologias, as metas são direcionadas para a competição e o crescimento e não para a criação de empregos; ao contrário, reforçam o desemprego estrutural, na medida em que há uma remodelação dos empregos existentes, com o corte de excedentes. Soma-se a isso, de acordo com Dupas³ “a relativa facilidade que as empresas transnacionais adquiriram recentemente em transferir o local de sua produção de acordo com as conveniências de custos, benefícios fiscais, políticas industriais e comerciais”.

O que se verifica é o aumento do desemprego e de postos de trabalho menos qualificados nos países pobres. Assim,

2 SUSSEKIND, A. O futuro do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo n. 64, p. 1231, out. 2000.

3 DUPAS, G. *Economia global e exclusão social*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 99.

as economias não desenvolvidas transformam-se em uma grande feira mundial de concorrência pelos menores custos de trabalho possíveis, a ser visitada por compradores de força de trabalho que representam as grandes corporações transnacionais. Quanto mais dóceis os governos, e submissos à lógica de exploração intensiva de trabalho, mais dependentes são suas políticas macroeconômicas nacionais⁴.

Esta reorganização da produção gerou uma ampla fragmentação no mercado de trabalho, promovendo, de acordo com Santos⁵, uma mudança no paradigma do trabalho, tornando progressivamente mais flexível o emprego tradicional e a informalidade, e colocando em dúvida a importância dos sindicatos, numa escala nunca sentida desde a revolução fordista do início do século.

A crise existente, sob a égide das leis do mercado, tem características estruturais. Gerou, conforme dados da OIT, 150 milhões de desempregados e 850 milhões de subempregados, o equivalente a 1/3 da população economicamente ativa mundial⁶.

No Brasil, paralelamente ao desemprego, surge um grande mercado informal e com ele uma rede de precarização das condições de trabalho, com baixos salários, jornadas extenuantes, péssimas condições de higiene e segurança, exploração de trabalho infantil, e muitas vezes, em condições análogas as de escravo. O mais grave, de acordo com Lopes⁷, é que este mercado informal é utilizado pelo mercado formal, que terceiriza várias etapas produtivas, o que significa a exploração indireta destes trabalhadores pelo mercado formal.

As transformações ocasionadas nos processos de produção, de acordo com Habermas⁸, destruíram a teoria do valor, na medida em que a introdução da microeletrônica, da robótica, dos novos materiais de produção e de novas fontes de energia, nos processos de trabalho, deslocou o trabalho como unidade dominante na produção de riquezas. Agora é a ciência que é elevada à condição de primeira força produtiva. Por isso, o trabalho passa por uma verdadeira revolução, uma vez que a atividade produtiva passa a fundar-se em conhecimentos técnico-científicos, em oposição ao trabalho rotineiro, repetitivo e desqualificado, que predominou na fase do capitalismo liberal.

4 POCHMANN, M. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001, p. 8.

5 SANTOS, E. R. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho nos Estados Unidos da América, na União Européia, no Mercosul e a experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 133.

6 Prensa OIT de 21/06/2000, Genebra, p. 1-2. In: SUSSEKIND, A. O futuro do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, n. 64, p. 1231, out. 2000.

7 LOPES, O. B. Limites da flexibilização das normas legais trabalhistas. In: MARTINS FILHO, I. G. S. et al. (Coord.). *Direito e processo do trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 188.

8 HABERMAS, J. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

2 Novas modalidades de relações de trabalho e a precariedade de direitos sociais e trabalhistas

A relação de emprego não corresponde mais à modalidade contratual quase monopolizadora da prestação pessoal de serviços. São utilizadas, com frequência, novas formas de contratação, como a empreitada, a subcontratação, a terceirização, os contratos provisórios, o trabalho em tempo parcial, o trabalho intermitente; o tele-trabalho, a contratação dos chamados “PJs”⁹, as cooperativas fraudulentas, o salário mínimo insuficiente à subsistência digna do trabalhador, a informalidade. Além disso, as novas tecnologias estimulam a diferenciação, dividindo o mercado de trabalho entre aqueles que detêm e os que não detêm o conhecimento numa sociedade da informação. Assim, destaca Robortella¹⁰ que é evidente a grande e crescente heterogeneidade do mercado de trabalho, que torna disfuncional a proteção homogênea que trata os trabalhadores como se fossem todos iguais, nos moldes fordistas.

Atualmente, excluindo-se o núcleo estratégico permanente, a empresa prefere contratos por prazo determinado, atendendo a necessidades tópicas. Ainda, prossegue o mesmo autor, além da precariedade do trabalho, este não mais se concentra no mesmo local, na concepção da indústria clássica. O teletrabalho desfaz a concentração dos processos produtivos, uma vez que o trabalhador exerce suas atividades em diversos locais e até em sua própria residência. Desse modo, “a globalização, a desindustrialização, a terceirização, a nova tecnologia e outros fatores desconcentram o processo produtivo, precarizam as condições de trabalho, geram desemprego e enfraquecem os sindicatos”¹¹.

Para se ter uma ideia do fenômeno, no Brasil, durante os anos 1940 e 1970, a cada 10 postos de trabalho criados apenas 2 não eram assalariados, sendo 7 com registro formal, ao passo que na década de 90, a cada 10 vagas existentes, somente duas eram assalariadas¹². O desemprego formal com a proteção social e trabalhista é diretamente proporcional ao aumento da informalidade e subempregos, ou seja, da degradação das condições de trabalho.

9 PJs – Pessoas Jurídicas são trabalhadores que constituem uma Sociedade, normalmente formada por uma pessoa, o profissional que trabalha com 99,9% do capital, mais um parente que não trabalha e tem uma cota apenas para completar a sociedade (PEREIRA, J. L. C. O trabalho intelectual e artístico e a contratação entre pessoas jurídicas. In: MARTINS FILHO, I. G. S. et al. (Coord.). *Direito e processo do trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 220).

10 ROBORTELLA, L. C. A. Prevalência da Negociação Coletiva sobre a Lei. In: FREDIANI, Y.; SILVA, J. G. T. da (Coord.). *O Direito do Trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 66.

11 Idem, p. 67.

12 Fonte: BACEN, FIBGE e MT. In: POCHMANN, M. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001, p. 97.

Na verdade, a precarização das relações de trabalho afeta os trabalhadores de modo geral, inclusive os desempregados, que passam a ter o sentimento de inutilidade social, ou seja, há a desqualificação também sob o ponto de vista cívico e político. Concorde-se com Marques, na medida em que para aqueles que têm a condição de empregado, parcial ou totalmente, não há mais a segurança da continuidade da relação de emprego, gerando-se incerteza e perda da capacidade de inserção dos indivíduos na sociedade¹³.

Em tese, a terceirização visa atender à busca pela competitividade, pela inserção na nova ordem globalizada da economia, na medida em que focaliza seus esforços na atividade-fim, e, ainda, possibilita o crescimento e a multiplicação de oportunidades para pequenas e médias empresas. O que se verifica na prática, de acordo com o DIEESE¹⁴, é a existência de dois padrões de terceirização: um, denominado de reestruturante, visa à redução de custos a partir de determinantes tecnológicos e organizacionais, em que a focalização possibilita ganhos de produtividade e eficiência, ao mesmo tempo em que, diante da instabilidade do mercado, transfere riscos para terceiros; outro, predominante no Brasil, caracteriza-se pela redução de custos através da exploração de relações precárias de trabalho: subcontratação de mão de obra; contrato temporário; contrato de mão de obra por empreiteiras, trabalho a domicílio, trabalho por tempo parcial, trabalho sem registro formal. Denota-se uma deteriorização dos direitos trabalhistas, ou seja, a utilização da terceirização como um mecanismo de neutralização da regulação estatal e sindical.

Ainda de acordo com o DIEESE¹⁵, em estudo realizado sobre a terceirização na Petrobrás quanto aos fatores que motivaram a contratação de empresas terceirizadas, verificou-se que 98% das contratações ocorreram em função do menor preço e apenas 2% das contratações foram efetivadas considerando-se a motivação técnica. A partir deste fato, é possível compreender as principais consequências apontadas, entre elas o aumento dos acidentes fatais de trabalho em empresas terceiras contratadas pela Petrobrás. De 1998 a 2005 foram 167 acidentes fatais; destes, 137 entre os terceirizados e 30 entre os efetivos, sendo que nos efetivos estão incluídos os 11 trabalhadores que morreram no acidente da plataforma P36, em 2001.

A Petrobrás oferece, periodicamente, cursos e treinamentos aos trabalhadores efetivos, a fim de melhor qualificá-los para o trabalho. A mesma empresa reconhece, como um dos problemas, a baixa qualificação dos trabalhadores

13 MARQUES, R. M. *A proteção social e o mundo do trabalho*. São Paulo: Bial, 1997, p. 69.

14 DIEESE. Seminários e Eventos. Os trabalhadores e o programa brasileiro da qualidade e produtividade. São Paulo, DIEESE, n.1, set. 1994a. In: DRUCK, M. G. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 2001, p. 135.

15 DIEESE. *A terceirização na petrobrás*. Rio de Janeiro: Subseção DIEESE – FUP, dez. 2006. Disponível em: <http://www.fup.org.br/dieese2.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2008.

terceirizados. Ocorre que a qualificação por iniciativa individual fica inviabilizada em face da falta de tempo decorrente das longas jornadas de trabalho e da falta de recursos para custear a formação, tendo-se em vista que os terceirizados recebem salários infinitamente menores que os efetivos. Além disso, as empresas terceirizadas não se sentem estimuladas a adotar uma política de qualificação, em face da contratação movida sempre pelo menor preço e com curta duração dos contratos; em média, dois anos.

Não se pode deixar de mencionar que esta situação gera uma série de outras consequências para os trabalhadores, como fraudes trabalhistas, condições subumanas de trabalho, alimentação inadequada, transporte, alojamentos e condições de higiene precários, alta rotatividade de mão de obra, insegurança, mutilações, acidentes, rivalidade com os empregados efetivos e um sentimento de inferioridade pela exploração exacerbada.

Salienta-se que, embora visível a precariedade dos direitos garantidos constitucionalmente aos trabalhadores, a Petrobrás vem aumentando consideravelmente o contingente de trabalhadores terceirizados: em 1995, somavam aproximadamente 29 mil. Ao final de 2005, o número de terceirizados era aproximadamente de 143,7 mil trabalhadores, conforme dados publicados pela Petrobrás¹⁶.

A terceirização também é muito utilizada nos países do sudeste asiático, que utilizam uma cadeia de subcontratações a fim de cumprir os contratos de produção de mercadorias esporádicas, normalmente feita por pequenas empresas. A subcontratação é feita muitas vezes pelos próprios membros da família. A Nike, por exemplo, passou a fabricar tênis na Coreia por US\$ 16,00, pois nos Estados Unidos o mesmo tênis custa US\$ 100,00¹⁷.

Além do acima exposto, a prática da terceirização prejudica largamente o movimento sindical, na medida em que há a desintegração da identidade coletiva, um enfraquecimento do sindicato em face da pulverização da prestação de serviços por várias empresas terceirizadas.

3 Os sindicatos como órgãos de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores

O modelo brasileiro de relações de trabalho está estruturado através de uma legislação minuciosa e imperativa, organização sindical de recorte corporativista e solução de conflitos centralizada na Justiça do Trabalho. Essa rígida tutela do Estado, de acordo com Robortella, acaba por desestimular a livre negociação, o

16 DIEESE. *A terceirização na petrobrás*. Rio de Janeiro: Subseção DIEESE-FUP, dez. 2006. Disponível em: <http://www.fup.org.br/dieese2.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2008.

17 MARTINS, S. P. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 35.

que leva, em grande medida, à acomodação do sindicato a essa situação, tentando ampliar as conquistas sempre através da lei estadual, como se revela pelo número de diplomas com normas de proteção. O mais grave, de acordo com o mesmo autor, é que a maioria dos trabalhadores brasileiros não se beneficia dessas regras protetoras, pois são trabalhadores informais ou autônomos¹⁸.

Os sindicatos, na atual conjuntura econômica, encontram-se desestruturados diante das profundas transformações da economia de mercado, da descentralização das atividades pelas empresas, das terceirizações. Paradoxalmente à subcontratação de atividades acessórias, aduz Nascimento¹⁹, a empresa é multifuncional, de modo que a indústria, ao mesmo tempo em que fabrica bens, oferta produtos financeiros, créditos ao consumidor, cartões de crédito, fundos mútuos, ações, seguros, circunstâncias essas que destroem as categorias tradicionais e transformam as bases de representação sindical, que passam por uma mutação imprevisível e sem controle.

As mudanças na economia mundial exigem dos sindicatos novas e mais amplas formas de organização, com estruturas mais abertas que possibilitem a participação das representações de trabalhadores nos processos de integração econômica regional. Os trabalhadores dispersos em subgrupos ou subclasses afetam os sindicatos, com o crescimento do individualismo, da valorização dos projetos pessoais, em detrimento da consciência coletiva que está na base do movimento sindical²⁰. Desse modo, o desafio atual dos sindicatos passou a ser como aglutinar trabalhadores cada vez mais dispersos e precários em projetos políticos e sindicais comuns, num contexto em que a globalização e a inovação reduzem continuamente a capacidade de manobra dos Estados e Sindicatos. A OIT propõe a construção de um marco regulatório adequado que contemple também os direitos dos trabalhadores informais de reunir-se e criar associações representativas, assumindo funções similares às das ONGs. Esse processo envolveria questões relativas a direitos humanos, minorias, consumidores, desempregados, e seria bem-sucedido de acordo com a capacidade de adaptação dos sindicatos à nova dinâmica social. O Estado, neste contexto, teria um papel modernizador das instituições para manter e restaurar a coesão social enfraquecida pela exclusão²¹.

Um caminho apontado por Santos²², considerando-se que uma das imposições do desenvolvimento econômico em um mundo globalizado

18 ROBORTELLA, L. C. A. Prevalência da negociação coletiva sobre a lei. In: FREDIANI, Y.; SILVA, J. G. T. (Coord). *O Direito do Trabalho na Sociedade Contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 65.

19 NASCIMENTO, A. M. Perspectivas do direito do trabalho. In: FREDIANI, Y.; SILVA, J. G. T. (Coord.). *O Direito do Trabalho na Sociedade Contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 24

20 ROBORTELLA, L. C. A. op. cit., p. 67.

21 DUPAS, G. Economia global e exclusão social. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 238.

22 SANTOS, E. R. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho nos Estados Unidos da América, na União Européia, no Mercosul e a Experiência Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 135.

é a expansão das grandes empresas para fora de seus países de origem, é a conscientização da necessidade constante de atualização tecnológica e integração com outros mercados, em busca de maior competitividade e vantagens relativas. Não resta às organizações sindicais, como contrapoder à força do capital, outra alternativa a não ser promover sua internacionalização²³. Outra possibilidade de fortalecimento sindical seria a preocupação com qualificação profissional, com o mercado informal, com os desempregados, e demais excluídos das normas protetivas de Direito do Trabalho.

4 O novo papel do estado nas relações de trabalho na sociedade contemporânea

O Direito do Trabalho surgiu para regular o trabalho subordinado que se caracterizou em face do processo de transformação provocado pela Revolução Industrial, como afirmação da intervenção estatal em detrimento do liberalismo, dada a desproporção de poderes existente entre os sujeitos da relação de emprego. Desse modo, pode-se afirmar que o Direito do Trabalho foi um dos primeiros instrumentos jurídicos de limitação do poder econômico.

O aumento da concorrência comercial decorrente da globalização exige, como acima dito, uma maior produtividade empresarial, melhor qualidade dos produtos e serviços, além da redução dos custos. Estes fatores repercutem diretamente no nível de emprego, na flexibilização das normas de proteção do trabalhador e na intensificação do debate político entre os defensores do Estado Liberal e do Estado Social, que adotam posições diferentes no que se refere ao papel do poder público no tocante às relações de trabalho²⁴.

O Estado Liberal de Direito surgiu com as Revoluções Francesa e Industrial, um modelo fundado no individualismo econômico e no liberalismo político: o Estado mínimo, atuando apenas em defesa da ordem e segurança

23 A internacionalização, de acordo com o autor, dar-se-ia pela “expansão para fora de suas fronteiras nacionais, por meio de parcerias, alianças, acordos com outras organizações sociais, sindicais, comunitárias, religiosas, de consumidores, e diferenciados organismos supranacionais” (Id. *Ibid.*, p. 135).

24 De acordo com Delgado, um modelo de Estado supera o outro, aperfeiçoando-o. Desse modo, entende a autora que sob o prisma da história política, social, cultural e econômica, o novo paradigma do Estado Democrático de Direito seria o mais evoluído na dinâmica dos Direitos Humanos, por fundar-se em critérios de pluralidade e de reconhecimento universal de direitos, revelando-se por meio de princípios basilares que, embora já revelados em outros modelos, neste encontrarão maior sustentação teórica e, conseqüentemente, maior possibilidade de concretização diante do reconhecimento do caráter normativo dos princípios, de sua função normativa própria e não de simples enunciado programático. Neste modelo, os valores jurídicos são revelados em torno da pessoa humana, ou seja, o homem é o centro convergente de direitos; assim, todos os direitos fundamentais do homem deverão orientar-se pelo valor-fonte da dignidade (DELGADO, G. N. *Direito fundamental do trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p.49-50).

públicas. O valor preponderante à época era a liberdade, com a emergência dos direitos individuais. O Estado estava limitado à legalidade.

No início do século XX, surgem as primeiras manifestações do paradigma social. As constituições dos Estados passaram a inserir em seus corpos normativos direitos sociais e econômicos, como o direito à saúde, educação, trabalho, previdência, justa remuneração.

No Estado Social de Direito, com base na filosofia trabalhista, defende-se a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana. Sob este prisma, pressupõe-se a pluralidade das fontes de direitos, podendo ser ampliadas pelos instrumentos da negociação coletiva entre sindicatos de trabalhadores e empresários²⁵.

Os adeptos do Estado Social admitem a redução da intervenção da lei nas relações de trabalho; entretanto, as regras indisponíveis devem estabelecer um mínimo de proteção a todos os trabalhadores, sob pena de não atenderem ao princípio da dignidade humana. Essas regras devem possibilitar a complementação ou a flexibilização mediante negociação coletiva, com a participação dos sindicatos nos moldes preconizados pela Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho²⁶. Ainda, a flexibilização deve visar ao atendimento de peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais, à implementação de novas tecnologias ou de novos métodos de trabalho e à preservação da saúde econômica da empresa e dos respectivos empregos²⁷, não se confundindo com a defesa da desregulamentação.

O pensamento neoliberal, com base na ideologia que pretende suceder o paradigma do Estado Social, defende a ideia do Estado mínimo, com a desregulamentação do trabalho e redução ou extinção dos encargos sociais, a fim de reduzir as taxas de desemprego, ou seja, entende que as condições de emprego devem ser ditadas, basicamente, pelas leis do mercado.

No início do século XX, com o surgimento da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, houve a universalização do Direito do Trabalho, que passou, sistematicamente, a fazer parte das Constituições dos Estados. O que se verifica atualmente é que, com a mudança do Estado Social para o Estado Liberal, se pretende um retrocesso e não um avanço, na medida em que, excluindo constitucionalmente tais direitos e retirando o caráter universal, expõe-se os trabalhadores ao completo desamparo, pois não houve modificação alguma em

25 SUSSEKIND, A. O futuro do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, n. 64, p. 1233, out. 2000.

26 Convenção ainda não ratificada pelo Brasil.

27 Entre os adeptos do Estado Social, inclui-se Arnaldo Sussekind. O futuro do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, n. 64, p. 1233, out. 2000.

relação ao poder na relação entre trabalhador e empregador, não havia e não há igualdade substancial.

Para os neoliberais as garantias trabalhistas são entendidas apenas sob o aspecto econômico, representando um custo, um encargo a dificultar a obtenção de lucros. Não há preocupação com o homem, com a sua dignidade. O capital²⁸ deve ser privilegiado em detrimento da proteção aos trabalhadores e da distribuição de riquezas, ou seja, sustenta-se “o primado do mercado econômico privado na estruturação e funcionamento da economia e da sociedade, com a submissão do Estado e das políticas públicas a tal prevalência”²⁹. O Estado deve preocupar-se apenas com a criação de condições favoráveis aos investidores com a gestão monetária da economia.

Entretanto, o fundamento justificador da precarização das relações de trabalho em face do alto custo das relações formais de emprego, o que impediria a inserção e competição no cenário econômico mundial, não se sustenta tecnicamente. Basta verificar o custo, em dólares, da hora paga pelo trabalho no Brasil e nos demais países, exemplificativamente: na Alemanha: 24,87; Noruega: 21,90; Suíça: 21,64; Bélgica: 21,00; Holanda: 19,83; Áustria: 19,26; Dinamarca: 19,21; Suécia: 18,30; Japão: 16,40; Estados Unidos: 16,26; França: 15,38; Finlândia: 14,82; Itália: 12,91; Austrália: 12,91; Reino Unido: 12,37; Irlanda: 11,88; Espanha: 8,19; Nova Zelândia: 8,19; Taiwan: 5,12; Singapura: 5,12; Coreia do Sul: 4,93; Portugal: 4,63; Hong Kong: 4,21; Brasil: 2,68³⁰. Importa dizer que o custo Brasil é formado por impostos e tarifas estranhas às relações de emprego.

Discorda-se de Robortella, quando afirma que a globalização rompe com as barreiras do protecionismo econômico, afetando as empresas e exigindo, como consequência necessária e inevitável, menor grau de protecionismo social e mais intensa flexibilização dos sistemas de proteção ao trabalho³¹. Entende-se que, no mundo globalizado, a liberdade de operação dos mercados precisa ser combinada com um novo tipo de intervenção do Estado. A questão, de acordo com

28 De acordo com David Harvey, “o capital é um processo de reprodução da vida social por meio da produção de mercadorias em que todas as pessoas do mundo capitalista avançado estão profundamente implicadas. Suas regras internalizadas de operação são concebidas de maneira a garantir que ele seja um modo dinâmico e revolucionário de organização social que transforma incansável e incessantemente a sociedade em que está inserido” (HARVEY, D. *Condição pós-moderna* São Paulo: Loyola, 2000, p. 307).

29 DELGADO, M. G. Globalização e hegemonia: cenários para a desconstrução do primado do trabalho e do emprego no capitalismo contemporâneo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 69, n. 5, p. 543, maio 2005.

30 Salários menores que no Brasil, só em países paupérrimos ou em situação de caos, semiescravidão ou guerra civil: em dólares (por hora) - Malásia: 1,80; Tailândia: 0,71, Filipinas: 0,68. China: 0,54, Rússia: 0,54, Indonésia: 0,28. In: Morgan Stanley Research Apud *Folha de S. Paulo*, Caderno Especial Trabalho, 0/05/98, p. 5.

31 ROBORELLA, L. C. A. Prevalência da negociação coletiva sobre a lei. In: FREDIANI, Y.; SILVA, J. G. T. (Coord.). *O direito do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 65.

Dupas³², é determinar o papel e a efetividade deste Estado. Aduz o referido autor que “o desenvolvimento requer um Estado normativo e catalisador, facilitando, encorajando e regulando os negócios privados”, sem o qual parece impossível o desenvolvimento econômico e social.

Por certo, há necessidade de modernização das normas trabalhistas, que devem ser atualizadas e adequadas para as relações de trabalho atuais, já que tais relações sofrem uma dinâmica diferenciada dos demais ramos. Advoga-se também uma maior participação dos entes coletivos como viabilizadores dos direitos fundamentais do homem, especialmente o direito ao trabalho digno. A flexibilização, atendendo os princípios constitucionais e protetivos basilares do Direito do Trabalho, é adequada e indicada para adaptações a situações peculiares, regionais e profissionais, respeitando-se sempre a sobrevivência de um patamar mínimo protetivo, constituído de normas impositivas, indisponíveis. Entretanto, com a desregulamentação, ocorreria a desconstrução do Direito, não haveria intervenção do Estado nas relações de trabalho, não haveria limites legais à autonomia privada ou coletiva; seria sem dúvida um retrocesso, o retorno à história de exploração dos trabalhadores que fundamentou a criação do próprio Direito do Trabalho.

Concorda-se, todavia, com Sussekind³³, relativamente ao sistema legal trabalhista, no sentido de que ele deveria conter preceitos mais gerais a fim de abrir-se mais espaço para a negociação coletiva, na qual os sindicatos atuariam em benefício dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, haveria certa flexibilidade na sua aplicação, atendendo peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais.

5 O princípio da dignidade da pessoa humana

O respeito à dignidade da pessoa humana consta do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos e também está expresso na Constituição Federal Brasileira³⁴ como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Esse princípio é de tal importância, que, de acordo com Sarlet,

onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo

32 DUPAS, G. *Economia global e exclusão social*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 231.

33 SUSSEKIND, A. A globalização da economia e o direito do trabalho, *Revista LTr* v.61, n. 1, p. 43, jan.1997.

34 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção de homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana³⁵.

A constituição do sujeito ético e a sua inserção social representam a significação social do trabalho do ponto de vista ético, de acordo com Battaglia³⁶, para quem o trabalho pode ser conceituado sob vários aspectos, de acordo com noções parciais provindas da mecânica e física, da biologia, da economia, mas é a filosofia que unifica estes conceitos numa noção integral: “o conceito de trabalho como essência do homem, que é atividade, que em si atinge o objeto e o constitui”, devendo ser repelida toda e qualquer prática de trabalho lesiva à dignidade humana.

O Direito do Trabalho surgiu para proteger os hipossuficientes, ou seja, verificou-se que, apesar de proclamada a liberdade e a igualdade formal, continuava a exploração dos mais débeis pelos economicamente mais fortes. Para o equilíbrio de tais relações o Estado, por meio das normas, propiciou uma desigualdade jurídica, o que o fez através do Direito do Trabalho. Este tem como finalidade a proteção do trabalhador, preocupa-se com a dignidade da pessoa humana, com melhores condições de trabalho e também melhores condições sociais, não visualizando o homem apenas como um ser econômico.

Toda mudança ou inovação no âmbito do trabalho deve antes levar em consideração a dignidade do trabalhador como valor maior em comparação a outros valores, uma vez que esse princípio fundamenta o Estado Democrático de Direito, reforçado pelo disposto no art. 193 da Constituição Federal que dispõe: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”³⁷.

6 Considerações finais

O Direito do Trabalho foi o grande instrumento que as democracias ocidentais mais avançadas tiveram de integração social, de distribuição de renda e de democratização social. Trata-se de uma modalidade de integração dos seres humanos ao sistema econômico, apesar de todas as diferenças sociais. Delgado³⁸

35 SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 118.

36 BATTAGLIA, F. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 24.

37 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

38 DELGADO, M. G. *Capitalismo, trabalho e emprego. entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006, p. 128-42.

salienta que, nos países líderes do capitalismo, mais de 80% do pessoal ocupado, considerando-se a população economicamente ativa, está sob a égide do Direito do Trabalho, ao passo que, no Brasil, em torno de 70% dos trabalhadores ocupados estão excluídos das normas trabalhistas, significando que há várias dezenas de milhões de pessoas ocupadas no Brasil a quem se denega o patamar civilizatório básico de inclusão socioeconômica assegurado pelo Direito do Trabalho.

É totalmente equivocado transformar o Direito do Trabalho em obstáculo ao desenvolvimento de um País com nossas peculiaridades e características. Embora o Direito do Trabalho não tenha como finalidade regular o processo econômico, representa um instrumento de limitação do poder nas relações de trabalho e de viabilização da cidadania para os trabalhadores.

Ainda não tem respaldo técnico a alegação de que os altos custos sociais e trabalhistas das relações formais de emprego obstruem o desenvolvimento e aumentam o desemprego, pois, de acordo com os dados do IBGE, pela Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios, de 2001, verificou-se, que no País, menos de 30% do pessoal ocupado mantém uma relação formal regida pelas leis trabalhistas. Os dados oficiais evidenciam que pouco mais de 23 milhões de pessoas são empregados formais, mas se detectou a existência de 18 milhões de empregados sem carteira assinada, o que somaria 41 milhões de empregados que deveriam estar protegidos pelas normas trabalhistas.

No estudo não são computados, na população economicamente ativa, mais de 7 milhões de desempregados. Existem, ainda, quase 17 milhões de pessoas enquadradas pelo IBGE como trabalhadores autônomos e mais 9 milhões de pessoas inseridas na denominada economia familiar no setor de subsistência, ou seja, trabalhadores não remunerados. Apenas estas duas classificações (autônomos e economia familiar) somam aproximadamente 26 milhões de pessoas.

Considerando-se a realidade fática existente no Brasil relativamente às relações caracterizadas como de emprego, porém sem registro formal, acrescidas das demais relações de trabalho *lato sensu*, não protegidas pelo ordenamento jurídico, evidencia-se a dimensão da exclusão social.³⁹ São milhões de trabalhadores laborando em condições precárias e sem proteção alguma. Nesse sentido, entende-se que a legislação trabalhista não mais corresponde aos fins para os quais foi elaborada, pois alcança apenas uma pequena parcela dos trabalhadores,

39 De acordo com o IBGE, verificou-se que do contingente de empregados sem registro, somente 9,4% eram contribuintes da Previdência Social. (IBGE – Censo demográfico 2000: trabalho e rendimento. Resultados da amostra v. 1. Rio de Janeiro: IBGE, 2000, p. 61 Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000>. Acesso em: 04 jan. 2008). Dentre os trabalhadores autônomos, 13,9% mantinham vínculo com a Previdenciário ano de 2002. No Nordeste este índice era de 4,2%. (IBGE – Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de indicadores sociais 2003. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicossociais2003/indic_sociais2003. Acesso em: 04 jan. 2008).

uma vez que, no sistema econômico atual, não há mais preponderância do trabalho subordinado nos moldes celetistas. A grande maioria dos trabalhadores hipossuficientes encontra-se totalmente desamparada, tanto pelo Estado como pelos entes coletivos. Certamente não se advoga a inclusão de todos os trabalhadores *lato sensu* nas normas relativas à relação de emprego⁴⁰, mas a existência de uma regulamentação mínima, adequada às diversas situações existentes, possibilitaria a inclusão social do trabalhador, o trabalho com cidadania.

Desse modo, conclui-se que o Direito do Trabalho não é incompatível com a nova ordem econômica. Pelo contrário, conforme se verifica pela própria história do capitalismo, constitui meio de eficaz integração do homem como cidadão ao sistema econômico, preservando a sua dignidade pessoal, ou seja, constitui-se em instrumento indispensável à justiça social.

Referências

- BATTAGLIA, F. *Filosofia do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm. Acesso em: 03 jan. 2008.
- DELGADO, G. N. *Direito fundamental do trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006, p.49-50.
- DELGADO, M. G. Globalização e hegemonia: cenários para a desconstrução do primado do trabalho e do emprego no capitalismo contemporâneo. *Revista LTr*. v.69, n. 5, maio 2005.
- _____. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.
- DIEESE. *A terceirização na petrobrás*. Rio de Janeiro: Subseção DIEESE – FUP, dez. 2006, p. Disponível em <http://www.fup.org.br/dieese2.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2008.
- DIEESE. Seminários e Eventos. Os trabalhadores e o programa brasileiro da qualidade e produtividade. São Paulo, DIEESE, n.1, set. 1994a.
- DRUCK, M. G. *Terceirização: (Des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 2001.
- DUPAS, G. *Economia global e exclusão social*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- HABERMAS, J. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2000.
- IBGE – *Censo Demográfico 2000: Trabalho e rendimento*. resultados da amostra v. 1. Rio de Janeiro: IBGE, 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000>. Acesso em: 04 jan. 2008.

40 A própria relação de emprego necessita ser retificada em relação à caracterização de seus elementos fático-jurídicos constitutivos, pois, com as inovações no mundo do trabalho, tais características se afastaram do modelo clássico.

IBGE – *Coordenação de população e indicadores sociais. síntese de indicadores sociais 2003*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2003/indic_sociais2003. Acesso em: 04 jan. 2008.

LOPES, O. B. Limites da flexibilização das normas legais trabalhistas. In: MARTINS FILHO, I. G. Silva et al. (Coord). *Direito e processo do trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MARQUES, R. M. *A proteção social e o mundo do trabalho*. São Paulo: Bional, 1997.

MARTINS, S. P. *A terceirização e o direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2005

NASCIMENTO, A. M. Perspectivas do direito do trabalho. In: FREDIANI, Y.; SILVA, J. G. T. (Coord). *O direito do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

PEREIRA, J. L. C. O trabalho intelectual e artístico e a contratação entre pessoas jurídicas. In: MARTINS FILHO, I. G. S. et al. (Coord). *Direito e processo do trabalho em transformação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

POCHMANN, M. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001.

PRENSA OIT de 21/06/2000, Genebra, p. 1-2. In: SUSSEKIND, A. O futuro do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, n. 64, out. 2000.

ROBORTELLA, L. C. A. Prevalência da negociação coletiva sobre a lei. In: FREDIANI, Y.; SILVA, J. G. T. (Coord.). *O direito do trabalho na sociedade contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

SANTOS, E. R. *Fundamentos do direito coletivo do trabalho nos Estados Unidos da América, na União Europeia, no Mercosul e a experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUSSEKIND, A. O futuro do direito do trabalho no Brasil. *Revista LTr*, São Paulo, n. 64, out.2000.

_____. A globalização da economia e o direito do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 61, n. 1, jan.1997.

Recebido em 16/08/2009

Aceito para publicação em 18/02/2010

ASSINATURA DIGITAL: SEGURANÇA E PROVA NAS CONTRATAÇÕES ELETRÔNICAS

DIGITAL SIGNATURE: SECURITY AND EVIDENCE IN THE ELECTRONICS CONTRACTS

Vinicius Roberto Prioli de Souza¹

Sumário

1. Aspectos gerais do documento eletrônico. 2. Assinatura digital e a validade dos documentos eletrônicos. 3. A necessidade da assinatura digital e a utilização do documento eletrônico como meio de prova. 4. A infraestrutura de chaves públicas no Brasil e os efeitos jurídicos da assinatura digital. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. General aspects of electronic document. 2. Digital signature and electronic documents validity. 3. The necessity of digital signature and the use of electronic document as evidence. 4. Public keys' infrastructure in Brazil and the legal effects of digital signature. 5. Final remarks. References.

Resumo

Neste trabalho analisa-se a assinatura digital como forma de proporcionar segurança e meio de prova nas relações contratuais celebradas por intermédio da internet. O objetivo principal desse tipo de assinatura é conferir autenticidade ao documento criado em ambiente virtual, indicando como e quando determinado documento foi gerado na internet e quem é o responsável, tornando esse ato válido e eficaz para fins jurídicos. A presente pesquisa utilizou uma metodologia dedutiva, por meio de uma abordagem interdisciplinar. Como procedimento, adotou-se, a forma documental indireta com pesquisa documental e bibliográfica do tema. Este estudo transmite uma visão geral da funcionalidade, utilidade e viabilidade dos meios de segurança existentes para a realização de contratos em ambiente virtual. Conclui-se que a assinatura digital, digitalmente certificada, é um elemento primordial para validar o contrato eletrônico.

Palavras-chave: Contratos eletrônicos. Certificação digital. Assinatura digital.

¹ Professor na Faculdade de Direito de Itu-FADITU. Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba-SP - UNIMEP.

ABSTRACT

This study examines the digital signature as a way to provide security and evidence in contractual relations concluded through the Internet. The main purpose of this type of signature is to provide authenticity to the document created in virtual environment showing who, how and when the document was created, making this act valid and effective for legal purposes. This research used a deductive methodology, through an interdisciplinary approach. We used documentary research and literature of the subject as indirect procedure. This paper is an overview of the functionality, utility and feasibility of security means in making contracts in virtual environment. Thus, it was possible to conclude that the digital signature, digitally certified, concerns a key component to make the contract valid.

Key-words: Electronic contract. Digital certification. Digital signature.

1 Aspectos gerais do documento eletrônico

No que diz respeito aos contratos firmados por meio da internet, é inquestionável a discussão quanto à sua segurança. Essa questão preocupa todos aqueles que utilizam essa rede para contratar, tais como os consumidores de bens. Tal discussão norteia-se no que tange à validade, autenticidade, confiabilidade e integridade dos documentos eletrônicos, pois, se os indivíduos já são cautelosos ao ler, elaborar ou assinar um documento no mundo real, que dirá no meio virtual.

Por documento, segundo José Frederico Marques, entende-se “a prova histórica real, visto que representa fatos e acontecimentos pretéritos em um objeto físico, servindo assim de instrumento de convicção”².

Já para Moacyr Amaral Santos, documento é “a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo”³.

Diante do exposto, é possível apreender que, ao longo dos tempos, os doutrinadores têm reconhecido o documento como uma forma de prova concreta, material ou, ainda, sob outro prisma, pode-se entender o documento como algo palpável, capaz de representar um fato acontecido; trata-se de um meio de representação do fato que se quer provar, ou seja, uma representação fática do acontecimento, servindo, assim, de prova para comprovar a existência ou ocorrência desse fato.

Se for tomado por base que o documento é uma coisa representativa de um fato, como ensina Moacyr Amaral Santos, não se pode dizer, em momento algum, que o documento eletrônico é, de fato, um documento, visto que ele não

2 MARQUES, A. T. G. L. *A prova documental na internet*. Curitiba: Juruá, 2007, p.122.

3 Idem, p.122.

é uma coisa e, portanto, não poderá ser representativo de um fato. Não é possível pensar na noção de documento apenas como uma coisa tangível, pois, assim, não se conseguirá definir o documento eletrônico, posto que este seja intocável, impalpável e etéreo⁴.

Uma conceituação consideravelmente coerente a respeito do documento eletrônico é fornecida por Aldemario Araújo Castro. Para o autor, ele é

[...] a representação de um fato concretizada por meio de um computador e armazenado em formato específico (organização singular de bits e bytes), capaz de ser traduzido ou apreendido pelos sentidos mediante o emprego de programa (software) apropriado⁵.

Outras definições foram dadas ao referido documento. Fabiele Behrens, por exemplo, afirma que:

O documento eletrônico, também denominado de documento digital ou informático, é produzido por meio da utilização de computador. Ou seja, é a formação de um documento com o uso de uma nova tecnologia. Este documento, ainda, pode ser considerado como aquele que se encontra inserido e gravado em formato digital, ao alcance dos envolvidos, apenas, com a utilização do computador e de um programa adequado, em especial com a utilização da assinatura digital conferindo segurança e confiança aos dados armazenados⁶.

Dessa forma, a lógica leva a compreender que, assegurando a certeza, a segurança, a impossibilidade de alteração do documento e a possibilidade de determinação dos sujeitos, pode-se definir o documento eletrônico como uma espécie de representação da realidade, sob a aparência gráfica, sonora, impressa ou qualquer outra forma⁷.

Ressalte-se, também, que o documento eletrônico registra o fato ocorrido, representando a vontade de seu autor, requisito que basta para que ele se encaixe na definição de documento, o qual, formado por uma sequência de *bits*, poderá ser traduzido por um *software*, dando conhecimento à verdadeira vontade do autor que o formulou⁸.

4 BRASIL, A. B. Assinatura digital. *Jus Navigandi*. ano. 4. n. 40. Teresina, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1782>>. Acesso em: 13 set. 2007.

5 CASTRO, A. A. *O documento eletrônico e a assinatura digital*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2632&p=2>>. Acesso em: 13 set. 2007.

6 BEHRENS, F. *Assinatura eletrônica & negócios jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007, p.65.

7 *Ibidem.*, p. 66.

8 BRASIL, A. B. *op. cit.*, mar. 2000.

A relação existente entre o comércio eletrônico e a geração dos documentos eletrônicos é estreita; logo, quanto maior se tornar o comércio no meio virtual, mais ampla será a necessidade de documentos eletrônicos que comprovem a validade e a existência dos negócios jurídicos realizados em tal meio⁹.

Não é demais lembrar que o desenvolvimento da tecnologia da informação e dos meios de comunicação, a fim de aprimorar-se o comércio eletrônico, seria desnecessário se não houvesse proteção alguma ao objeto das relações decorrentes desses avanços, tais como os contratos e os documentos eletrônicos.

Um posicionamento mais crítico levaria à ideia de que as normas contemporâneas deverão ser reavaliadas, já que essa nova forma de contratar baseia-se na troca de documentos eletrônicos, e não somente no valor jurídico conferido ao documento em suporte físico, palpável, impresso em um papel. Em outras palavras, e seguindo a linha crítica de Gustavo Testa Corrêa, “os documentos eletrônicos deverão ter a mesma validade de um documento em papel, original e assinado¹⁰”.

2 Assinatura digital e a validade dos documentos eletrônicos

Para empreender uma análise quanto à existência e validade dos documentos eletrônicos, seja pela legislação aplicável ao documento, seja pelas considerações sobre sua materialidade, deve-se, antes de tal procedimento, conhecer duas correntes de pensamentos. A primeira corrente sustenta a impossibilidade jurídica dos documentos eletrônicos, enquanto a segunda aceita a existência e a validade deles. Esse último pensamento divide-se em duas vertentes: a primeira aceita o documento eletrônico como realidade jurídica válida por si só, enquanto a segunda admite a existência e validade dos documentos eletrônicos, desde que atendam certos requisitos, em decorrência de sua volatilidade e falta do traço personalíssimo de seu autor¹¹.

Afastando os critérios de interpretação literal do documento, a qual restringe sua definição, pode-se tranquilamente entender que a existência dos documentos eletrônicos em si não poderá ser recusada, de acordo com o constante nos artigos 368, 369, 371, 374, 376, 386, entre outros, do Código de Processo Civil (CPC). Deve-se utilizar um raciocínio hermenêutico e sistemático a fim de interpretar de forma correta a definição de documento eletrônico; afinal, se a aceitação de um contrato verbal é inquestionável, o mesmo ocorre na forma eletrônica¹².

9 CORRÊA, G. T. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 41.

10 Ibidem., p. 41.

11 CASTRO, A. A. op. cit.

12 Ibidem.

Não exige um exercício reflexivo muito árduo compreender que a assinatura é um dos requisitos que comprovam a autenticidade e integridade de um documento elaborado no mundo real; do mesmo modo ocorre no mundo virtual, pois, segundo Angela Bittencourt Brasil, “a assinatura tal qual hoje se reconhece pode ser conceituada como sendo o ato físico por meio do qual alguém coloca em um suporte físico a sua marca ou sinal, sendo personalíssima”¹³.

Contudo, assim como a assinatura pode ser fraudada no mundo real, ela também pode sofrer tal ilícito no mundo virtual. No mundo real, as assinaturas são falsificadas e os documentos são forjados; no espaço virtual isso também ocorre. A assinatura digital equivale à assinatura manuscrita, tendo em vista que o objetivo de ambas é comprovar a autenticidade e integridade de determinado documento, tornando-o válido.

Qualquer agente social possui plena capacidade de entender que a assinatura digital tem diferenciações em comparação à assinatura manuscrita, pois ela não corresponde a esta como se verifica comumente. Insta informar que, em sentido amplo, ela constitui um sinal passível de ser usado com exclusividade e ligado a um documento com o objetivo de comprovar sua autoria de forma inequívoca, revelando a identidade da pessoa e manifestando a sua vontade, no sentido de manifestar concordância com o conteúdo de tal documento¹⁴.

Pela assinatura manuscrita, identifica-se um determinado sujeito como se esse registro fosse sua marca (na verdade é); já a assinatura eletrônica deve ligar um determinado indivíduo a um documento e, ainda, garantir a autenticidade e integridade do conteúdo deste.

Estudiosos do assunto, como João Agnaldo Donizeti Gandini, Diana Paola da Silva Salomão e Cristiane Jacob contribuem qualitativamente com a presente pesquisa quando explicam que:

A verificação da integridade de um documento diz respeito à avaliação que se faz sobre ter sido ele modificado ou não, em alguma ocasião após sua concepção. Quando nos referimos aos documentos fixados em um suporte físico, a investigação poderá ser feita mediante exame do próprio continente em que se encontra afixado. Desta forma, constataremos se há ou não alteração. No caso dos documentos digitais esta verificação é determinada pela assinatura digital¹⁵.

Em outras palavras, por possuir essa obrigação, a assinatura eletrônica utiliza elementos do texto junto com elementos da identidade do autor, unindo-os

13 BRASIL, A. B. op. cit., mar. 2000.

14 BOIAGO JÚNIOR, J.W. *Contratação eletrônica: aspectos jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2005, p.74.

15 GANDINI, J. A. D.; SALOMÃO, D. P. S.; JACOB, C. A Segurança dos documentos digitais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 19 ago. 2005.

numa espécie de fórmula matemática que garantirá sua autoria e autenticidade. Isso leva a compreender que a assinatura digital deve, obrigatoriamente, possuir uma variação, que inclui dados do documento na qual é inserida, enquanto nossa assinatura manuscrita, ao contrário, deve ser sempre igual, a fim de gerar a mesma presunção.

Os autores recém-citados dão outra parcela de contribuição, ao constatarem que:

Sendo o suporte do documento o papel, fica fácil apurar qual sua idade, com a utilização das técnicas apropriadas, pois até mesmo a forma de impressão e tipo de tinta serão importantes para determinarmos a origem e a data de sua produção, pois nos informarão se são condizentes com a tecnologia disponível na época de sua feitura. Igualmente, pode-se detectar a data da feitura de um documento digital por meio da assinatura digital¹⁶.

O conjunto de ideias levado a efeito até o momento nesta seção propicia o entendimento de que a assinatura manuscrita será sempre a mesma; já a digital será sempre diferente, posto que haverá uma assinatura digital para cada documento assinado eletronicamente. Sob tal ótica, uma vez que o documento eletrônico se encontre assinado digitalmente por seu autor, ele possuirá validade jurídica, já que a assinatura digital confere existência e validade a esse tipo de documento.

Para finalizar o assunto e ilustrar com um exemplo significativo, urge expor que em países mais avançados em relação à validade da assinatura digital, por exemplo, os Estados Unidos da América, existem leis que conferem validade à assinatura digital, equiparando-a com a assinatura em documentos físicos. Em 10 de janeiro de 2000, entrou em vigor nesse país a lei para a uniformização das transações eletrônicas – *Uniform Electronic Transactions Act* (Ato Uniforme de Transações Eletrônicas) –, atribuindo à assinatura digital os mesmos efeitos legais da assinatura manuscrita, desprendendo-se, assim, da exigibilidade da assinatura manuscrita nos tradicionais documentos em pape¹⁷.

3 A necessidade da assinatura digital e a utilização do documento eletrônico como meio de prova

Esta pesquisa pode até parecer redundante em algumas situações, mas é proposital o fato de algumas informações importantes serem repetidas mais de uma vez, até mesmo o fato de que a assinatura digital visa garantir a autenticidade

16 BOIAGO JÚNIOR, J. W. *Contratação eletrônica: aspectos jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2005.

17 CORRÊA, G. T. op. cit., p.42.

e a integridade ao conteúdo do documento eletrônico após sua “assinatura” pelo autor. Significa maior segurança e validade aos negócios eletrônicos e às transações realizadas pela Internet, pois se trata de uma identificação segura para os que realizam negócios utilizando-se do meio virtual. Cabe ressaltar que esse tipo de assinatura sempre foi objeto de desejo de ambas as partes envolvidas nos negócios *on-line*, empresários ou consumidores.

No que tange à celebração de contratos eletrônicos, a insegurança consiste principalmente em ainda não haver normas específicas aplicáveis a essa nova forma contratual, bem como a dificuldade para a identificação das partes contratantes. No entanto, essa realidade está gradativamente alterando-se.

Com a utilização da assinatura digital, os documentos eletrônicos passam a ter existência e validade no mundo jurídico, podendo constituir meios de prova da existência de certos negócios jurídicos que neles estão contidos; constituem uma forma de o autor manifestar sua vontade nos contratos eletrônicos, levando-se em conta a certeza, a segurança e a confiança neles existentes, em decorrência da assinatura digital¹⁸.

Dinemar Zoccoli¹⁹, no artigo “Autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos: a firma eletrônica”, explica que existem diversas formas de se assinar um documento eletrônico, bem como métodos mais simples para promover tal assinatura, tal como a inserção da imagem de uma assinatura manuscrita transpassada para a forma digital num documento feito com tratamento de texto. Há também métodos mais complexos e avançados, como as assinaturas digitais desenvolvidas a partir da criptografia assimétrica, as quais possibilitam aos usuários, que venham a receber os documentos eletronicamente, verificar sua origem, autenticidade, integridade e validade e conferir se todos os dados estão completos e inalterados. As assinaturas digitais conferem tanto a autenticidade da fonte dos dados enviados eletronicamente como a integridade destes.

Mônica Viloría Méndez, ao tratar da liberdade probatória como garantia constitucional da defesa, explica que:

Esta libertad de medios probatorios, expresión de la garantía constitucional de la defensa, permite a las partes acreditar sus afirmaciones utilizando cualquier medio probatorio idóneo enumerado o no en la ley. De modo que la inercia del legislador respecto del carácter de medio de prueba de los documentos y registros electrónicos, se ve subsanada por la posibilidad de las partes de utilizar estos nuevos documentos para acreditar sus afirmaciones. En todo caso, la parte promovente del documento

18 BEHRENS, F., op. cit., p.63.

19 ZOCCOLI, D. Autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos: a firma eletrônica. In: ROVER, A.J. (Org.). *Direito, sociedade e informática*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.180.

electrónico deberá demostrar la conductibilidad del medio, esto es, su capacidad de conducir el hecho afirmado al expediente. De modo pues que, gracias al principio de la libertad de medios, la demostración de un contrato o de un evento con trascendencia jurídica en internet, podría ser alcanzado através de un cúmulo de pruebas mencionadas en las leyes existentes o no²⁰.

Segundo essa explicação, parece ficar claro quanto à plausibilidade da validade e eficácia jurídica dos documentos eletrônicos, pois se trata de uma nova realidade jurídica, ocorrida em função dos avanços tecnológicos existentes nas formas de contratação. O ordenamento jurídico pátrio possui normas elásticas quanto à aceitação dos meios de prova, possibilitando atribuir validade e eficácia jurídica probatória ao documento eletrônico por intermédio da interpretação de alguns dispositivos legais²¹.

Por fim, resta cientificar o leitor de que os documentos eletrônicos são meios de prova idôneos, não infringindo normas de direito material, pois se mostram capazes de possibilitar o convencimento e, também, apresentam-se como um meio de prova legítimo, legal e moralmente aceitos²².

4 A infraestrutura de chaves públicas no Brasil e os efeitos jurídicos da assinatura digital

Como já exposto anteriormente, sabe-se que é por meio da criptografia assimétrica que a assinatura digital é desenvolvida, e o Brasil não ficou alheio a esse desenvolvimento, tampouco ignorou os avanços legislativos internacionais acerca do assunto.

Como exemplo do posicionamento brasileiro diante do problema, foi criada, em junho de 2001, a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), por intermédio da Medida Provisória (MP) nº 2.200, originada do Decreto nº 3.587, de 5 de setembro de 2000, o qual, por sua vez, instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal, chamada de ICP-Gov. Tal decreto previa a utilização da criptografia assimétrica nas transações eletrônicas seguras e a troca de informações sensíveis e classificadas, cuja finalidade era iniciar o processo de substituição dos documentos físicos que tramitavam entre os órgãos do governo pelos meios eletrônicos, agilizando, assim, a transmissão dos expedientes²³.

20 MÉNDEZ, M. V. Las Pruebas en el Comercio Electrónico. *Revista de Derecho Informático*. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org>>. Acesso em: 26 set. 2007.

21 MARQUES, A. T. G. L. op. cit., p.144-145.

22 Ibidem, p.148-149.

23 MENKE, F. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 97-98.

As determinações constantes no citado decreto serviram como alicerce para a instituição da MP nº 2.200, editada em 28 de junho de 2001. A principal diferença existente entre tais normativas diz respeito à sua incidência. O decreto possuía incidência exclusiva no âmbito da Administração Pública Federal; logo, mesmo que as autoridades certificadoras partissem de iniciativas privadas, os destinatários dos serviços de certificação digital deveriam fazer parte da esfera da administração citada.

Fator importante a ser considerado é que, com a criação da ICP-Brasil, deixou-se de atender com exclusividade a Administração Pública Federal, ampliando essa função a qualquer usuário que tivesse o desejo de adquirir um certificado digital²⁴.

No que se refere à MP nº 2.200, há que se frisar que ela foi reeditada pela MP nº 2.200-1, de 27 de julho de 2001, a qual, por conseguinte, foi reeditada pela MP nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Seu artigo 1º regulamenta a finalidade da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, que é “garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”.

A MP nº 2.200 instituiu a infraestrutura técnico-administrativa dos agentes que regularão e fornecerão os certificados digitais e, ainda, tratou dos efeitos jurídicos produzidos pela declaração volitiva assinada e certificada digitalmente, de acordo com a ICP-Brasil.

E vai mais além, pois trata, ainda, dos efeitos jurídicos originados de outros meios de comprovação de autoria, prevendo que uma autarquia federal se responsabilizará pela política legislativa de intervenção estatal, controlando e supervisionando as atividades dos prestadores de serviços de certificação digital²⁵.

O assunto em questão exige a informação de que o Comitê Gestor é a autoridade encarregada de administrar a ICP-Brasil; é ele que promove o estabelecimento dos critérios e das normas para o credenciamento das entidades que compõem a rede de certificação digital e sua principal função é coordenar a implantação e o funcionamento da ICP-Brasil²⁶.

Vale aqui também destacar que o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI) é uma autarquia federal vinculada à Casa Civil da Presidência da República e executa a função da Autoridade Certificadora Raiz (AC-Raiz); esta última compõe uma das partes fundamentais da ICP-Brasil. O ITI tem como

24 MENKE, F. op. cit., p.99.

25 Idem.

26 Ibidem., p. 100.

função credenciar e fiscalizar as entidades integrantes da ICP-Brasil e, ainda, proporciona o funcionamento da AC-Raiz²⁷.

De acordo com o artigo 5º da MP nº 2.200-2, a AC-Raiz tem a obrigação de emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das Autoridades Certificadoras de nível imediatamente subsequente ao seu, dentre outras funções, sendo vedado a ela emitir certificados para o usuário final, de acordo com o parágrafo único desse artigo. A AC-Raiz é a primeira autoridade da cadeia de certificação, sendo ela a executora das políticas de certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

Por fim, é preciso entender que a chave privada diz respeito à informação que requer maior segurança e, para isso, é necessária a criação de um ambiente seguro tanto para o armazenamento de informações quanto para o desempenho das operações realizadas pela AC-Raiz.

5 Considerações finais

A segurança na Internet, que há alguns anos tem sido motivo de discussões, sempre foi alvo de preocupação da maior parte dos indivíduos que dela se utilizam para a efetivação de contratos. Tal fato se deve à falta de ambientes seguros para a realização de tais acordos, considerando-se que a segurança é fator primordial na realização de qualquer contrato. Surge, assim, a necessidade da criação de instrumentos hábeis e capazes de proporcioná-la no meio virtual.

Diante desse fato, estudiosos da Informática e do Direito, visando garantir transparência, autenticidade, validade, confiabilidade e integridade aos documentos eletrônicos, desenvolveram novos mecanismos de segurança. Com isso, ressurgem antigos métodos de cifrar mensagens, de modo que somente o remetente e o destinatário poderão ter acesso ao conteúdo delas, codificando e, respectivamente, decodificando tais mensagens. À ciência de cifrar e decifrar mensagens é dado o nome de criptografia.

A partir do desenvolvimento da criptografia assimétrica foram criadas as assinaturas digitais, as quais possibilitam que a declaração de uma pessoa física ou jurídica, em meio virtual, seja identificada de forma segura. Cabe enfatizar que a principal incidência das assinaturas digitais ocorre justamente na celebração dos contratos eletrônicos.

Esse tipo de assinatura visa comprovar que a pessoa elaborou ou concorda com o documento eletrônico assinado e certificado digitalmente, além de propiciar a identificação do autor de determinado documento eletrônico, tal como a assinatura manuscrita, oferecendo, ainda, o nível desejado de segurança nos

27 MENKE, F. op. cit., p.101.

contratos eletrônicos, pois informa com precisão quem é o autor de tal assinatura e indica que o documento não foi adulterado. Se o documento eletrônico for alterado, sua assinatura digital também o será e, detectada essa ocorrência, torna-se inválida a assinatura.

Pela assinatura manuscrita em um documento, identificamos determinado indivíduo como se ela fosse a sua marca, enquanto que a assinatura digital liga um determinado sujeito a um documento eletrônico, garantindo sua autenticidade e integridade. A assinatura digital obrigatoriamente deve possuir uma variação, que inclui dados do documento na qual é inserida, enquanto a assinatura manuscrita, ao contrário, deve ser sempre igual, a fim de gerar a mesma presunção.

A assinatura digital é, notadamente, um dos requisitos mais desejados por ambas as partes envolvidas nos negócios *on-line*, empresários ou consumidores e, para que tal assinatura seja válida, é necessário que uma Autoridade Certificadora emita um certificado digital, comprovando a autenticidade do documento eletrônico assinado. Devido à necessidade de conhecimento do emissor de determinado documento eletrônico, foi criada a certificação digital e, com ela, as Autoridades Certificadoras.

Caberá à Autoridade Certificadora verificar se quem emitiu a chave pública é autorizado para tanto; ocorrida essa verificação, a Autoridade Certificadora emite um certificado digital, o qual garantirá sua validade jurídica. Essa certificação digital afiançará a veracidade da identidade do proprietário da chave.

O certificado digital contém informações essenciais, tais como: chave pública do autor do documento eletrônico, nome e endereço do e-mail do autor, data da validade da chave pública, nome da Autoridade Certificadora que emitiu o certificado digital, número de série do certificado digital e, por fim, assinatura da Autoridade Certificadora.

Com o crescimento do número de contratos celebrados em meio virtual, surge para o Direito a obrigação de buscar a proteção dos contratantes nas transações eletrônicas; a busca por ambientes seguros fez com que novas regras fossem criadas para atender às necessidades advindas deste crescimento.

O legislador brasileiro não ficou alheio a esse desenvolvimento e, assim, em junho de 2001, foi estabelecida a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), por intermédio da MP nº 2.200-1, instituindo a Infraestrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal: a ICP-Gov. Com a criação da ICP-Brasil deixou-se de atender com exclusividade à Administração Pública Federal, ampliando essa função para qualquer usuário que desejasse adquirir um certificado digital; sua última reedição foi em 24 de agosto de 2001, pela MP nº 2.200-2.

Conforme seu artigo 1º, a finalidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira é “garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações

habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”.

A MP nº 2.200-1 instituiu a infraestrutura técnico-administrativa dos agentes que regularão e fornecerão os certificados digitais e, ainda, tratou dos efeitos jurídicos produzidos pela declaração volitiva assinada e certificada digitalmente de acordo com a ICP-Brasil. Essa medida confere validade jurídica à assinatura digital, atribuindo-lhe a mesma eficácia e validade jurídica de uma assinatura manual.

Segundo consta no artigo 5º da MP nº 2.200-2, a AC-Raiz, primeira autoridade da cadeia de certificação, tem, dentre outras funções, a obrigação de emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das Autoridades Certificadoras de nível imediatamente subsequente ao seu, sendo vedado a ela emitir certificados para o usuário final, de acordo com o parágrafo único deste artigo. A AC-Raiz é a executora das políticas de certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

Desse modo, foi possível concluir que a assinatura digital, digitalmente certificada, diz respeito a um elemento primordial para tornar válido o contrato eletrônico. Quanto maior for o desenvolvimento tecnológico e a propagação do conhecimento entre os usuários da Internet para contratar, mais segurança será exigida dos métodos e dos equipamentos já existentes, tanto dos *softwares* quanto das assinaturas digitais, as quais proporcionam autenticidade e validade aos contratos eletrônicos.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. *NBR 14724*: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. *NBR 6023*: informação e documentação: Referências: elaboração. Rio de Janeiro, ago. 2002.

_____. *NBR 6024*: informação e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, mai. 2003.

_____. *NBR 6028*: informação e documentação: Resumo: apresentação. Rio de Janeiro, nov. 2003.

_____. *NBR 6029*: informação e documentação: livros e folhetos: apresentação. Rio de Janeiro, set. 2002.

BEHRENS, F. *Assinatura eletrônica & negócios jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2007.

BOIAGO JÚNIOR, J. W. *Contratação eletrônica: aspectos jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2005.

- BRASIL, A. B. Assinatura digital. *Jus Navigandi*, ano 4, n. 40. Teresina, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1782>>. Acesso em: 13 set. 2007.
- CASTRO, A. A. O documento eletrônico e a assinatura digital. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2632&p=2>>. Acesso em: 13 set. 2007.
- CORRÊA, G. T. *Aspectos jurídicos da internet*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GANDINI, J. A. D.; SALOMÃO, D. P. S.; JACOB, C. *A segurança dos documentos digitais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 19 ago. 2005.
- KUBIÇA, S. Documentos com segurança na internet. Disponível em: <<http://www.pr.gov.br/batebyte/edicoes/2001/bb107/documentos.htm>>. Acesso em: 15 out. 2007.
- MARQUES, A. T. G. L. *A prova documental na internet*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MÉNDEZ, M V. Las Pruebas en el Comercio Electrónico. *Revista de Derecho Informático*. Disponível em: <<http://www.alfa-redi.org>>. Acesso em: 26 set. 2007.
- MENKE, F. *Assinatura eletrônica: aspectos jurídicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SOUZA, V. R. P. *Consumidor virtual de bens e o seu direito de arrependimento*. 2005. Monografia de Mérito (Graduação em Direito). Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente, 2005.
- _____; CATANA, L. L. T. O. Consumidor na Era Virtual. In: I ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA TOLEDO, 1., 2005, Presidente Prudente, SP. *Anais*. Presidente Prudente: Studio Águia Pro-áudio, 2005. 1 CD-ROM.
- _____; CATANA, L. L. T. O. Consumidor Virtual. *Toledo News*. Presidente Prudente, 1 fev. 2005. Folha Opinião, p. 7.
- _____; CATANA, L. L. T. O. Consumidor: direitos e obrigações. In: CATANA, L. L. T. O. Direito de arrependimento e a possibilidade de sua aplicação no comércio Eletrônico. *Academia Brasileira de Direito*. São Paulo, 2 jun. 2006. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/artigos/ver.asp?art_id=224&orderby=data_Down&page=1&SearchFor=prioli&SearchWhere=autor>. Acesso em: 26 jul. 2007.
- SOUZA, V. R. P.; CATANA, L. L. T. O. Direitos Reais no Consumo Virtual. In: II ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA TOLEDO, 2., 2006, Presidente Prudente, SP. *Anais*. Presidente Prudente: Studio Águia Pró-audio, 2006. 1 CD-ROM.
- _____; CATANA, L. L. T. O. Internet: realidade inegável. *Jornal Oeste Notícias*. Presidente Prudente, 19 mar. 2005. Folha Opinião, p. 1.2.
- _____; CATANA, L. L. T. O. Mundo Virtual. *Folha Regional*. Palmital, 24 mar. 2005. Folha Colunista, p. 4.
- _____; CATANA, L. L. T. O. O Desenvolvimento Inegável do Comércio Eletrônico. *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados, v. 8, n. 15, p. 245-273, jan.-jun. 2006.
- _____; GITAHY, R. R. C. Consumidor Virtual e o Direito de Arrependimento. In: XIV ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI 2005, 14, 2005, Marília, SP. *Anais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 155-161.

ZOCCOLI, D. Autenticidade e integridade dos documentos eletrônicos: a firma eletrônica. In: ROVER, A. J. (Org.). *Direito, sociedade e informática*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

Recebido em 15/07/2009

Aceito para publicação em 08/02/2010

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL

THE PUBLIC ATTORNEY OFFICE AND PUBLIC CIVIL ACTION
AT THE PROTECTION PERMANENT PRESERVATION
AREAS AND LEGAL RESERVES

Jaquiel R. H. da Fonseca¹

Sumário

1. Introdução. 2. Espaços especialmente protegidos. 3. Área de preservação permanente. 4. Área de reserva legal. 5. O Ministério Público e a Ação Civil Pública na proteção das áreas de preservação permanente e de reserva legal. 6. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Specially protected areas; 3. Permanent preservation areas. 4. Areas of legal reserves. 5. The Public Attorney Office and public civil action at the protection areas of permanent preservation and legal reserves. 6. Final Remarks. References.

Resumo

A abordagem refere-se à importância e os contornos legais dos espaços especialmente protegidos: áreas de preservação permanente e reserva legal, suas finalidades, características e obrigatoriedade. Descrição das medidas jurídicas capazes de exigir o cumprimento dessas regras ambientais, dando ênfase ao instituto da ação civil pública e seu principal legitimado: o Ministério Público.

Palavras-chave: Área de preservação permanente. Área de reserva legal. Ação civil pública.

Abstract

The approach in this research refers to the importance and legal features of the specially protected areas: areas of permanent preservation and legal reserves, their purposes, characteristic and obligations. We describe legal measures able to require the fulfillment of environmental rules, emphasizing the institution of public civil action and its legitimacy: Public Attorney Office.

¹ Mestrando em Direito pela UNIMAR-Universidade de Marília-SP. Professor Universitário em Uberlândia-MG.

Key-words: Permanent preservation area. Legal reserve area. Public civil action.

1 Introdução

Notório que estamos diante de uma nova era, marcada pela preocupação com o meio ambiente, decorrente principalmente das grandes mudanças climáticas ocorridas e do temor pelas condições futuras de vida.

As mudanças legislativas estão acompanhando esta tendência, tornando-se cada vez mais rigorosas quanto às interferências humanas ao meio ambiente, soma-se a isso, o surgimento de vários órgãos públicos e privados de proteção ao meio ambiente.

Resultado disso, no Brasil tem-se uma farta legislação ambiental, amparada constitucionalmente no art. 225 da CF, admitindo no meio ambiente; como um bem comum de todos, essencial à sadia qualidade de vida.

Nesse sentido, a Constituição e principalmente o Código Florestal trataram de criar e proteger espaços territoriais de extrema importância ecológica, como as Áreas de Preservação Permanente, as Reservas Legais e as Unidades de Conservação.

Acrescenta-se que a proteção ambiental encontra seu principal obstáculo na questão econômica e na ideia do direito de propriedade absoluto que não vigora mais, onde o proprietário rural se sente totalmente lesado em seu direito de propriedade pela obrigatoriedade de proteção e conservação ambiental.

No mesmo sentido, Honorato ² dispõe:

A perda, em termos ambientais, mormente no que diz respeito à biodiversidade, é muitíssimo superior a eventuais ganhos econômicos que a exploração de área de reserva legal e de preservação permanente possa acarretar. O quadro é do clássico confronto entre interesse econômico particular e o interesse público e coletivo na preservação ambiental.

Certo, também, que a existência de uma farta legislação não garante a efetiva proteção do meio ambiente. O principal objeto deste trabalho é abordar o utilização da ação civil pública como objeto efetivador das áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal nas propriedades rurais do país.

2 SANTOS, S-C H. *Direito ambiental: unidades de conservação, limitações administrativas*. 2. ed. (ano 2003), 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009. p. 121.

O instrumento da ação civil pública não é o único capaz de proteger e fiscalizar estas áreas de proteção, mas, certamente, é o meio processual mais utilizado e eficaz, possuindo como seu principal legitimado o Ministério Público, fato que decorre essencialmente de suas funções institucionais constitucionais, além de mecanismos atribuídos somente a este órgão, como a possibilidade de instauração do inquérito civil.

Diante da apresentação do foco do trabalho, há de ser necessário tecer as considerações que cercam estas áreas de preservação e conservação, espaços especialmente protegidos pela legislação ambiental brasileira, assim como o relevante papel do Ministério Público na fiscalização destas regras, cabendo-lhe o exigir o *status quo* do meio ambiente a fim de que as gerações futuras também possam ter um meio ambiente sadio.

2 Espaços especialmente protegidos

Antes mesmo de adentrar no estudo principal, que é o instrumento da ação civil pública na defesa das áreas de preservação permanente e das áreas de reserva legal é necessário contextualizar, ou melhor, situar onde estão inseridas e ao que correspondem estas áreas de proteção ambiental.

Estes institutos são espécies do gênero “áreas especialmente protegidas”, cuja matéria fora constitucionalizada no art. 225, §1º, inciso III da Constituição de 1988³, dispondo-a como um instrumento eficaz a ser utilizado pelo Poder Público tendo em vista a satisfação do direito protegido pelo texto constitucional: “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 225, *caput* CF/88).

De acordo com a Constituição Federal, todos os entes públicos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem o dever de instituir áreas especiais a serem protegidas, as quais estarão sujeitas às regras especiais de proteção e conservação, variando conforme a espécie instituída.

O professor José Afonso da Silva⁴ conceitua estes espaços como:

Áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e a proteção da integridade de amostras de toda

3 CF/88. Art. 225. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

4 SILVA, J. A. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 233.

a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivo das espécies, a preservação e a proteção dos recursos naturais.

Observa-se no conceito apresentado e no §1º, do art. 225, que o legislador constituinte dispôs, ainda, que, após a instituição dessas áreas, somente ocorrerá supressão ou alteração ambiental mediante edição de lei autorizante. Destaca-se que tal acréscimo é de fundamental importância, tendo em vista que a possibilidade de qualquer alteração nestas áreas protegidas não justificaria a sua existência.

Reforçando a preocupação com estas áreas a serem especialmente protegidas, o constituinte determinou também a vedação de qualquer utilização que comprometa a integridade de suas características, ou seja, daquele protegido ecossistema. Tal imposição legal encontra fundamento, principalmente no dever do Estado e de toda sociedade de preservar o meio ambiente para as futuras gerações. Porém, salienta-se que as restrições de uso terão variações conforme o tipo de espaço protegido.

Acrescenta-se que o legislador constituinte não definiu quais seriam estes espaços e quais seriam suas formas especiais de proteção, ficando assim, tal função a cargo do legislador infraconstitucional. Determinados espaços poderão, inclusive, corresponder a áreas privadas, desde que possuam alguma importância ecológica.

No caso específico das Áreas de Preservação Permanente e Áreas de Reserva Legal, elas foram criadas anteriormente à Constituição de 1988, mais precisamente com o Código Florestal, sendo, assim, recepcionadas pela segunda, em face da compatibilidade existente.

Portanto, Área de Preservação Permanente e Área de Reserva Legal são espécies das áreas especialmente protegidas, constitucionalizadas no inciso III, do parágrafo 1º do art. 225, as quais foram definidas inicialmente pelo Código Florestal.

3 Área de preservação permanente

São áreas de proteção ambiental de extrema importância, que podem ser estipuladas por lei, como realmente foram, por meio do Código Florestal e, também, podem ser instituídas por atos da autoridade pública, discricionariamente, quando visarem proteger uma determinada área, objeto de alguma relevância ambiental, prevista no art. 3º do citado Código.

Áreas de Preservação Permanente visam proteger diretamente os fluxos das águas, as bacias hidrográficas, os rios, lagos, nascentes, ou seja, a água propriamente dita e o solo, bens ambientais de relevante importância que vêm sendo agredidos

pelas ações do homem, principalmente em decorrência dos desmatamentos, das erosões, do assoreamento entre outros.

Destaca-se, também, conforme o próprio nome as refere que se trata de áreas a serem preservadas, diferenciando-se daquelas que não de serem conservadas. Nas primeiras não pode haver qualquer uso do solo, qualquer exploração; devem ser mantidas intactas.

Paulo Afonso Leme Machado ⁵ também defende a impossibilidade de exploração destas áreas, mediante interpretação do artigo 16 do Código Florestal:

O Código Florestal, na sua interpretação literal nos leva a afirmar que as florestas de preservação permanente não são suscetíveis de exploração. Aliás essa é a correta interpretação do art. 16 do Estatuto Florestal, quando prevê, como ressalva para a exploração da floresta de domínio privado, o fato de a mesma ser de preservação permanente.

O Código Florestal, ao tratar das áreas de preservação permanente, considera como tais tanto as florestas como quaisquer outras formas de vegetação natural situada ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água. O tamanho da área protegida sofre variações conforme a largura dos cursos d'água, possuindo como medida mínima de proteção a distância de 30 (trinta) metros, a ser aplicada no caso de cursos d'água até 10 (dez) metros de largura, podendo atingir uma faixa de proteção de até 500 (quinhentos) metros para os cursos de rios que possuam largura superior a 600 (seiscentos) metros.

Destaca-se que o Código Florestal também considera como áreas de preservação permanente a vegetação, qualquer que seja, ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios, as nascentes, ainda que intermitentes, os topos de morros, as encostas com aclives superiores a 45°, as restingas, determinadas bordas de tabuleiros ou chapadas e áreas localizadas a mais de 1.800 (mil e oitocentos) metros de altitude.

A primeira consideração a ser feita é que o objeto direto de proteção dessas áreas não são tão-somente as florestas, mas qualquer tipo de vegetação, sendo tanto em áreas públicas, bem como em áreas privadas, desde que enquadradas nas situações acima previstas. Além disso, o Código, no art. 3º, se refere à forma de vegetação natural, mas pouco importa se a floresta em área de preservação permanente seja plantada ou natural, como bem salienta José Afonso da Silva⁶:

5 MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 624. *Apud* CAMPOS JUNIOR, R. A. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. 1. ed. (2004), 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 170

6 SILVA, J. A. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 173.

“A interpretação correta é a de que tal adjetivo (‘natural’) só se refere à vegetação, não qualificando florestas”.

Ressalta-se, ainda, que para identificação e medição, as Áreas de Preservação Permanentes deverão ter como marco o período das cheias sazonais, ou seja, a distância a partir das margens que deverão ser preservadas terá como ponto zero o nível máximo que o rio atinge nos períodos das cheias.

Por segundo, e de extrema importância, temos que estas áreas de proteção consistem numa verdadeira flexibilização do direito de propriedade privada, decorrente do princípio da função social da propriedade contido na Constituição. Nesse sentido, constata-se que o *animus* do proprietário em proteger esses territórios em nada acrescenta para a relação, ou seja, é restrição legal ao direito de propriedade, devendo o “possuidor” sujeitar-se da forma que a lei estipular.

O professor José Afonso⁷ discorre que Área de Preservação Permanente não é apenas limitação ao direito de propriedade imposta pelo público, mas uma restrição decorrente das condições naturais do ambiente; são limitações que a própria natureza impõe. Antes mesmo de o homem adquirir um determinado imóvel, esse já possuía certas limitações naturais. Nota-se:

A natureza jurídica das áreas de preservação permanente não é de simples restrição imposta pelo Poder Público, mas decorre de sua própria qualificação natural. São restrições, portanto, conaturais à existência da floresta nas condições indicadas.

A necessidade de preservação permanente destas áreas decorre principalmente de uma limitação imposta pela natureza; são restrições acidentais do relevo que naturalmente já impossibilitam a utilização satisfatória destas áreas.

Nota-se que o instituto teve relevante preocupação em proteger os recursos hídricos do país, estabelecendo elevados limites de preservação ambiental. Entretanto, admitiu, em situações excepcionais, a sua alteração e/ou supressão, nas hipóteses de utilidade pública ou interesse social. Destaca-se que o legislador infraconstitucional foi feliz ao acrescentar que somente será utilizada esta faculdade de supressão “quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto”⁸.

O próprio Código Florestal estabelece as situações de utilidade pública e interesse social que possibilitarão a supressão total o parcial das áreas de preservação

7 SILVA, J. A. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 174.

8 Lei 4771/65 - Art. 4o A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001).

permanente. Conforme o § 2º do artigo 1º do Código Florestal, tem-se que serão considerados como utilidade pública:

a) as atividades de segurança nacional e proteção sanitária; b) as obras essenciais de infra-estrutura destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia; c) demais obras, planos, atividades ou projetos previstos em resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA;

No que se refere à possibilidade de supressão em face de interesse social, tem-se as seguintes atividades:

a) as atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, tais como: prevenção, combate e controle do fogo, controle da erosão, erradicação de invasoras e proteção de plantios com espécies nativas, conforme resolução do CONAMA; b) as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar, que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área; e c) demais obras, planos, atividades ou projetos definidos em resolução do CONAMA;

Note-se que os casos de utilidade pública e interesse social possuem alta relevância social que justificam plenamente a interferência nas áreas de preservação permanente, trazendo certamente uma grande evolução jurídica em relação às questões ambientais.

Registra-se, entretanto, uma incongruência da norma em abrir espaço para o Conama definir outras permissões de interferências nas Áreas de Preservação Permanente, possibilitando, assim, por meio da simples edição de um regulamento administrativo, que este órgão desempenhe atividades legislativas que tão-somente caberiam ao Poder Legislativo.

Como fora salientado inicialmente, é permitido ao Poder Público declarar Áreas de Preservação Permanente adicionais aquelas previstas na lei, no caso de identificar-se a necessidade de uma proteção especial. O artigo 3º do Código Florestal discrimina que deverão ser protegidas, por exemplo, determinadas áreas para atenuar-se a erosão de terras e para a fixação de dunas.

Por fim, adianta-se que a proteção e conservação desses espaços territoriais, assim como a observância do fiel cumprimento da lei são de competência, principalmente, do Ministério Público por meio das chamadas ações civis públicas.

4 Área de reserva legal

Como já salientado, área de reserva legal é espaço especialmente protegido, disposto pelo Código Florestal brasileiro, o qual o define como área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, excetuada a de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas [art. 1º, §2º, III].

Nota-se que o texto foi bastante claro ao explicitar que área de reserva legal não se confunde com a área de preservação permanente e que a obrigatoriedade da primeira independe da existência ou não da segunda. Campos Júnior⁹ dispõe que a principal característica destes espaços é a obrigação de todas as propriedades rurais possuírem esta área de conservação.

Constata-se, também, que esta área a ser protegida constitui-se em área de propriedade privada, havendo ou não a existência de justo título, ou seja, abrange inclusive os posseiros.

Áreas de Reserva Legal foram criadas com a finalidade principal de proteção e conservação da biodiversidade, determinando-se que cada propriedade rural possa conservar uma parcela do bioma natural e nativo daquele espaço, a fim de preservá-lo para presentes e futuras gerações.

A ausência destas áreas de proteção – área de reserva legal e área de preservação permanente – trazer danos ambientais irreversíveis e grandiosos. Saint-Clair Honorato Santos¹⁰ acrescenta que os danos ambientais decorrentes do uso indiscriminado dos recursos ambientais são inevitáveis. Dentre os danos, cita como principais:

- a) Favorecimento de processos erosivos: decorrente da supressão da vegetação fixadora do solo, possibilitando o carreamento de partículas sólidas, as quais ficarão depositadas nas áreas mais rasas ou obstáculos naturais do rio, causando seu assoreamento, o que compromete a profundidade do leito do rio e facilita a ocorrência de inundações, já que ausente a vegetação responsável pelo equilíbrio hídrico da região;
- b) Destruição da fauna: em razão da supressão do substrato vegetal da qual esta depende, afeta de forma radical espécies silvestres, entre outras;

⁹ CAMPOS JUNIOR, R. A. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. 1. ed. (2004), 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 174.

¹⁰ SANTOS, S.-C. H. op. cit. loc. cit.

c) Alterações climáticas: em virtude de que a destruição da vegetação natural, aliada às combustões “artificiais”, desloca um equilíbrio do qual depende a manutenção das condições indispensáveis à vida.

O Código Florestal, ao regulamentar o instituto de reserva legal, com base em seu artigo 16, estabelece-o como uma restrição, uma limitação ao direito de propriedade, pois autoriza o proprietário ou posseiro a suprimir as florestas e formas de vegetação nativa desde que mantenha um percentual mínimo de proteção e conservação da sua propriedade a título de reserva legal, excetuada, se existente, a área de preservação permanente.

Estes percentuais foram estabelecidos pelo Código Florestal e, posteriormente, alterados pela Medida Provisória n. 2.166-67 de 2001. Salienta-se que tal fato suscitou extrema indignação nos proprietários rurais. Estes percentuais distinguem-se um dos outros em face dos fatores de localização da propriedade e do tipo de vegetação existente na propriedade.

Conforme o artigo 16 e seus incisos do Código Florestal, é possível identificar que a lei estabeleceu quatro formas distintas de Área de Reserva Legal.

A primeira, a mais gravosa, refere-se ao tipo de vegetação e à localização da propriedade rural. Se esta foi localizada em área de floresta e na chamada Amazônia Legal, determina-se que seja conservado pelo menos 80% (oitenta por cento) da área total da propriedade com cobertura florestal nativa.

Ainda na Amazônia Legal, entretanto, em áreas de vegetação constituída por cerrado, impõe-se a conservação de 35% (trinta e cinco por cento) da área das propriedades.

Nota-se que estes percentuais podem alcançar o índice de 80%, caso a propriedade esteja localizada em área de floresta de Amazônia Legal. O próprio Código Florestal define a Amazônia Legal, artigo 1º, § 2º, IV:

VI - Amazônia Legal: os Estados do Acre, Pará, Amazonas, Roraima, Rondônia, Amapá e Mato Grosso e as regiões situadas ao norte do paralelo 13º S, dos Estados de Tocantins e Goiás, e ao oeste do meridiano de 44º W, do Estado do Maranhão.

Outra forma de conservação, a título de Reserva Legal, refere-se especificamente às propriedades rurais constituídas em áreas de campos gerais, independentemente da localização político-geográfica dela no país, sendo obrigatória para elas a conservação de 20% (vinte por cento) de sua área.

Por fim, as propriedades não atingidas por nenhuma das hipóteses anteriores deverão conservar, a título de Reserva Legal, a parcela de 20% (vinte por cento) de sua área; neste caso, não importa o tipo de vegetação existente na

propriedade rural. Destaca-se que esta proteção abrange as terras mais produtivas e aproveitáveis do território brasileiro, que em sua maioria encontram-se desmatadas, não respeitando tal determinação legal

Merece destaque também a diferenciação do instituto da Reserva Legal com a de Preservação Permanente no que se refere à sua supressão e utilização. Nas áreas de reserva legal existe uma permissividade maior, haja vista que se autoriza a utilização sob o regime de *manejo florestal sustentável*. No entanto, não se admite em qualquer hipótese o corte raso e, também, não existem os instrumentos de supressão da área decorrentes de utilidade pública ou interesse social, previstos para supressão de área de preservação permanente.

Paulo Afonso Leme Machado¹¹ salienta:

As áreas de preservação permanente são localizadas de acordo com a ocorrência dos bens ambientais a que visam proteger e não podem ser exploradas em nenhuma hipótese. Já as reservas florestais legais são espaços especialmente protegidos que se destinam à proteção da biodiversidade, pois a proibição do corte raso, de modo contínuo e em todas as regiões do país, faz com que a preservação de todas as formas de vida existentes seja mais efetiva.

Os pequenos produtores rurais e os posseiros rurais familiares tiveram alguns benefícios atribuídos pelo legislador, em virtude de sua condição de inferioridade técnica e financeira em comparação com os demais proprietários. A lei permitiu o plantio de árvores exóticas e frutíferas para composição da área de reserva legal, desde que cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas.

De acordo com a obrigatoriedade da constituição da área de reserva legal e a inserção de graves penalidades em 2008, para o caso de descumprimento da lei, por meio do Decreto n. 6.514 o proprietário rural com passivo ambiental em reserva legal pode e deve adotar uma das soluções previstas pelo Código Florestal, isolada ou conjuntamente.

A primeira solução, disposta no inciso I do art. 44 do Código Florestal, possibilita a recomposição da reserva legal mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação. É importante salientar que a recomposição deve ser feita, preferencialmente, com espécies nativas e, excepcionalmente, com espécies exóticas quando necessário à recomposição do ecossistema original, mas ambas devem estar de acordo com especificações técnicas do órgão ambiental competente.

11 MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 639. In: CAMPOS JUNIOR, R. A. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. 1. ed. (2004), 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 175.

José Afonso da Silva¹² faz uma ressalva importante: “Não é aceitável a interpretação de que, na vigência desta norma, o proprietário ou possuidor possa suprimir floresta de reserva legal com possibilidade de recomposição posterior em 30 anos”.

A segunda possibilidade permitida pelo Código Florestal ao proprietário rural em débito com a reserva legal é a chamada regeneração natural da área, ou seja, há o isolamento da área para que esta possa, naturalmente, restaurar-se voltando ao seu estado anterior. Esta medida só é permitida, mediante autorização do órgão ambiental e laudo técnico comprovando que a área desmatada deixou vestígios de vegetação que sejam capazes de renascerem, pois, caso não existam, não adiantaria isolar a área porque ela não teria condição nenhuma de regeneração.

Por último, tem-se a chamada compensação de reserva legal. Por meio deste instrumento é possível utilizar uma área de outra propriedade rural para constituir reserva legal daquela propriedade deficitária. Exige-se como requisito para sua autorização que a propriedade compensadora seja equivalente em importância ecológica e extensão, ou seja, deve ser constituída pelo mesmo tipo de vegetação, além de estar situada na mesma microbacia hidrográfica.

Merece atenção a obrigatoriedade de averbação da Área de Reserva Florestal junto à matrícula do imóvel, constituído infração sujeita a multa a sua desobediência.

O artigo 55 do Decreto n. 6514 de 2008 tinha instituído multa de R\$ 500,00 a R\$ 100.000,00 no caso de não averbação da reserva. Entretanto, diante de enorme pressão da bancada ruralista no congresso e de movimentos de classes, o governo cedeu, primeiramente diminuindo o valor da multa mediante o Decreto n. 6.686/2008. Depois, mediante o Decreto n. 7.029/09, estabeleceu um prazo de 180 dias a contar da autuação para que o proprietário apresente Termo de Compromisso de Regularização da Reserva, período este em que ficará suspensa a aplicabilidade da multa.

Acrescenta-se que o governo, quanto ao prazo concedido aos proprietários que regularizassem a averbação, concedeu uma carência para aplicação da penalidade.

O texto original do Decreto n. 6.514/08 estabelecia o prazo de 180 dias a contar da entrada em vigor deste Decreto para a regularização da averbação e consequente reserva legal. No dia 11 de dezembro de 2009, perto da entrada em vigor do artigo 55, fora editado o Decreto n. 6.686/08 prorrogando o prazo para 11 dezembro de 2010, fato que já demonstrara a submissão do governo à classe ruralista. Não obstante as concessões realizadas, foi editado o Decreto 7.029/09, prorrogando ainda mais o prazo para regularização da Área de Reserva Legal. (11 de junho 2011).

12 SILVA, J. A. *Direito Ambiental Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188.

Assim, a obrigatoriedade da Área de Reserva Legal está sujeita apenas à boa vontade dos proprietários em instituí-la, em preservar o meio ambiente, pois o governo já demonstrou que não possui vontade política de contrariar os interesses da forte classe ruralista, haja vista as seguintes prorrogações de prazos concedidas, sem garantias, infeliz e lamentavelmente, de que não será concedido novo prazo para a regularização das Áreas de Reserva Legal.

Enfim, área de reserva legal constitui uma obrigação do proprietário rural, imposta por lei, fundamentada na Constituição Federal, em respeito à função social da propriedade, que deverá de ser obedecida por todos, sob pena de imposição de sanção ao proprietário, independentemente do reflorestamento da área de reserva legal.

5 O ministério público e a ação civil pública na proteção das áreas de preservação permanente e de reserva legal

A fiscalização quanto à instituição ou ao reflorestamento das áreas de preservação permanente e de reserva legal pode ocorrer de forma administrativa ou judicial e podem ser realizadas por diversas pessoas, inclusive pelo próprio cidadão, mediante Ação Popular. A fiscalização administrativa é aquela realizada por agentes de proteção ambiental, utilizando-se principalmente a medida coercitiva da multa e, através do Ministério Público, mediante o Termo de Ajustamento de Conduta.

Este estudo limitar-se-á à forma processual de exigir a instituição e/ou reflorestamento desses espaços protegidos mediante ao instrumento da Ação Civil Pública e a sua propositura pelo Ministério Público.

A Ação Civil Pública é importante instrumento jurídico na proteção de interesses metaindividuais, ou seja, aqueles que ultrapassam o plano da individualidade, que, além de pertencerem ao indivíduo isoladamente, pertencem a uma coletividade, a um determinado ou indeterminado grupo de pessoas.

Carvalho Filho a define como “instrumento judicial adequado à proteção dos interesses coletivos e difusos”¹³.

O fundamento para criação do instituto da Ação Civil Pública está nas transformações ocorridas na sociedade, principalmente em decorrência do desenvolvimento e do progresso, que acabaram por gerar uma sociedade de massa exigiu um processo civil caracterizado por preocupações sociais¹⁴.

13 CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 902.

14 MILARÉ, É. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 1060.

A socialização do processo é um fenômeno que, embora não recente, só de poucos anos para cá ganhou contornos mais acentuados, falando-se mesmo em normas processuais que, pelo seu alcance na liberalização dos mecanismos de legitimação *ad causam*, vão além dos avanços verificados nos países socialistas.¹⁵

Antes de adentrar no estudo da Ação Civil Pública faz-se necessário discorrer sobre sua terminologia. Vários autores ressaltam a sua impropriedade em face da utilização do termo “pública”, que indica a titularidade exclusiva do Ministério Público em propor determinada ação, como ocorre no âmbito penal com a chamada Ação Penal Pública. Na ação civil pública isso não ocorre, tendo em vista a multiplicidade de legitimados para propor a ação civil pública. E, ainda, sob prisma objetivo, o citado instrumento não trata de tutelar interesse público, tendo em vista a natureza transindividual desses interesses.¹⁶

Muitos autores sustentam que o correto seria utilizar a terminologia adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, ou seja “Ação Coletiva”, que indica a defesa de interesses transindividuais.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover¹⁷ salienta: “O texto legal fala impropriamente em ação civil pública. Impropriamente, porque nem a titularidade da ação é deferida exclusivamente a órgãos públicos (Ministério Público, União, Estados e Municípios), nem é objeto do processo a tutela do interesse público”.

Sob ponto de vista doutrinário, mais correta veio a ser a terminologia empregada pelo CDC, que se vale da expressão ação coletiva para alcançar a ação judicial em defesa de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos relacionados com a proteção do consumidor, proposta por qualquer dos diversos legitimados, e não apenas pelo Ministério Público. Doutrinariamente, mesmo sob o aspecto da defesa coletiva dos consumidores, se o autor da ação for o Ministério Público, teremos sempre uma ação civil pública; se o autor da ação for qualquer colegitimado que não o órgão ministerial, mais próprio seria chamar de ação coletiva, como o fez o CDC¹⁸.

15 Idem, p. 1061.

16 LENZA, P *A teoria geral da ação civil pública*. 3. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 152.

17 Grinover, A. P. *Ações Coletivas para tutela do ambiente e dos consumidores*: a Lei 7.347, de 24/07/1985. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 44, 1986 In: MILARÉ, E. *op. cit.* p. 1065-1066.

18 MAZZILI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor e outros interesses. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 122-123. In: MILARÉ, E. *op. cit.*, p. 1066.

Mas a terminologia consagrada e adotada pela Lei 7.347, pela doutrina e jurisprudência é a “Ação Civil Pública”¹⁹.

Deixando de lado a discussão terminológica, vamos tratar dos interesses metaindividuais nos quais está inserido o meio ambiente e, neste, das áreas de preservação permanente e de reserva legal. São interesses que abrangem a coletividade no seu aspecto mais amplo, tendo em vista o seu aspecto de macrobem, merecem extrema atenção.

Os interesses metaindividuais (supraindividuais) podem ser de três formas distintas: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Cada espécie possui sua particularidade, mas a Ação Civil Pública abrange todos eles, indistintamente. Nota-se que já no artigo 1º da Lei 7.347/85 estabelecem-se os bens tutelados por instrumento.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; III – à ordem urbanística; IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V – por infração a ordem econômica e da economia popular; VI – à ordem urbanística

O Código de Defesa do Consumidor ampliou ainda mais o campo de atuação da ação civil pública ao determinar, em seu artigo 81, que qualquer que seja o interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo pode ser defendido em juízo a título coletivo.

O referido artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor vai além, trata de distinguir e definir as espécies dos direitos coletivos *latu sensu*. Considera como direitos difusos: “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Como direitos ou interesses coletivos, também entendem-se como transindividuais e de natureza indivisível; entretanto, os seus titulares estão ligados entre si e com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por fim, definem-se como interesses ou direitos homogêneos aqueles decorrentes de origem comum.

O meio ambiente e, mais especificamente, a proteção das áreas de preservação permanente e de reserva legal constituem interesses difusos, tendo em vista que sua degradação ou a falta de instituição destas áreas atingem um número indeterminado de pessoas, sendo impossível determina-se os seus titulares e mensura-se a quantidade da lesão que cada titular sofreu.

19 LENZA, P. *A teoria geral da ação civil pública*. 3. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 153.

A impossibilidade de determinar-se os titulares desses interesses é claramente visualizada, por exemplo, no caso de degradação das matas ciliares, aquelas situadas nas margens de rios e lagos que compõem as áreas de preservação permanente. Esta degradação afeta diretamente a vida dos rios, assoreando-o e impedindo que eles mantenham sua profundidade original, fato que contribui para inundações nos períodos de chuvas que certamente afetarão um número indeterminado de pessoas.

Até a edição da Lei 7.347/85, a proteção dos interesses supraindividuais somente era possível mediante a Ação Popular e a Ação de Responsabilidade Civil e Criminal de legitimidade exclusiva do Ministério Público²⁰. Acrescentasse, ainda, que até a edição deste diploma legal o acesso à jurisdição somente decorria da norma constitucional de acesso à justiça, disposta no art. 153, § 4º, da Constituição emendada de 1969.²¹

A preocupação com os interesses difusos e coletivos, em especial no tocante ao meio ambiente, é fraude, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, pois os diplomas legais e a própria ordem constitucional passam a possibilitar uma efetiva tutela destes interesses.

No que tange a matéria ambiental, o instituto da Ação Civil Pública fora prevista antes mesmo da edição da Lei 7.347/85, com a entrada em vigor da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (lei 6.938/81) que legitimou o Ministério Público a promover ação de responsabilidade civil em face de dano causado ao meio ambiente. Mas, apesar do avanço normativo, tal diploma nada mencionou quanto os aspectos processuais, fato que dificultou sua utilização. Foi tão-somente com a edição da Lei 7.347/85 que o instituto da ação civil pública teve contornos processuais e realmente se efetivou como instrumento de defesa dos interesses coletivos.

A lei 7.347/85 determinava que ao objeto da Ação Civil, no caso de violação dos interesses protegidos por este diploma, caberia ação de natureza condenatória, podendo ser pagamento em dinheiro ou obrigações de fazer ou não fazer. Posteriormente, o CDC autorizou a utilização de qualquer espécie de ação, a fim de efetivar ainda mais a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A respeito da proteção do meio ambiente, mais especificamente das áreas de proteção ambiental tratadas nesta obra, as ações condenatórias são as mais utilizadas e eficazes. Verifica-se que, no caso de degradação ambiental das áreas de preservação permanente, a solução para o problema é a recomposição da área,

20 LENZA, P. *A teoria geral da Ação Civil Pública*. 3. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p. 156.

21 MILARÉ, É. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 1067.

ou seja, uma obrigação de fazer. Caso a área protegida esteja em total degradação, sendo de difícil recuperação ou tendo o réu se aproveitado economicamente desta degradação, o mais satisfatório e justo é a ação civil pública pleitear a condenação em dinheiro. Por último, sendo constatado que determinada área de preservação permanente corre risco de ser degradada, a ação civil pública necessária é a de natureza condenatória de não fazer.

Quanto à legitimação, a Lei 7.347/85 estabeleceu um rol significativo de pessoas com capacidade para propor a Ação Civil Pública, rompendo com a doutrina tradicional, segundo a qual somente titulares do direito ofendido poderiam demandar em juízo. Isso decorria, principalmente, da natureza dos interesses envolvidos, caracterizados, até então, como essencialmente individuais. Mas, diante de interesses supraindividuais, impessoais, essa legitimação tradicional torna-se ineficaz e insuficiente.

Milaré²² ressalta, no que tange à tutela ambiental, que a legitimação *ad causam* foi uma das grandes inovações trazidas pela Lei 7.347/85, por ter rompido com a obrigação de os sujeitos da relação jurídico-material coincidirem com os sujeitos do processo.

Os legitimados a proporem a Ação Civil Pública estão elencados no art. 5º da Lei 7.347/85: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; Autarquia, Empresa Pública, Fundação ou Sociedade de Economia Mista; Associação constituída há pelo menos um ano que possua, dentre suas finalidades estatutárias, a de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Essa legitimação é concorrente e disjuntiva, no sentido de que todos estão autorizados para a promoção da demanda e cada um pode agir isoladamente, sozinho, sem que seja necessária a anuência ou autorização dos demais²³.

Diante da violação legal das áreas de preservação permanente e de reserva legal, assim como nos demais interesses coletivos *latu sensu*, a legitimação não é ampla e irrestrita para todos os legitimados, cada um devendo agir em juízo na defesa do bem tutelado no âmbito de sua respectiva competência material e territorial.

Cada legitimado pela Lei 7.347/85 possui sua importância, mas, no que tange à fiscalização das áreas de preservação permanente e reserva legal, é necessário ressaltar a concentração das ações civis públicas no Ministério Público. Há razões que justificam tal fato:

22 MILARÉ, É. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009, p. 1076.

23 MOREIRA, J. C. B. Ação civil pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 3, 1993, p. 191; NERY, N.; NERY, R. *Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental*. Em *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*, cit., p. 296- In: MILARÉ, E., *Ibidem*, p. 1076.

a) histórica: O Ministério Público assumiu tal papel, suprindo, de certa forma, a necessidade de atuação das associações; b) político-histórica: a sociedade brasileira sempre viu nas leis, especialmente durante a ditadura, o instrumento dos mais fortes, da elite detentora do poder; c) sociológica: o cidadão brasileiro não está inclinado a se associar, socorrendo-se ao Estado paternalista; d) econômica: algumas associações não têm dinheiro para contratar advogados capacitados e especializados na matéria para propositura de ações de tamanho porte e complexidade; e) institucional: há dificuldade em se conciliar a atividade de organização, de associação, de política na defesa de interesses com o necessário aparato técnico-jurídico; f) legislativa: [...] o legislador da Lei da Ação Civil Pública, induziu a propositura da ação coletiva pelo Ministério Público[...]²⁴.

Além dos fatores elencados pelo autor, ressalta-se que o Ministério Público possui a atribuição constitucional da defesa do meio ambiente e a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública para proteção dos interesses difusos e coletivos. Nota-se que, dentre os legitimados, é o único capaz de instaurar o inquérito civil, procedimento administrativo relevante para apuração das possíveis irregularidades, o que certamente contribui para esta concentração.

Ao papel essencial desempenhado pelo *Parquet* na propositura das ações civis públicas na proteção do meio ambiente, acrescenta-se que a lei 7.347/85 dispõe que o representante ministerial, caso não seja parte do processo, atuará, obrigatoriamente, no processo como fiscal da lei, possuindo total autonomia de seus atos, podendo inclusive arquivar inquérito civil, deixando de ingressar com a ação civil pública. Compete também ao Ministério Público o papel de assumir a titularidade da ação no caso de abandono ou desistência da parte que a ingressou. E, ainda, ele é responsável por ingressar com a ação civil, na presença de fundados indícios, quando for invocado por qualquer pessoa que lhe informe a ocorrência ou o risco de dano supraindividual.

Inegável é a importância do órgão ministerial na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, papel determinado pela própria Constituição Federal no seu art. 127. Da mesma forma, com o advento do instrumento da ação civil pública, ele se torna o também o órgão essencial e fundamental na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Portanto, diante da ocorrência de dano ou desrespeito às áreas de preservação permanente e de reserva legal, cabe, principalmente ao membro do

24 LENZA, P. *A teoria geral da Ação Civil Pública*. 3. ed., ver., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 183-184.

Ministério Público competente, tomar as medidas cabíveis, sejam elas de caráter administrativo, como a instauração do inquérito civil e a realização do termo de ajustamento de conduta, sejam elas de âmbito judicial, por meio da ação civil pública que tenha por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

6 Considerações finais

É evidente a presença de uma nova cultura jurídica a ser consolidada: a efetivação material e processual dos chamados interesses supraindividuais, aqueles que ultrapassam a tutela individual, pertencentes a grupos, a determinadas ou indeterminadas coletividades de pessoas, decorrentes principalmente da massificação da sociedade atual.

Dentre estes, senão o mais importante, tem-se o meio ambiente, interesse coletivo por natureza, tendo em vista sua importância diretamente relacionada à perpetuação da espécie humana no planeta. Acrescenta a isso o fato de sua alta interatividade global, uma vez que certas lesões ambientais podem atingir o planeta como um todo, como a poluição causadora do efeito estufa.

Com isso, a proteção dos bens ambientais torna-se de extrema relevância, mediante a criação de espaços a serem especialmente protegidos, cada qual com uma finalidade específica, como a proteção e/ou a conservação da fauna, da flora, da água, do solo, entre outros.

Dentre estes espaços, merecem atenção no Brasil, as áreas de preservação permanente e de reserva legal. O primeiro, como vimos, visa à proteção dos recursos hídricos, enquanto o segundo possui como finalidade a conservação das várias formas de vegetação existentes no país, ou seja, da biodiversidade.

Nota-se a imprescindível proteção destes espaços, cabendo a todos os cidadãos a sua fiscalização, ao mesmo tempo em que o legislador instituiu diversos mecanismos processuais para se buscar um meio ambiente sadio e equilibrado, por meio de ação popular ou da ação civil pública.

A Ação Civil Pública é o instrumento jurídico mais utilizado na defesa destas áreas de proteção, principalmente em face dos seus vários legitimados ativos, entre os quais o Ministério Público, órgão dotado de funções institucionais constitucionais, como o inquérito civil, que facilitam e contribuem para que ela exerça este papel.

Portanto, o Ministério Público, por meio da Ação Civil Pública, possui um aparato eficaz e necessário para a defesa das áreas de preservação permanente e de reserva legal.

Referências

- CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- CAMPOS JUNIOR, R. A. *O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente*. 1. ed. (2004), 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.
- FRANCO, J. G. O. *Direito ambiental matas ciliares*. 1. ed. (2005), 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.
- MILARÉ, É. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009
- LENZA, P. *A teoria geral da ação civil pública*. 3. edição, ver., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- SANTOS, S.-C. H. *Direito ambiental: unidades de conservação, limitações administrativas*. 2. ed. (2003), 7. tir. Curitiba: Juruá, 2009.
- SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SIRVINSKAS, L. P. *Manual de direito ambiental*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

Recebido em 31/08/2009

Aceito para publicação em 23/02/2010

A COMPENSAÇÃO ECONÔMICA PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL INSTITUÍDA NO PROGRAMA BOLSA FLORESTA DO ESTADO DO AMAZONAS

ECONOMIC COMPENSATION FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT THE FOREST GRANT PROGRAM THE STATE AMAZON

Thiago Flores dos Santos¹

Sumário

1. Programa Bolsa Floresta: o componente histórico e a compensação econômica. 2. O regime constitucional brasileiro de proteção do meio ambiente como origem do ideário de desenvolvimento sustentável contido no Programa Bolsa Floresta. 3. Os fundamentos da compensação econômica como instrumento de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável. 4. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Forest grant program: the historical component and economical compensation. 2. Brazilian constitutional regime on environmental protection as origin of sustainable development ideal in the forest grant program. 3. Economical compensation foundations as a tool for environmental protection and sustainable development. 4. Final remarks. References.

Resumo

O presente artigo objetiva a análise da compensação econômica instituída no Programa Bolsa Floresta como instrumento de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável das populações residentes nas unidades de conservação do Estado do Amazonas. O programa foi criado pela Lei Estadual n.º 3.135/07 e seu principal objetivo é a redução dos níveis atuais de desmatamento no Estado do Amazonas e o desenvolvimento sustentável das comunidades tradicionais (quilombolas, extrativistas, indígenas etc.) residentes nas unidades de conservação estaduais, mediante utilização do instrumento da compensação econômica e o fomento de práticas sustentáveis de produção. Nessa linha, problematiza-se o tema com a seguinte indagação:

1 Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Estado do Amazonas (UFAM), especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Integrado de Educação Superior do Amazonas (CIESA) e Gerente da Assessoria Jurídica da Companhia Energética do Piauí S.A.

quais as premissas fundamentais da compensação econômica instituída por meio do Programa Bolsa Floresta? Após uma análise preliminar sobre o tratamento legal dado ao programa e sobre a forma de implantação do mesmo nas unidades de conservação, são realizadas considerações a respeito da compensação econômica instituída, objetivando a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável. A relevância do presente estudo reside no aspecto de que se fazem necessários a discussão e o desenvolvimento de mecanismos que possam levar a uma maior efetividade na proteção ambiental e no desenvolvimento sustentável na Região Amazônica. Palavras-Chave: Programa Bolsa Floresta. compensação econômica. desenvolvimento sustentável.

Abstract

This scientific paper aims at analyzing the economic compensation established by a grant program in the Forest as a tool for environmental protection and sustainable development of people living in protected areas in Amazonas state. The program was created by the 3.135/07 State Law and its main goal is to reduce current levels of deforestation in the Amazon and sustainable development of traditional communities (maroon, extractors, Indians etc.) living in conservation areas by using economic compensation and promoting sustainable production practices. Along these lines, it discusses the issue with the following question: what are the underlying assumptions of economic compensation established by the forest grant program? After a preliminary analysis of the legal treatment given to the program and how it is established in protected areas, considerations were made about economic compensation, aiming at environmental protection and sustainable development. The relevance of this study lies on the issue that is necessary to discuss the development of mechanisms that can lead to greater effectiveness in environmental protection and sustainable development in the Amazon region.

Key-words: Forest grant Program. Economic Compensation. Sustainable Development.

1 Programa Bolsa Floresta: o componente histórico e a compensação econômica

Em meio a um cenário de destruição da floresta amazônica e como resposta a inquietação global pelos níveis de emissões de gases de efeito estufa à atmosfera decorrentes das queimadas e desmatamentos na Amazônia, foram aprovadas no Estado do Amazonas a Lei n.º 3.135/2007, que trata de aspectos relacionados às mudanças climáticas, conservação ambiental e desenvolvimento sustentável, e a Lei Complementar n.º 53/2007, que criou o Sistema Estadual de Unidades de Conservação (SEUC).

O Programa Bolsa Floresta foi instituído legalmente pelo art. 5º da Lei Estadual n.º 3.135/2007, objetivando a compensação econômica dos

esforços de conservação ambiental das comunidades tradicionais (quilombolas, extrativistas, indígenas etc.), residentes nas unidades de conservação do território amazonense.

A meta prioritária do programa é o desenvolvimento sustentável e a conservação florestal por meio da contenção do avanço do desmatamento e do incremento na cadeia produtiva dos serviços e produtos ambientais de base florestal. Tudo voltado para garantir “a manutenção da floresta em pé”.

Dentre os aspectos importantes do programa é necessário destacar que, atingidos os objetivos propostos, haverá uma diminuição de custos sociais advindos das atividades relacionadas à exploração florestal. Como exemplos desses custos, os quais são sofridos diretamente pela população residente na região amazônica, podem ser citadas diversas modificações nas características físicas e biológicas do ambiente, tais como: mudanças no curso das chuvas, ocasionando intensos períodos de secas e de chuvas; o desaparecimento da biodiversidade, como, por exemplo, a mortandade de peixes; o aparecimento de ilhas de calor e de poluição atmosférica nas cidades, entre outros.

O Programa Bolsa Floresta possui quatro formas de compensação econômica para as comunidades tradicionais residentes nas unidades de conservação do Estado do Amazonas. A primeira delas denomina-se Bolsa Floresta Família, a qual corresponde ao pagamento mensal de R\$ 50,00 (cinquenta reais) às famílias residentes dentro das unidades de conservação que estejam dispostas a assumir um compromisso de conservação ambiental e desenvolvimento sustentável.

A segunda espécie de compensação denomina-se Bolsa Floresta Associação que é destinado às associações de moradores nas unidades de conservação, objetivando o comprometimento social com o programa. Por meio dessa modalidade de compensação é destinado às associações o equivalente a 10% (dez por cento) da soma de todas as bolsas entregues por família da comunidade, objetivando-se o fortalecimento das organizações de base comunitária.

A terceira espécie denomina-se Bolsa Floresta Renda, que objetiva o pagamento do valor médio de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) por comunidade, ao ano, considerando-se que cada comunidade possui, em média, 11,4 famílias. É destinado ao apoio à produção sustentável de, por exemplo, peixes, óleos vegetais, frutas, mel, etc. Somente as atividades que não ocasionam desmatamentos devem ser eleitas para receber o benefício.

A quarta, e última, espécie de compensação econômica, denomina-se Bolsa Floresta Social. Essa modalidade, por sua vez, corresponde ao pagamento do valor médio de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) por comunidade, ao ano, visando à melhoria de aspectos relacionados à educação, saúde, comunicação, transporte, etc., nessas comunidades abrangidas pelo programa.

Segundo a Fundação Amazônia Sustentável (2008, p. 03), a fase inicial do programa, executada entre setembro de 2007 e abril de 2008, foi desenvolvida nas unidades de conservação Cujubim, Mamirauá, Catuá-pixuna, Piagaçu-Purus, Uatumã e Uacari.

As ações iniciais do Programa Bolsa Floresta incluíram o levantamento sócioeconômico das famílias e comunidades das unidades de conservação; a mobilização social para participação da oficina bolsa floresta; a realização de oficinas bolsa floresta nas unidades de conservação; a assinatura de termo de compromisso de adesão ao programa; e, por último, o pagamento da Bolsa Floresta Família.

Na realização dessas atividades foram assinados 1.294 (um mil duzentos e noventa e quatro) termos de compromisso, do total de 2.102 (dois mil, cento e duas) famílias cadastradas. Em uma minoria dos casos, as famílias participaram das oficinas sem terem assinado o acordo de compromisso.

Do total das famílias que assinaram os termos de compromisso, cerca de 971 (novecentas e setenta e uma) receberam a compensação denominada Bolsa Floresta Família. Não foi alcançada a totalidade das famílias que assinaram os termos de compromisso devido a fatores como a inexistência de comprovação de residência etc.

Em fevereiro de 2008, foi criada a Fundação Amazônia Sustentável (FAS) que ficou responsável por gerenciar e desenvolver o Programa Bolsa Floresta. A mudança na gestão do programa decorreu de previsão legal, contida nos artigos 6º e 8º da Lei n.º 3.135/2007 do Amazonas. Por meio desses dispositivos legais, delegou-se à Fundação Amazônia Sustentável a responsabilidade pela implementação e pelo gerenciamento das atividades relacionadas ao Programa Bolsa Floresta.

A fundação recebeu duas doações iniciais, cada uma no valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), sendo a primeira proveniente do Banco Bradesco S.A. e a segunda do Governo do Estado do Amazonas. Essa última doação decorreu de autorização legislativa, conforme o art. 7º da Lei n.º 3.135/07.

A cessão dos serviços e produtos ambientais para a Fundação Amazônia Sustentável possui como contrapartida a obrigatoriedade do investimento dos rendimentos provenientes da comercialização dos serviços e produtos ambientais na implementação dos Planos de Gestão das Unidades de Conservação (art. 49 da Lei Complementar n.º 53/2007).

Há seis programas de apoio previstos para o Programa Bolsa Floresta, que são estruturados com o objetivo de abranger cada uma das unidades de conservação do Estado do Amazonas, proporcionando a melhoria da qualidade de vida e desenvolvimento socioambiental.

O primeiro deles é o programa de saúde e educação. Mediante parcerias com o Governo do Estado do Amazonas, prefeituras municipais e instituições de pesquisa, esse programa objetiva o alcance das metas do milênio da Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da melhoria de indicadores sociais de desenvolvimento.

O segundo deles é o programa de produção sustentável que visa ao estímulo de atividades produtivas florestais madeireiras e não madeireiras. Para tanto, por meio do desenvolvimento de processos tecnológicos sustentáveis, busca garantir a elevação na escala de produção e a melhoria de renda das famílias produtoras.

O terceiro é o programa de fiscalização e monitoramento que tem como objetivo a redução do desmatamento e a avaliação da dinâmica de emissões e sequestro de carbono florestal decorrentes da atividade humana nas unidades de conservação do território amazonense. Com relação a esse programa, é importante citar que há a necessidade de desenvolvimento de uma metodologia adequada de monitoramento que seja capaz de gerar análises precisas e em escala compatível com as atividades agroflorestais familiares.

O quarto programa é o de gestão das unidades de conservação, que visa estabelecer um mecanismo de fortalecimento do sistema de cogestão entre o governo e as entidades não governamentais de interesse público instaladas no Estado do Amazonas.

O quinto é o programa de desenvolvimento científico, que objetiva o apoio ao desenvolvimento científico, sendo voltado, principalmente, para trabalhos e estudos referentes aos estoques e à dinâmica de carbono da floresta nas unidades de conservação. Tais estudos mostram-se fundamentais para a construção dos parâmetros e premissas sobre as quais o mercado de serviços e produtos ambientais deve se estabelecer. Esse programa é realizado mediante a colaboração entre as secretarias e fundações estaduais de meio ambiente.

O sexto programa de apoio é o de desenvolvimento de produtos e serviços ambientais, que está relacionado com os esforços de transformar em serviços e produtos, o valor intrínseco do meio ambiente e seus benefícios para o planeta.

Por meio do Programa Bolsa Floresta, há uma interação entre Estado e sociedade para que se alcance a proteção do meio ambiente nas unidades de conservação.

Não há efetividade de qualquer política pública de conservação ambiental sem a participação popular; por isso, a compensação econômica do Programa Bolsa Floresta funciona como um incentivo a essa participação.

O princípio da participação comunitária, segundo Milaré (2000, p. 99),

expressa a ideia de que para a resolução dos problemas do ambiente deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e na execução das políticas ambientais.

A compensação econômica das comunidades tradicionais residentes nas unidades de conservação do Amazonas, objetivando a manutenção da biodiversidade e o incremento da cadeia produtiva sustentável, instituída no Programa Bolsa Floresta, pode, em pouco tempo, mostrar-se como fundamental para conter os altos índices de desmatamento na Amazônia.

Conforme Virgílio Viana (2006, p. 92), a Amazônia representa 65% do território nacional (5,5 milhões de km²). A região concentra mais de 90% das florestas tropicais do país, 26% das florestas tropicais do planeta e, segundo o Inventário de Emissões de Gases de Efeito Estufa no Brasil, as suas queimadas emitem 200 milhões de toneladas de gás carbônico por ano, o que significa 3% das emissões globais de gases de efeito estufa.

Por meio do Programa Bolsa Floresta, o Governo do Estado do Amazonas compromete-se a trabalhar aspectos como a educação ambiental por meio de oficinas, a compensação econômica das populações residentes nas unidades de conservação estaduais etc., a fim de que os moradores dessas localidades assumam um compromisso de não promoverem o desmatamento, sob pena de perderem o direito ao beneficiamento econômico.

O Estado do Amazonas possui, atualmente, 41 (quarenta e uma) unidades de conservação estaduais. Desta forma, o Programa Bolsa Floresta mostra-se como pioneiro na região amazônica ao instituir um instrumento de compensação econômica, objetivando, prioritariamente, o desenvolvimento sustentável e a conservação florestal por meio da contenção do avanço do desmatamento, mais especificamente, nas unidades de conservação estaduais.

Um aspecto fundamental trabalhado no Programa Bolsa Floresta é a participação das comunidades tradicionais das unidades de conservação na proteção ambiental. Com isso, busca-se o ecodesenvolvimento que, de acordo com Ignacy Sachs, significa que a proteção das áreas ecologicamente valiosas, em face de pressões insustentáveis resultantes das atividades dos povos que vivem nessas áreas e no seu entorno, deve partir de esforços em três sentidos:

- identificando, criando e desenvolvendo alternativas sustentáveis de recursos de biomassa e renda;
- envolvendo as pessoas que vivem nos entornos das áreas protegidas, nos planos de conservação e gestão da área;
- cultivando a conscientização da comunidade local quanto ao valor e à necessidade de proteção da área, assim como aos padrões

de sustentabilidade de um crescimento local apropriado. (2002, p. 72-73).

Acrescente-se que a compensação econômica para a proteção da biodiversidade, apesar de ser um instrumento inovador inexplorado na doutrina pátria e pouco utilizado como mecanismo de política pública, pode, por meio do Programa Bolsa Floresta, mostrar-se como eficaz para a conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, na forma idealizada pelo legislador constitucional no art. 225.

2 O regime constitucional brasileiro de proteção do meio ambiente como origem do ideário de desenvolvimento sustentável contido no Programa Bolsa Floresta

O legislador constitucional, com a Carta Magna de 1988, introduziu um novo regime jurídico de proteção socioambiental, possibilitando a utilização do poder estatal para interferir nas práticas sociais de forma a assegurar a plenitude dos direitos fundamentais, dentre os quais destaca-se o direito ao desenvolvimento sustentável.

De acordo com Gina Marcílio Pompeu (2008, p. 84), a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, chamada de Constituição Cidadã, foi elaborada com o objetivo de estabelecer uma nova ordem jurídica para o Estado brasileiro, movida pelo espírito democrático, com um formato liberal e ao mesmo tempo intervencionista.

Conforme José Afonso da Silva (2000, p. 92), a elaboração da Constituição Federal de 1988 foi realizada mediante ampla participação popular e voltou-se para a plena realização da cidadania. O documento introduz no direito pátrio diversas normas que objetivam assegurar direitos individuais, coletivos e difusos, dentre os quais se situa o nosso mais amplo objeto de estudo: a busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, preconizada no artigo 225.

Observa-se, ainda, que por meio da Carta Constitucional de 1988, possibilitou-se ao Estado o exercício da prerrogativa de exigir de todos, inclusive das próprias instituições públicas, uma postura ativa para o equacionamento das questões ambientais, visando à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a ponto de, no art. 170, estar descrita a defesa do meio ambiente como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Não se objetiva a estagnação econômica ou a inércia produtiva para a tutela do meio ambiente. Todas as atividades econômicas devem, todavia, observar a

conservação das características ambientais, para a manutenção da sadia qualidade de vida, tal como está descrito no art. 225.

Conforme Marcelo Abelha Rodrigues, “[...] até para assegurar a sua existência a economia precisou revisitar seus conceitos acerca do meio ambiente” (2002, p. 91).

É nesse cenário que toma forma o conceito de desenvolvimento sustentável que, voltado para a realidade econômica de nosso país, enuncia que o exercício das atividades potencialmente geradoras de riquezas não deve ser dissociado da realidade socioambiental dos espaços geográficos abrangidos, ou seja, todas as práticas econômicas no território brasileiro devem propiciar a manutenção das características naturais do ambiente essenciais à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Segundo Aurélio Virgílio Veiga Rios e Carlos Teodoro Hugueney Irigaray (2005, p. 18), a primeira conceituação oficial de desenvolvimento sustentável agregava os elementos de tempo e espaço ao conceito e foi divulgado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1987 como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.

Observe-se que esse conceito surge somente após o advento da revolução industrial, a qual resultou em degradação ambiental sem precedentes na história da humanidade, em detrimento do chamado progresso civilizatório.

Por causa da revolução industrial, uma considerável parcela da biodiversidade do planeta foi devastada para dar lugar aos centros urbanos que concentravam o capital operário das indústrias, pessoas ligadas ao comércio e migrantes do campo atrás das oportunidades.

Os processos de transformação da natureza iniciados na época, objetivando a geração de riqueza, deram origem às mazelas socioambientais contemporâneas.

Como resultado, temos a problemática atual global pautada na relação antinômica entre o progresso civilizatório e o meio ambiente, resultando em mudanças incalculáveis nos ecossistemas que possibilitam a própria vida humana em nosso planeta.

Diante das declaradas “incertezas científicas”, procura-se a postergação das práticas ambientalmente saudáveis, resultando no que podemos constatar hoje: uma sociedade que cresce economicamente na medida em que aumenta a degradação ambiental.

Nesse contexto de progresso, medidas como o incentivo dos mecanismos de difusão do conhecimento ambiental, a adoção de rigor fiscalizatório nas atividades degradantes do meio ambiente, a exigência de estudos e avaliações técnicas na instalação de empreendimentos potencialmente causadores de

significativa degradação ambiental, a tributação das atividades que não possuem responsabilidade socioambiental, o beneficiamento econômico das atividades que promovem o desenvolvimento sustentável, além de outras medidas correlatas, demonstram que o Estado possui um papel fundamental na manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, tal como está descrito no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Dito isso, destacamos ainda o conceito de unidade de conservação, descrito na Lei n.º 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC. Segundo a citada Lei, unidade de conservação é o espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (inciso I do art. 2º).

Ademais, pode-se dizer que a utilização da compensação econômica e o incremento de práticas sustentáveis de produção objetivando a proteção ambiental, conforme se pretende por meio do Programa Bolsa Floresta, promovem uma ordem econômica respeitadora do meio ambiente constitucionalmente protegido, em consonância com o inciso VI do art. 170 e o art. 225, ambos da Constituição de 1988.

Acerca da ordem econômica presente na Constituição de 1988, leciona Derani (2008, p. 179) que:

A Ordem Econômica presente na Constituição de 1988 é nitidamente voltada à estabilização econômica, através de atividades conjuntamente desenvolvidas pelo Estado e agentes privados, visando cristalizar bases para o desenvolvimento. Isso revela uma opção jurídica pela orientação global da economia, afastando a idéia do Estado como ator pontual das relações econômicas, prestando o que chamaria de “socorros emergenciais” àquilo que seria exclusivo campo dos particulares. É por esta valorização da participação do Estado, que se pode falar de políticas públicas do desenvolvimento, por intermédio das quais ao Estado caberia definir diretrizes (*políticas*) capazes de estabelecer uma “economia planificada”, impondo a salvaguarda de fatores que assegurariam uma relação de mercado sustentável a longo prazo. Ao Estado caberia esta visão mais estendida no tempo, impossível de se impor nos relacionamentos imediatistas e particularizados que caracterizam as relações dos agentes na produção capitalista.

O Programa Bolsa Floresta é um instrumento de política pública, voltado para a salvaguarda do meio ambiente. Seu objetivo – alcançar o desenvolvimento sustentável, por meio da realização das atividades socioeconômicas pelas comunidades tradicionais residentes nas unidades de conservação do Estado do Amazonas, com responsabilidade socioambiental – está galgado nos valores fundamentais defendidos pela Constituição Federal de 1988, dentre os quais se destaca o direito ao desenvolvimento sustentável, descrito no art. 225, e o direito a existência de uma ordem econômica respeitadora do meio ambiente, conforme o descrito no inciso VI do art. 170.

3 Os fundamentos da compensação econômica como instrumento de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável

A sociedade contemporânea evidencia a relação contraditória existente entre a economia e o meio ambiente. Algumas vezes, essa relação ocorre sob a forma de impactos predatórios objetivando a geração de capital, como no caso da ocorrência de externalidades negativas, proporcionada por aspectos como a contaminação do ambiente decorrente de atividade industrial, objetivando minimizar os custos da produção etc.

Por outro lado, também é possível a utilização de mecanismos de economia para que seja proporcionada a preservação ambiental, por meio, por exemplo, da instituição de compensação econômica objetivando o desenvolvimento sustentável, como ocorre no Programa Bolsa Floresta.

Com propriedade, André Franco Montoro Filho (2008, p. 569) leciona que

[...] Há uma externalidade negativa quando a atividade de um agente econômico afeta negativamente o bem-estar ou o lucro de outro agente e não há nenhum mecanismo de mercado que faça com que este último seja compensado por isto.

No atual modelo econômico global, galgado no modo de produção capitalista e motivado pela livre concorrência e iniciativa, verifica-se um aumento sem precedentes das externalidades negativas impactantes na natureza, também chamadas de custos sociais.

Conforme Spencer (1979, p. 325-326), pela teoria econômica clássica, o funcionamento de um mercado livre assegura que o sistema de preços alocará, automaticamente, recursos aos seus usos socialmente mais eficientes, porém, nem sempre com efeitos positivos quanto ao trato de fatores ambientais, pois empresas, quando maximizam os lucros, geram efeitos colaterais adversos, sob

a forma de ambientes poluídos, que se transformam nos custos reais suportados pela sociedade.

Com seu processo produtivo, o homem relaciona-se com a natureza apropriando-se dos seus bens de titularidade difusa, como o ar, por exemplo, para gerar a riqueza privada em detrimento do interesse público. Nesse contexto, vale observar os ensinamentos de Samuelson e Nordhaus (1999, p. 325-326) sobre os recursos apropriáveis e os inapropriáveis, que causam as externalidades, senão vejamos:

Na análise dos recursos naturais, os economistas fazem duas distinções essenciais. A mais importante diz respeito à natureza dos recursos apropriáveis ou não apropriáveis[...]. Os recursos naturais apropriáveis incluem a terra (cuja fertilidade pode ser aproveitada pelos agricultores que vendem trigo e vinho produzido na terra), os recursos minerais, como o petróleo e gás (em que o proprietário pode vender no mercado o valor da jazida do mineral) e as árvores (em que o proprietário do terreno pode vendê-los ao mais alto preço). Num mercado a funcionar bem, é de esperar que os recursos naturais apropriáveis sejam devidamente valorizados e aplicados. Mas temos que ter cuidado para não generalizar. Uma segunda classe de recursos naturais, conhecidos como recursos inapropriáveis, pode efetivamente causar problemas econômicos. Um recurso diz-se “inapropriável” quando é livre para um indivíduo, mas tem custos para a sociedade. Por outras palavras, recursos inapropriáveis são os que envolvem externalidades.

A ocorrência das externalidades negativas decorrente da apropriação de recursos inapropriáveis tem sido uma das principais causas da degradação do meio ambiente sem precedentes, verificada na atualidade. A sociedade, de um modo geral, por sua vez, adotou um padrão de consumo elevado, que não pode ser suportado pelos recursos existentes no planeta.

Segundo Butzke, Ziembowicz e Cervi (2006, p. 29-30), dentre as principais causas do atual desequilíbrio ambiental, destacam-se as seguintes:

1. o rápido crescimento da população humana nos últimos séculos e a conseqüente demanda pelos recursos naturais;
2. o célere avanço da ciência e tecnologia, elevando o padrão de vida da população humana, por um lado e, por outro, colocando à disposição do homem uma cada vez maior e mais diversificada quantidade de bens de consumo, aliada a uma crescente demanda de conforto e bem-estar, colaboram para a modificação dos ecossistemas, destruindo habitats, dizimando grande número de espécies

animais e vegetais, o que se caracteriza como perda de grande parte da biodiversidade do planeta;

3. a perda gradativa da água no planeta, como consequência da modificação das condições ambientais;

4. a poluição ambiental pelo aumento da geração de resíduos industriais e domésticos, bem como de efluentes e gases tóxicos industriais, de diferentes composições e graus de concentração, prejudiciais à espécie humana, aos animais vegetais e microorganismos aquáticos e terrestres, importantes copartícipes na manutenção dos ciclos de matéria e fluxos de energia na biosfera.

No atual contexto de desenvolvimento, faz-se fundamental a instituição de instrumentos econômicos visando à salvaguarda dos recursos ambientais, os quais estão cada vez mais escassos, gerando diversas incertezas quanto ao futuro da humanidade.

Segundo Milton H. Spencer (1979, p. 326), a questão é que devem ser desenvolvidos mecanismos modificados de mercado, e outros extramercados, para alocar recursos quando os custos internos ou privados das empresas diferem substancialmente dos seus custos sociais.

Portanto, é importante incentivar, por meio de atos de intervenção do Estado na economia e de políticas públicas, as práticas ambientais saudáveis, impondo limites ao conflito entre indivíduos e natureza, proporcionando uma qualidade de vida às presentes e futuras gerações.

Segundo Mankiw (2007, p. 213), em vez de regulamentar o comportamento em resposta às externalidades negativas, o Estado pode usar políticas baseadas no mercado para alinhar incentivos privados com eficiência social como, por exemplo, internalizando os custos sociais decorrentes da atividade produtiva, tributando as atividades potencialmente causadoras de danos ambientais e subsidiando atividades que tragam externalidades positivas.

Como diversas atividades socioeconômicas hodiernamente são exercidas sem a menor preocupação com a manutenção dos recursos naturais, mediante o instrumento da compensação econômica ocorre a valorização daquelas práticas que possuem uma relação harmônica com o meio ambiente.

Dentre os objetivos da Lei n.º 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil, está a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico e a preservação dos recursos ambientais, com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente (art. 4º, incisos I e VI).

Analisando o dispositivo supra, podemos concluir que o pagamento de compensação econômica objetivando o desenvolvimento sustentável e a proteção

ambiental está em plena consonância com os objetivos em destaque da Lei n.º 6.938/81, o que aufero ao instituto sob análise pertinência e validade jurídica.

Um dos postulados básicos da compensação econômica como instrumento de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável é o princípio da prevenção, segundo o qual deve-se priorizar a adoção de medidas preventivas visando à não ocorrência do dano ambiental.

Segundo Leite (2004, p. 71), “o objetivo fundamental perseguido pelo princípio da prevenção é, fundamentalmente, a proibição da repetição da atividade que já se sabe perigosa”.

Por meio do Programa Bolsa Floresta a proibição em questão é facilmente percebida, tendo em vista que a compensação econômica não ocorrerá na medida em se repete a atividade de desmatamento. Com isso, a compensação econômica das comunidades tradicionais nas unidades de conservação do Estado do Amazonas pode ser vista como um instrumento de prevenção.

A compensação econômica contida no Programa Bolsa Floresta está prevista no art. 5º da Lei n.º 3.135/2007, como foi dito no primeiro capítulo. Trata-se de pagamento direto às comunidades tradicionais por serviços ambientais prestados dentro das unidades de conservação do Estado do Amazonas.

Os serviços ambientais de que trata o dispositivo podem ser entendidos como os benefícios fornecidos gratuitamente pela natureza, que proporcionam o bem-estar e a sobrevivência do ser humano.

O projeto de lei n.º 5.487/09, que institui a Política Nacional dos Serviços Ambientais e, atualmente, está em trâmite na Câmara dos Deputados, conceitua serviços ambientais da seguinte forma:

Art. 2º. Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - serviços ambientais: serviços desempenhados pelo meio ambiente que resultam em condições adequadas à sadia qualidade de vida, constituindo as seguintes modalidades:

- a) serviços de provisão: serviços que resultam em bens ou produtos ambientais com valor econômico, obtidos diretamente pelo uso e manejo sustentável dos ecossistemas;
- b) serviços de suporte e regulação: serviços que mantêm os processos ecossistêmicos e as condições dos recursos ambientais naturais, de modo a garantir a integridade dos seus atributos para as presentes e futuras gerações;
- c) serviços culturais: serviços associados aos valores e manifestações da cultura humana, derivados da preservação ou conservação dos recursos naturais;

Os serviços ambientais existem na medida em que, provindo da natureza, representam um benefício para a qualidade de vida. Um típico exemplo de serviço ambiental proporcionado pelas florestas é o estoque de carbono, diminuindo o efeito estufa e retardando o aquecimento do planeta.

A compensação econômica surge tendo em vista a necessidade do pagamento pelos esforços na manutenção dos serviços ambientais. Logo, dependendo do grau de importância do serviço ambiental para a qualidade de vida e da possibilidade de interferência antrópica nesse serviço, poderá haver uma maior ou menor compensação econômica, dentro da atual lógica de mercado.

O inciso II, do art. 2º do projeto de lei n.º 5487/09 conceitua pagamento por serviços ambientais como a retribuição, monetária ou não, às atividades humanas de restabelecimento, recuperação, manutenção e melhoria dos ecossistemas que gerem serviços ambientais e que estejam amparadas por planos e programas específicos.

Da mesma forma, o projeto de lei conceitua como pagador de serviços ambientais, aquele que provê o pagamento desses serviços, conforme o inciso II, e receptor do pagamento pelos serviços ambientais aquele que restabelece, recupera, mantém ou melhora os ecossistemas no âmbito de planos e programas específicos, podendo perceber o pagamento (inciso IV).

Logo, podemos estabelecer como requisitos da compensação econômica e instrumentos de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável: a existência de um serviço ambiental indispensável à sadia qualidade de vida; a possibilidade de manutenção desses serviços por indivíduos, os quais serão os receptores do pagamento; e, por fim, a existência de um pagador que realiza o pagamento direto, em pecúnia, desses serviços ambientais.

Com isso, podemos concluir que o conteúdo da espécie de compensação econômica abordada no presente artigo é o pagamento direto, em pecúnia, objetivando o exercício ou o não, de uma ou mais atividades socioeconômicas, visando ao desenvolvimento sustentável e à proteção da biodiversidade.

4 Considerações finais

Apesar de ser um instrumento jurídico-econômico de proteção ambiental pouco explorado no Brasil, a compensação econômica para a proteção da biodiversidade poderá, em pouco tempo, vir a ser um dos principais meios de alcance do desenvolvimento sustentável para as comunidades tradicionais residentes nas áreas protegidas da região amazônica.

Não são ínfimos os esforços dedicados pelo poder público para que haja a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como desejou o legislador constitucional por meio do art. 225 da Carta Magna de 1988.

Se, por um lado, algumas atividades econômicas ainda exploram os recursos naturais de forma predatória, desrespeitando os mandamentos legais; por outro, o Estado vem trabalhando novos instrumentos e políticas públicas, capazes de conciliar o exercício dessas atividades com a proteção ambiental.

Indubitavelmente, o meio ambiente não pode ser apropriado para mudanças nas suas características biológicas, que acarretem em prejuízo na qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Não condiz com os ditames de justiça social e ambiental que a sociedade suporte as externalidades negativas provocadas pelo desenvolvimento de determinadas atividades econômicas, as quais geram riquezas ao particular.

Portanto, cabe ao Estado agir, por meio dos instrumentos jurídico-econômicos colocados à disposição pelo legislador, como, por exemplo, a tributação das atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental, a responsabilização dos causadores dos danos ambientais, a compensação econômica aos esforços de conservação etc.

Nesse contexto, o Programa Bolsa Floresta, criado pela Lei n.º 3.135/2007, do Estado do Amazonas, mostra-se como um modelo essencial a ser seguido, objetivando a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentável na Região Amazônica.

O impacto socioambiental do programa mostra-se evidente, uma vez que a realização de oficinas de educação ambiental possui o condão de despertar nos indivíduos a consciência ecológica, além de que o beneficiamento econômico das comunidades tradicionais abrangidas pelo programa constitui fator de motivação contínua para a preservação do meio ambiente nas unidades de conservação.

É certo que somente a compensação econômica não é suficiente para atingir-se os objetivos propostos pelo Programa Bolsa Floresta. Neste passo, a implementação dos programas de apoio mostra-se fundamental para o sucesso do programa, pois favorece a integração social para a proteção ambiental.

Ademais, o ideário do desenvolvimento sustentável das comunidades tradicionais residentes nessas áreas protegidas é fator importante do programa, pois se prioriza a adoção de práticas sustentáveis, sem a perda da qualidade de vida.

Referências

BUTZKE, A.; ZIENBOWICS, G.; CERVI, J. R. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. Caxias do Sul: Ed. Educus, 2006.

DA SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FUNDAÇÃO AMAZÔNIA SUSTENTÁVEL. *Relatório de atividades do programa Bolsa Floresta e Plano de Trabalho 2008*. Manaus: 2008.

FURASTÉ, P. A. *Normas técnicas para o trabalho científico: elaboração e formatação*. 14. ed. Porto Alegre: s.n., 2007.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MANKIW, N. G. *Introdução à economia*. Tradução Allan Vidigal Hastings e revisão técnica de Carlos Roberto Martins Passos. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

MILARÉ, E. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

POMPEU, G. M. (Org.) *Estado, constituição e economia*. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz – Universidade de Fortaleza, 2008.

RIOS, A. V. V.; IRIGARAY, C. T. H. (Orgs.). *O direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: IEB – Instituto Internacional de Educação do Brasil, 2005.

RODRIGUES, M. A. *Instituições de direito ambiental: volume I (Parte Geral)*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SAMUELSON, P. A.; NORDHAUS W. D. *Economia*. Tradução e revisão técnica de Elsa Nobre Fontainha. 16 ed. Lisboa: Editora McGraw-Hill, 1999.

SPENCER, M. H. *Economia contemporânea*. Tradução Augusto Reis e revisão técnica de José Carlos de Castro). São Paulo: Fundo Educativo Brasileiro, 1979.

VIANA, V. *As florestas e o desenvolvimento sustentável na amazônia*. Manaus: Valer, 2006.

Artigo recebido em 31/08/2009

Aceito para publicação em 18/02/2010

FUNÇÃO SOCIAL DO USO DE BENS PÚBLICOS: NATUREZA JURÍDICA E REQUISITOS DA OUTORGA DE USO DA ÁGUA E DE SUA RESPECTIVA COBRANÇA

SOCIAL FUNCTION OF THE USE OF PUBLIC PROPERTY:
JURIDICAL NATURE AND REQUIREMENTS FOR A PERMIT FOR
USAGE OF WATER AND ITS REVENUE

.....
Luiz Marcello de Almeida Pereira¹

Sumário

1.Introdução. 2. Propriedade e função social. 3. A água é bem público. 3.1 Regime jurídico da água enquanto bem econômico. 3.2 Domínio da água. 4. Uso dos recursos hídricos: outorga e cobrança. 4.1 Outorga. 4.2 Cobrança gera internalização de externalidades negativas. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1.Introduction. 2. Property and social function principle. 3. Water is a public property. 3.1 Regulation of water as economic domain. 3.2 Property of water. 4. Use of water resources: permit and charging. 4.1 Permit. 4.2 Charging generates internalization of negative externalities. 5. Final remarks. Reference.

Resumo

O artigo propõe que o princípio da função social da propriedade se aplica à outorga de uso da água. Há uma primeira discussão sobre a função social e o sentido constitucional do princípio. A partir de noções próprias da teoria do ordenamento jurídico e do Estado, se estabelece a vinculação entre a função social da propriedade, do Estado e do ordenamento, positivadas no artigo 3º da Constituição da República atual. Segue exame do regime da água enquanto bem econômico e também sobre a titularidade e a tipicidade de seu domínio. Aprofunda-se, então, sobre a natureza jurídica e a forma típica do ato administrativo da outorga, bem como da cobrança referente ao uso. Após a determinação destas premissas, a conclusão se faz pela aplicabilidade do princípio à outorga.

Palavras-chave: Outorga do uso da água. Função social da propriedade. Função social do uso de bem público.

¹ Mestre em direito pela UNIMAR, professor de Direito Constitucional e História do Direito no Centro Universitário Estácio de Sá, em Salvador-BA.

Abstract

The article states the applicability of the social function of property principle to the permit for water use. The first discussion is about the constitutional meaning of the principle. The third article of the Brazilian Constitution gives the key to understand the social function of property. The next step is examining the rule of water as an input in the economy and also the legal type of domain that applies to water. The specification of the permit for water use is the next subject, concerning its typical juridical nature and the nature of charging for it. After setting these premises, the conclusion is for the applicability of the principle as a criterion to the permit for water use.

Key-words: Permit for water use. Social function of property social function of water use.

1 Introdução

O presente artigo propõe a função social como critério constitucionalmente obrigatório para a concessão de outorga de uso de água.

A afirmativa principal é que o direito ao uso da água, tanto quanto o direito à propriedade (posto que se trate de direito de gozo privilegiado de bem), tem como critério de legitimidade a obediência à sua função social. Para tanto, se analisam as noções de propriedade e função social, como definidas constitucionalmente, e posteriormente se determina o regime da água, inclusive sua propriedade e forma de atribuição de seu uso.

A função social da outorga, tanto quanto a função social da propriedade, se submete à regra geral da função social do ordenamento. A função social da outorga deve correr, portanto, no mesmo curso do mandamento constitucional (CR, Art. 3º) que estabelece os objetivos da República. Não há, portanto, direito à outorga, se o uso se chocar com a construção de sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento social, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades regionais e sociais ou a promoção do bem de todos, sem discriminação.

2 Propriedade e função social

A Constituição da República estabelece que “a propriedade atenderá sua função social” no seu Art. 5º, XXIII, estabelecendo no Art. 170, III, a mesma “função social da propriedade” como “princípio da ordem econômica”. Eros Roberto Grau, analisando as diferenças entre o regime da propriedade antes e depois da obrigatoriedade de atender a função social, enxerga nesta evolução,

como afirmou André Piettre [...], a revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade pela origem (família, dote, estabilidade dos patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, *que a justifica pelo seu fim, seus serviços, sua função*².

Trata-se de conflito entre concepções culturalmente divergentes. A romana é análoga àquela do início da modernidade, liberal e próxima do direito natural. A grega é análoga à contemporânea, próxima da concepção de direito como instrumento de organização social e da efetivação de políticas de Estado ou de Governo³.

Na Roma clássica, o fundamento do ordenamento era a tradição, ou seja, a repetição do passado. Assim, o direito não era visto como um instrumento, mas como resultado. Nesta hipótese, ele era obedecido e mesmo aplicado como imperativo absoluto. O fundamento de crítica a este ordenamento não eram as consequências práticas de sua concretização, mas apenas sua adequação aos mandamentos tradicionais.

Na Ática antiga, o fundamento do ordenamento era a razão, ou seja, o que se desenha para o futuro. Assim, o direito não era visto como resultado, mas como instrumento. Nesta hipótese, ele era obedecido e mesmo aplicado com vistas à sociedade que se pretendia construir. O fundamento de crítica a este ordenamento não era a tradição, mas sim seus efeitos na sociedade. Ao fundar o ordenamento na razão, a Ática apontava para a possibilidade de, pragmaticamente, negar proteção a qualquer direito, quando seu exercício fosse socialmente nocivo.

Com a vitória da razão, compreende-se que a forma das criações humanas deve-se subordinar à função que desempenharão. Daí a importância, cada vez maior, da interpretação teleológica do ordenamento. No direito (ordenamento), a forma é positivada em textos que limitam circunstâncias de tempo e espaço, requisitos, condições, procedimentos, liberdades ou competências que estabelecem o que é aquele instituto. A função é a proteção do bem juridicamente relevante. No Direito (ciência), a forma se expressa no conjunto das normas jurídicas, criadas pelo interprete com base no ordenamento, que definem o regime do dado instituto. As normas infraconstitucionais ganham significado a partir do conteúdo deontológico atribuído à Constituição. O regime do direito à propriedade está subordinado ao atendimento de sua função social. A própria essência da propriedade se define pela função social, pela finalidade que se busca atingir por sua positivação.

2 GRAU, E. R. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 113.

3 Rica explanação relacionada ao tema se encontra em FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 21-29.

O Estado congrega recursos sociais. É característica desta forma de organização social a gestão, pelo ente político supremo, de recursos da economia; decorre daí que deva atuar em prol desta sociedade que o suporta. Teóricos de todos os matizes ideológicos se debruçam sobre o tema, nenhum olvidando que a função do Estado seja perseguir o “bem comum”. O criador da expressão, Rousseau, definia este como objeto da “vontade geral” da sociedade, entretanto Chaïm Perelman ressalta:

Querer opor, como faz Rousseau, a vontade geral, sempre reta, à vontade de todos, frequentemente induzida em erro, é justificar de antemão todas as tiranias, pois é evidente que o tirano sempre conhece melhor que o povo os “verdadeiros” interesses deste último⁴.

A definição do bem comum em cada caso concreto ou abstrato se coloca como *decisão política*, submetida à Constituição da República, entendida como formalização das decisões políticas fundamentais dos titulares da soberania. Daí a legitimidade da determinação da finalidade do ordenamento e do Estado no Art. 3º da nossa Constituição, inserida no Título em que se encontram as “decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu”⁵. As decisões mais particulares se submetem aos princípios que formalizam as decisões mais gerais, assim como os dispositivos normativos hierarquicamente inferiores se submetem aos superiores.

Assim, a função última de todo direito se identifica com as finalidades da República, determinadas pelo Art. 3º da Constituição.

Além da generalização acima definida, os direitos fundamentais têm funções específicas: negativas (de proibição ou dever de abstenção pelo Estado) e positivas (de obrigação ou dever de ação pelo Estado). Segundo Canotilho, elas são as funções de defesa ou de liberdade, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação⁶, a primeira negativa e as três últimas positivas. O direito à propriedade, segundo esta ideia, consiste na exclusividade de uso, fruição e disposição de bens (perante o Estado e terceiros) e na obrigação, ao Estado, de empenho para prover condições materiais do seu gozo (a todos, sem discriminação).

O ordenamento deriva seu sentido dos princípios constitucionais fundamentais, sempre em conexão com a realidade social que os atualiza. O exercício dos direitos fundamentais é legítimo apenas enquanto não fere a sociedade. Eles são protegidos como forma de alcançar as finalidades que a

4 PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 201.

5 SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 95.

6 CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Lisboa: Almedina, s/d., p. 383-386.

Constituição determinou para a República e para o ordenamento, ou seja, “se o proprietário não cumpre e não se realiza a função social da propriedade, ele deixa de ser merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico, desaparece o direito de propriedade”⁷.

A função social da propriedade está ligada ao seu uso de maneiras socialmente relevantes, de forma: a) a inserir o bem na cadeia produtiva, de maneira a obedecer aos mandamentos do Art. 170 da Constituição da República (o desenvolvimento nacional está no inciso II do seu Art. 3º); b) a promover distribuição equitativa de renda, recursos ou serviços para toda a sociedade (em obediência aos incisos III e IV do Art. 3º); e c) a promover a construção de sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I). Função social é função justa, justa para com toda a sociedade.

3 A água é bem público

Assim, o bem deve ter uso e quanto maior for este uso (desde que legítimo), maiores serão os benefícios que advirão dele para a sociedade. Isso vale para os bens privados, como também para os bens públicos. Neste sentido:

Note-se que o poder público tanto pode restringir como pode ampliar o uso de bens públicos [...]. Quando amplia, está atendendo ao princípio da função social da propriedade pública, uma vez que está cumprindo o dever de garantir que a utilização dos bens públicos atenda da forma mais ampla possível ao interesse da coletividade.⁸

Bens públicos, por serem recursos sociais, inexoravelmente devem servir à finalidade do bem comum (não é inexorável, entretanto, que efetivamente sirvam, por óbvio). Cabe perquirir sobre distinções entre as categorias de bens públicos, gênero com três espécies, segundo o Art. 99 do Código Civil: a) os bens de uso comum; b) os de uso especial; e c) os dominicais. Não interessa investigar em pormenor, no escopo do presente estudo, os de uso especial e os dominicais, já que a água é bem de uso comum. Sobre estes, Di Pietro leciona que “não é demais repetir que a destinação pública é inerente à própria natureza jurídica dos bens de uso comum do povo [...], porque eles estão afetados a fins

7 SILVEIRA, D. S. D. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SILVEIRA, D. S. D.; XAVIER, F. S. (Orgs.) *O direito agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1988, p. 14.

8 DI PIETRO, M. S. Z. Função social da propriedade pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2006.

de interesse público, seja por sua própria natureza, seja por destinação legal”⁹. Bandeira de Melo também afirma que os de uso comum têm afetação estabelecida em lei ou decorrente de sua natureza, ou do “destino natural” do bem, citando expressamente os recursos hídricos¹⁰.

Pode haver, no âmbito do regime dos recursos hídricos, a outorga para que terceiros os usem, seriam pessoas (privadas ou públicas), diferentes das titulares de seu domínio. Em verdade as pessoas responsáveis pela formalização da outorga também não são titulares destes domínios, mas o problema se resolve pela atribuição legal de competência para tanto e pelo claro fundamento constitucional das leis em questão (Art. 21, XIX da Constituição da República). Esta outorga deve garantir o maior uso possível dos ditos recursos, também em decorrência do quanto já se afirmou, até o momento, sobre o direito à função social da propriedade, ou seja,

as águas públicas podem atender a inúmeros objetivos, alguns de uso comum, como a navegação, outros de uso privativo, como a derivação para fins agrícolas ou industriais, ou para execução de serviço público, como a produção de energia elétrica e o abastecimento da população, como também podem atender simplesmente às primeiras necessidades da vida¹¹.

Fundamental é que estes usos se sobreponham harmoniosamente, se sucedam no tempo e no espaço e se multipliquem. A Lei Federal 9.433/97, em consonância com o imperativo constitucional, determina (logo em seu Art. 1º, IV) que um dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos seja exatamente o “uso múltiplo das águas”.

Não obstante sua multiplicidade, alguns usos dos recursos hídricos, os mais economicamente relevantes dentre eles, inclusive, serão outorgados. São estes usos que, argumenta-se aqui, devem ter clara função social, sem a qual a outorga é inconstitucional.

3.1 Regime jurídico da água enquanto bem econômico

O Direito Ambiental é aqui tratado como parte do Direito Econômico. É o pensamento de Paulo de Bessa Antunes, por exemplo, ao ressaltar que o “Direito do Meio Ambiente é dotado de instrumentos específicos que o capacitam

9 DI PIETRO, M. S. Z. Função social da propriedade pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2006.

10 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 557.

11 Idem.

a atuar na ordem econômica, de molde a configurar um determinado padrão de desenvolvimento”¹².

O regime jurídico da gestão dos recursos hídricos organiza a exploração dos corpos d’água, objetivando sua distribuição social condizente com os preceitos constitucionais, quer para consumo imediato, quer para utilização destes recursos como insumos para a oferta de bens ou serviços. A partir desta linha, passa a fazer sentido mais profundo a presença da defesa do meio ambiente no Art. 170, VI, da Constituição da República. É que um dos traços importantes do perfil constitucional de desenvolvimento é, exatamente, a sustentabilidade e o respeito ao direito difuso aos recursos naturais. É o prisma sob o qual se deve entender o domínio dos recursos hídricos, a outorga de seu uso e a decorrente cobrança. Os recursos hídricos são importantes para o desenvolvimento econômico do país, mas também são recursos a se resguardarem para manutenção da vida presente e futura.

Claro, a humanidade futura não pode ser titular de direito algum, já que não existe materialmente, apenas povoa as esperanças e expectativas das gerações atuais. Entretanto, é direito da sociedade contemporânea, direito de titularidade difusa, manter estas esperanças e expectativas. É essencial, para a fundamentação ética do ordenamento jurídico, garantir as condições materiais de subsistência e mesmo de transformação da civilização partilhada atualmente.

A Constituição obriga a intervenção do Estado na atividade econômica. Eros Roberto Grau, após extensa e profícua discussão¹³ sobre a expressão atividade econômica, propõe que ela denomine dois objetos, relacionados. Em sentido amplo, a expressão define todas as atividades voltadas “à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos”¹⁴. Incluem-se nesta categoria tanto as atividades privadas quanto os serviços públicos. Em sentido estrito, como sinônimo de domínio econômico, atividade econômica denomina apenas as legadas à iniciativa privada, ainda que sob regulamentação pública.

Observando os termos estipulados por Eros Grau, tem-se que o Estado intervém no campo da atividade econômica em sentido estrito por absorção (monopólio) ou participação (competição). Intervém sobre o domínio econômico por direção ou indução¹⁵. Nas intervenções por direção, o Estado impõe comportamentos sob sanções negativas importantes, regendo mais incisivamente o domínio econômico. As intervenções por indução colocam-se em outro plano, no das sanções premiaias, em que certos comportamentos são estimulados.

12 ANTUNES, P. B. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 19.

13 GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 123 ss.

14 Idem, ibidem, p. 133.

15 Idem, ibidem p. 159.

Pode-se ver relação entre a defesa do meio ambiente e as intervenções econômicas hoje existentes, sob suas modalidades de absorção ou participação, direção e indução¹⁶. As normas de utilização dos recursos hídricos incluem direção e indução, além da possibilidade de participação.

É fundamental, para se compreenderem os limites jurídicos das decisões sobre a gestão dos recursos hídricos, definir a titularidade do domínio destes recursos, o regime da outorga e da cobrança por seu uso. Afinal de contas, é este o objeto das decisões e são estas as normas que afetarão o domínio econômico e a vida cotidiana dos administrados.

Fenômeno econômico e jurídico, a propriedade dos bens de produção tem regime constitucional que se subordina à ideia de função social, já se sabe. O regime jurídico dos recursos hídricos inclui as normas que se referem ao seu domínio, bem como condições e eventual cobrança pelo seu uso, visando garantir níveis mínimos de qualidade e quantidade que sustentem o desenvolvimento econômico e humano presente e futuro. O regime da água está subordinado aos seus fins; a Política Nacional de Recursos Hídricos está subordinada aos objetivos prescritos no Art. 2º da Lei Federal 9.433/97, interpretados conforme o Art. 3º da Constituição da República.

O caminho para estes objetivos deve ser desenhado democraticamente, pois é fundamento da Política Nacional de Recursos Hídricos a gestão descentralizada, contando com a “participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades” (Art. 1º, VI, da Lei Federal 9.433/97).

3.2 Domínio da água

A natureza jurídica da água, como um bem, como coisa juridicamente qualificada, tem sofrido grandes alterações ao longo do tempo. Ordenamento e ciência jurídica são históricos, eles se constroem a partir do contorno histórico e refletem as contradições, valores, interesses e cultura típicos deste contorno.

Cite-se como exemplo o direito romano, com a sempre necessária observação de que, naquele contexto, “a propriedade não deve ser interpretada sob as mesmas luzes da propriedade existente no campo e nas cidades da sociedade capitalista, pois era diferente em significação, em uso e em finalidade”¹⁷. Primeiro, a água foi considerada *res nullius*, um bem sem titularidade, apropriável por qualquer um. A partir das Institutas, entretanto, ela passa a ser *res communis*, já

16 GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 123 et seq.

17 VÉRAS NETO, F. Q. *Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado*. In: WOLKMER, A. C. (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 96.

que “por direito natural as coisas a seguir pertencem a todos, nomeadamente: o ar, a água corrente, o mar e, por esta razão, o litoral marinho”¹⁸.

No Brasil contemporâneo, a interpretação dos Arts. 20 e 26 da Constituição da República deixa claro que a água é bem de domínio público, o que o Art. 1º, I, da Lei Federal 9.433/97 reafirma. O Art. 99 do Código Civil estreita a qualificação, inserindo a água dentre os bens de uso comum do povo, em contraposição aos bens de uso especial e aos dominicais.

O Art. 1º do Decreto 24.643/34 (Código de Águas) estabelecia que “as águas públicas podem ser de uso comum ou dominicais”. Há que se levar em consideração, entretanto, que os bens dominicais são alienáveis, enquanto as águas, segundo o Art. 18 da Lei 9.433/97, “são inalienáveis”. Assim, só há sentido no ordenamento se elas forem, como o são, bens públicos de uso comum do povo, incluindo-se o dispositivo do antigo Decreto dentre os revogados pelo Art. 57 da nova Lei. As águas pluviais, entretanto, continuam regidas pelo Código de Águas, Art. 102 e seguintes. Quanto a isto, a “Lei 9.433/97 não modificou as sábias regras de 1934”¹⁹.

A água é, portanto, bem público de uso comum. Sua titularidade é matéria constitucional. O Art. 20, III e VIII, da Constituição da República, estabelece quais são as águas da União, enquanto o Art. 26, I, estabelece as águas dos Estados. Quanto às águas superficiais, cabe observar que é da titularidade da União apenas o potencial hidrelétrico dos corpos estaduais. Não fosse suficientemente clara a Constituição, a Lei Federal 9.984/00, Art. 7º, § 1º, determina “quando o potencial hidráulico [de produção de energia elétrica] localizar-se em corpo de água de domínio dos Estados ou do Distrito Federal [...]”, límpida a inferência de que o potencial é da União, enquanto a água é do Estado (ou do Distrito Federal). Quanto às águas subterrâneas, pertencem aos Estados.

Disposição sobre assunto relacionado é o Código Florestal (Lei Federal 4.771/65), especificamente seu Art. 2º. Um dos critérios de definição de área de proteção permanente é a proximidade de corpos d’água (cursos de rios ou redor de lagoas, reservatórios e nascentes). O dispositivo não altera a propriedade dos bens, apenas atribui a eles um regime diferente. Além disto, [...] de preservação permanente é a flora que se encontre enquadrada dentro das condições mencionadas na lei federal”²⁰, mesmo que a *ratio* da lei seja “[...] a preservação da vegetação que protege os cursos d’água”²¹.

No tocante à água, entretanto, não há apenas direitos de titularidade individual, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é difuso (Art. 225 da Constituição da República). A água é essencial para este equilíbrio.

18 *Et quidem naturali jure communia sunt omnium, haec, aqua profluens, et mare et per hoc litora maris*, Institutas, Livro II, Título I, § I.

19 MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 415.

20 ANTUNES, P. B. *Direito ambiental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 48.

21 IDEM, p. 49.

Alterações na qualidade da água nos cursos hídricos, assim como em seu regime, têm claros efeitos no equilíbrio ecológico, daí o uso da água estar relacionado a este direito difuso.

4 Uso dos recursos hídricos: outorga e cobrança

Outra indagação, de fundamental importância para a atividade econômica, é o regime do uso dos recursos hídricos, ou seja, sobre os requisitos que permitem este uso, as condições em que se pode dar e as vedações ao seu exercício. Este é o regime das outorgas de uso dos recursos hídricos. Já que a propriedade dos recursos hídricos é pública, sua utilização depende de ato jurídico, regido por normas que determinam competência e formalizado de maneira previamente determinada. Trata-se de desdobramento do princípio da legalidade.

A outorga permite ao Estado controlar tanto a captação de água quanto a emissão de efluentes em seus corpos. É, portanto, instrumento fundamental para a implementação de uma política nacional de gestão de recursos hídricos. Em par com a discussão sobre a natureza jurídica da outorga (bem como sobre as suas limitações e relações com os direitos dos administrados), caminha a determinação de seu papel na implementação da Política e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Norma geral é que a água deve ter usos múltiplos, ressalvadas as eventualidades em que se devem observar prioridades. A Lei Federal 9.433/97 diz textualmente que “a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas” (Art. 1º, IV), entretanto em “situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação dos animais” (Art. 1º, III). Este o fundamento para outro mandamento constante no mesmo texto, o Art. 15, V, o qual permite a suspensão da outorga de uso, pelo outorgante, nos momentos de escassez. Ato vinculado quanto às condições e também quanto a seu conteúdo. Só pode haver a suspensão, em caso de escassez, para o uso humano e dessedentação animal.

4.1 Outorga

O termo outorga é utilizado tanto na Constituição da República quanto nos textos infraconstitucionais sobre recursos hídricos. Sua natureza jurídica é de ato administrativo, emanado, portanto, ao final de um procedimento administrativo. Há que se aprofundar a discussão sobre sua categorização pelo critério da forma (decreto, resolução, deliberação ou portaria) e de conteúdo típico (se de permissão, autorização, concessão ou licença), dadas as diferenças entre os institutos e suas consequências jurídicas. É assim que se poderá melhor

definir o regime jurídico a ser obedecido pelos empreendimentos econômicos ou sociais que dependam da outorga.

Será útil, antes de prosseguir, ressaltar que alguns usos de recursos hídricos são independentes de outorga. Em obediência ao princípio da legalidade, todos os comportamentos privados sem restrição em lei são permitidos, é a interpretação corrente do Art. 5º, II, da Constituição da República. Como o *caput* do Art. 12 da Lei 9.433/97 lista os casos em que a outorga é requerida, a interpretação sistemática leva à conclusão de que todos os usos que não constem dos incisos do dispositivo são permitidos, independem da outorga. O administrado pode fazer tudo que a lei não proíba. Entretanto, o inciso V, do Art. 12, ora em foco, é bastante aberto ao dizer que dependem de outorga “outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água”. A expressão é suficientemente vaga para abarcar quase qualquer comportamento privado de interação com qualquer “corpo de água”, considerados os adjuntos adnominais e a amplitude do conceito de corpo de água. Daí o sentido do § 1º do artigo mencionado logo acima, listando os casos cujo uso será independente de outorga. A regulamentação da lei poderá esmiuçar os casos do Art. 12, V, porém nunca a ponto de alcançar os casos do § 1º. É direito de todos a desnecessidade de outorga para uso de “pequenos núcleos populacionais” rurais (inciso I) ou os que forem considerados insignificantes (II e III) pelo regulamento – como se trata de direito, a restrição excessiva será inválida.

Na definição de Maria Sylvia Zanella di Pietro “autorização é o ato unilateral administrativo e discricionário, pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular se utilize bem público com exclusividade”²². Pode ser gratuita ou onerosa e tem característica importantíssima para este estudo: “não é conferida com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado do utente”²³. Daí sua maior precariedade, transitoriedade e conteúdo de faculdade, não dever, de utilização do bem pelo usuário. Com relação à discricionariedade, com ela concordam Hely Lopes Meireles e Celso Antonio Bandeira de Mello, calando sobre a onerosidade ou o dever de uso^{24,25}, bem com sobre todo o restante.

Permissão de uso, ainda nas palavras de Di Pietro, é “ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta a utilização privativa de bem público, para fins de interesse público”²⁶. A característica diferenciadora entre autorização e permissão é sua finalidade; daí decorre que a segunda obriga o usuário a exercer o uso, sob pena

22 DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 16. ed. . São Paulo: Atlas, 2003, p. 564.

23 Id., Ib.

24 LOPES MEIRELLES, H. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 171.

25 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 273.

26 Idem, ibem, p. 565.

de caducidade do ato, o que Hely Lopes Meirelles também afirma²⁷. Quanto ao prazo, a permissão também pode ser qualificada, gerando, neste caso, o direito subjetivo do permissionário até o termo pré-fixado para a utilização. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma a vinculação do ato, mormente quando se trata de permissão de serviço²⁸.

Seguindo ainda a mesma Di Pietro: “A concessão de uso é contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme sua destinação”²⁹. O caso de emprego de concessão é aquele em que a utilização do bem é mais onerosa para o usuário. Daí a fixação de prazos mais longos e a conseqüente necessidade de licitação. As concessões de uso podem ser de simples uso ou de exploração; temporárias ou perpétuas; remuneradas ou gratuitas; de utilidade pública ou privada; e autônoma ou acessória a concessão de serviço público. Hely Lopes Meirelles chama a atenção para a possibilidade de concessão real de uso, “transferível a terceiros por atos intervivos ou por sucessão legítima ou testamentária”³⁰ e o classifica como contrato administrativo, não ato negocial.

Licença é o ato que se relaciona ao exercício de uma atividade e que envolve “direitos, caracterizando-se como ato vinculado”³¹. Exatamente por envolver direitos, é meramente declaratório, enquanto a autorização, por exemplo, é ato constitutivo. Em todas estas características há acordo entre Hely Lopes Meirelles³² e Celso Antônio Bandeira de Mello³³.

A outorga é ato administrativo e como tal está submetida ao princípio da legalidade. A norma jurídica, entendida como proposição deôntica de comportamento, comporta três operadores: proibir, permitir ou obrigar. A proibição de um comportamento equivale à obrigação de comportamentos diferentes dele (nas mesmas situações). A permissão expressa é definida por uma série de obrigações e proibições que expressamente a limitam, mais aquelas advindas da interpretação do ordenamento, enquanto a permissão tácita é limitada pelo ordenamento como um todo, mormente os princípios constitucionais.

O inciso II do Art. 5º da Constituição da República estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto apenas lei, abaixo das Constituições, pode inaugurar mandamentos.

27 Idem, *Ibem*, p. 172.

28 Idem, *Ibidem*.

29 DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 567.

30 LOPES MEIRELLES, H. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 242.

31 CRETELLA Júnior, N. (RT 486/18), In: DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 220.

32 Idem, *ibem*, p. 171

33 Idem, *Ibidem*, p. 273.

Apenas a lei inaugura o ordenamento criando obrigações de ação ou abstenção, ou seja, apenas a lei cria proibições, permissões expressas ou obrigações.

Do lado dos administrados, o princípio estabelece os contornos jurídicos da liberdade: é livre todo comportamento que a lei deixa de proibir. A vontade privada se forma livremente e pode decidir tanto sobre realizar ou deixar de realizar determinados atos como também sobre o modo como levará a cabo seu intento. No âmbito privado, a liberdade (direito) se exerce a partir da vontade.

Do lado da administração, o princípio estabelece os contornos jurídicos da competência: ao agente público é estabelecido o poder-dever de comportar-se apenas da forma como a lei obrigar ou permitir expressamente. A decisão política se forma nos lócus determinados pelo ordenamento, obedecendo aos procedimentos previstos no ordenamento, para se positivar em dispositivo normativo (também tipificado no ordenamento). No âmbito público, a competência (poder e dever) se exerce apenas nos termos da legalidade.

É a este princípio da legalidade que a outorga se submete, é o que manda a Constituição da República, no *caput* do Art. 37. A outorga é competência de alguém, a qual só pode ser exercida nos termos estritos do procedimento e dos critérios legais.

Os critérios de competência são seis: pessoal, temporal, territorial, procedimental, material e teleológica³⁴.

O quadro abaixo traz as informações essenciais, discutidas a seguir.

Competência para concessão da outorga	Âmbito Federal
Pessoal	Diretoria Colegiada da ANA, por Resolução
Material	Águas de domínio da União
Territorial	Federação
Temporal	Indeterminada
Procedimental	Típico de autorização
Teleológica	Objetivos da Lei 9.433/97 e do Plano de Bacia

Quanto à pessoa, no nível federal a competência é da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Águas (ANA), como determina o Art. 12, V, da Lei Federal 9.984/00. Quanto à matéria, a Lei Federal 9.984/00, em seu Art. 4º, IV, dispõe que cabe à ANA outorgar o direito de uso “de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União”. Aos Estados cabe outorgar o direito de uso sobre recursos de seu próprio domínio. Pode haver delegação, pela União, para outorga de recurso seu por Estado ou pelo Distrito Federal, conforme o parágrafo único do Art. 14 da Lei Federal 9.433/97.

34 SUNDFELD, C. A. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 104.

A Lei 9.433/97 estabelece que a outorga seja um dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (Art. 5º, III). Ora, a natureza de instrumento é de existência submetida a finalidades alheias, instrumento é meio para se alcançarem fins que não escolhe. Assim, é inescapável que as finalidades da outorga são as finalidades da Política, estabelecidas no seu Art. 2º, o qual se reproduz abaixo, pela importância de seus termos exatos.

Art. 2º. São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

- I) assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;
- II) a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;
- III) a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

Quanto ao procedimento, serão necessárias maiores delongas, já que aqui se encontra o perfil jurídico do instituto e, portanto, os limites de sua dinâmica. Será útil analisar o conteúdo da decisão que realiza a outorga, seu prazo, sua forma e sua natureza jurídica.

No nível federal, a lei que criou a ANA estabelece que o ato é autorização (Art. 4º, IV). A Lei 9.433/97, em seu Art. 16, estabelece que toda outorga de uso de água tem prazo (sempre inferior a trinta e cinco anos, porém renovável). Portanto, trata-se de autorização qualificada. O prazo pode ser distinto nos casos em que a outorgada é “concessionária ou autorizada de serviço público ou de energia elétrica” (Art. 5º, § 4º da Lei 9.984/00). Ainda pode haver alterações, durante a outorga ou eventualmente ocasionando sua suspensão, em decorrência da perda da navegabilidade do corpo (Art. 13 da Lei 9.433/97) ou eventos naturais como inundações ou secas (Art. 4º, X, da Lei 9.984/00).

O Art. 5º, § 3º da Lei 9.984/00 permite a prorrogação, sempre “respeitando-se as prioridades estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos”. O ato da outorga usualmente estabelece o prazo.

Resta saber se a existência dos prazos acima implica ou não em indenização no caso de retirada extemporânea. Ora, a outorga é de direito de uso, como a legislação repete consistentemente (Lei 9.433/97, Art. 12 e Lei 9.984/00, Art. 5º e particularmente o § 1º do Art. 6º). O outorgado tem direito ao uso do recurso hídrico, nas condições estabelecidas no ato da outorga. Entretanto se coloca uma questão: se as restrições posteriores, a suspensão ou a retirada da outorga seriam indenizáveis.

Parece certo que o ponto fulcral para sua a resposta está na motivação do ato administrativo que altera, suspende ou retira a outorga. Se houver desobediência aos requisitos constitucionais ou legais no ato de autorização ou

concessão, inclusive descompasso com o Plano de Bacia, haveria anulação, ou invalidação do ato. Com efeitos *ex tunc*, a invalidação não é indenizável.

Se porventura estiver presente mera irregularidade, então será imperativa a convalidação do ato, em face da função social do uso dos recursos hídricos. Se o uso está de acordo com o Plano de Bacia, então o outorgante está dando função socialmente relevante ao bem público. A Lei 9.433/97 ordena, como já se disse, que “a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas” (Art. 1º, IV). A Lei não estabelece faculdade, mas dever; não permite, porém obriga o órgão gestor a proporcionar uso múltiplo. Por estes motivos é que se afirma que o ato de convalidação é vinculado, para obedecer à função social da propriedade pública, para dar a ela o uso maior e mais relevante possível.

Pode ocorrer de o outorgado descumprir alguma das condições da outorga, como captação ou emissão superiores às autorizadas ou concedidas, ausência do uso por três anos consecutivos, emissão com qualidade ou regime de captação distintos do estabelecido. Nestes casos, dar-se-á a sanção prescrita no ato da outorga, podendo chegar à sua cassação (Lei 9.433/97, Art. 15, I e II). No nível estadual, O Decreto 41.258/96 estabelece a revogação em caso de “descumprimento de qualquer norma legal ou regulamentar, atinente à espécie” (Art. 11 do Anexo ao decreto citado). Sempre, mesmo nestes casos, devem ser levados em consideração os argumentos acima expostos, motivadores da manutenção da outorga.

Entretanto, se evento posterior, independente das vontades das partes, impedir a continuidade do uso, poderá haver sua suspensão, caducidade ou mesmo a revogação, sem indenização ao outorgado. O evento pode ser caso fortuito ou força maior que por si só impossibilite a continuidade da outorga, ou que leve à alteração no Plano de Bacia e este à impossibilidade. A caducidade se dá “porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente”³⁵, caso em que a alteração no Plano leva à retirada.

A alteração da quantidade, da qualidade ou do regime da água captada são, mais precisamente, os fatos impeditivos. Nestes casos a autoridade deve sempre dar prioridade aos usos mais socialmente relevantes, por força da Constituição da República, da legislação e do Plano de Bacia. Alguns destes usos são os consumos humanos e a dessedentação animal (Lei 9.433/97, Art. 1º, III), a prevenção de grave degradação ambiental (Art. 15, IV) ou a manutenção da navegabilidade (Art. 15, VI). Note-se que, em qualquer destes casos, não haverá indenização, até porque se impõe a decisão de salvaguardar o benefício mais geral, em detrimento do mais particular, e a vida, supremamente.

De maneira sucinta, a suspensão ou retirada da outorga nunca geram indenização, salvo se ilegais, entretanto é imperativo que estas sejam as últimas

35 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 280.

alternativas das quais lançará mão a outorgante, optando sempre que possível pela manutenção do uso.

Uma última questão ainda é nebulosa, sobre a necessidade de prévia licitação. A Lei 8.666/93, em seu Art. 2º, prevê a licitação como procedimento prévio à concessão, desde que esta gere contrato, ou seja, desde que haja acordo de vontades entre Administração e usuário do bem. Portanto não se cogita da necessidade de licitação, já que o conteúdo jurídico da outorga é autorização, ato e não contrato administrativo.

Há, entretanto, um problema, se o uso decorrer de contrato administrativo. O caso típico é o abastecimento e saneamento urbanos. A Lei 11.445/07 estabelece, no parágrafo único do seu Art. 4º, que, para a prestação de serviços públicos de saneamento básico, a utilização de recursos hídricos “[...] é sujeita a outorga de direito de uso, nos termos da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, de seus regulamentos e das legislações estaduais”. Portanto, esta outorga, quanto aos critérios e procedimentos legais, obedece à legislação geral sobre água, não se constituindo caso especial.

Aí haverá licitação, todavia note-se que a concessão do serviço não é de titularidade do outorgante do direito de uso da água. No caso específico do abastecimento e saneamento urbanos, inclusive, a competência é comum (Art. 23, IX da Constituição da República). Cabe ao Município a prestação do serviço, por interpretação do Art. 30, V, também da Constituição da República, além da opção pelo ente mais próximo “ter como objetivos e motivação a melhoria da qualidade dos serviços e uma melhor articulação do setor com a política municipal de desenvolvimento urbano”³⁶.

Deve haver licitação, mas apenas para a prestação do serviço. Para a outorga ela é inexigível, por aplicação do Art. 25 da Lei 8.666/93, vez que há “inviabilidade de competição”. O fato é que o serviço público é principal em relação ao uso do recurso hídrico. A administração municipal decidirá os critérios para eventual licitação do serviço público (usualmente menor tarifa e melhor técnica sanitária). Vencida esta licitação, a da outorga ficaria sem competidores, porventura se pudesse nela pensar.

4.2 Cobrança gera internalização de externalidades negativas

A água é essencial à vida, antes mesmo de ser essencial à vida econômica, mas a vida social faz parte da condição humana, o que faz incontornável a economia.

36 VARGAS, M. C. Desafios da transição para o mercado regulado no setor de saneamento In: *Anuário GEDIM 2002: cidade serviços e cidadania*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002, p. 131.

A atividade econômica produz externalidades, isto é, efeitos secundários aos objetivos propriamente produtivos. Essas externalidades são positivas, se trazem ganhos à sociedade ou a pessoas, ou negativas, se trazem danos a bens sociais ou individuais. Ora, o meio ambiente é bem social, seu equilíbrio é direito difuso. A água é parte deste equilíbrio; portanto, os malefícios que a atividade econômica produz são externalidades negativas.

[...] há um tipo de depreciação não considerado nos agregados econômicos convencionais: o decorrente da degradação ambiental. O quanto determinados fluxos de produção afetam as condições ambientais a médio e a longo prazo [...]. Este tipo de depreciação, supostamente, é de muito maior importância do que o dos recursos de capital que se desgastam. Até porque o capital é, também ele, reservas naturais transformadas³⁷.

Um dos mecanismos de regulação deste fenômeno, para realizar o desenvolvimento sustentável, é a incorporação, ou internalização, das externalidades ambientais negativas.

Trata-se de abordagem de fundamentação econômica, via emprego de instrumentos tributários. Baseia-se no princípio do pagamento pelo poluidor, PPP. Os custos em que a sociedade como um todo incorre para controlar ou remover externalidades negativas geradas por empresas poluidoras são, no caso, ressarcidos por tributos pagos por essas empresas. A eficácia desta categoria de controle é função direta dos danos que a internalização dos custos da degradação ambiental causam à capacidade de competição das empresas tributadas. O objetivo principal é estimular tecnologias de produção que reduzam a zero as externalidades negativas – desonerando assim as empresas desse custo adicional³⁸.

Duas observações se fazem necessárias.

Primeira, que a cobrança pelo uso da água não é propriamente tributária, se bem que, nos termos em que o raciocínio econômico se coloca, pode ter função similar, ao onerar a produção. A natureza jurídica da cobrança é a remuneração da outorga (onerosa). O Art. 20 da Lei Federal 9.433/97 diz textualmente que “serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga”. Não se trata de tributo, indenização ou sanção administrativa. O Conselho Nacional de Recursos Hídricos, na Moção 26/2004, refere que “os recursos auferidos com a cobrança pelo uso

37 ROSSETTI, J. P. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 588.

38 Idem, p. 383.

da água – por não terem a natureza jurídica de imposto, contribuição social e de intervenção no domínio econômico [...] não podem ser contingenciados [...]”. A natureza jurídica da cobrança é a de preço público, remuneração pelo uso de bem público.

Com a ressalva sobre a natureza jurídica da cobrança, um de seus efeitos é realmente a busca, pela empresa, por desonerar-se deste custo. Com efeito, o uso da água será mais oneroso quanto mais danoso for para o meio ambiente. A devolução de água limpa ao meio ambiente gera cobrança menor que a devolução de água poluída. Assim, a cobrança funciona como forma de internalização desta externalidade, sendo irrelevante o fato de não ter natureza de tributo.

Segunda observação é que a cobrança não apenas onera o produtor, servindo como estímulo a que use a água de maneira mais responsável. Os recursos advindos da cobrança têm como destino o fundo que financia obras e programas que recuperaram o meio ambiente. O efeito benéfico da cobrança, desta forma, é potencializado.

Os órgãos competentes para a cobrança, no nível federal, são a ANA (Lei 9.984/00, Art. 4º, IX) e as Agências de Águas, por delegação da outorgante (Lei 9.433/97, Art. 44, III). É que a Agência de Águas só pode ser criada se tiver sua viabilidade financeira garantida pela cobrança (Lei 9.433/97, Art. 43, II); então, no período entre a instituição da cobrança e a criação da Agência, a ANA realiza a cobrança e o repasse ao Comitê para a aplicação dos recursos. Após a criação da Agência é que se dá a delegação. Resta terceira possibilidade, que é o contrato de gestão a partir do qual se dá a delegação da competência da ANA a entidades sem fins lucrativos que tenham recebido do Conselho Nacional de Recursos Hídricos a delegação das funções de Agências de Água (Lei 10.881/04, c/c Lei 9.433/97, Art. 47). Note-se que esta delegação é sempre determinada pela criação da Agência de Águas por solicitação do Comitê de Bacia ou da delegação também solicitada pelo Comitê. É ele o órgão competente para a iniciativa (Lei 9.433/97, Art. 43).

Os recursos financeiros arrecadados serão prioritariamente aplicados “no financiamento de estudos, programas, projetos e obras incluídos nos Planos de Recursos Hídricos”, sendo no máximo 7,5% do total aplicados “no pagamento de despesas de implantação e custeio administrativo dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos” (Lei 9.433/97, Art. 22). A Agência de Bacia e a Agência de Águas são órgãos correspondentes, sempre funcionando como “secretaria executiva do respectivo ou respectivos Comitês” (Lei 9.433/97, Art. 41). É que pode haver uma única Agência para mais de um Comitê.

5 Considerações finais

A água é bem público de uso comum do povo, sendo de domínio da União apenas os corpos superficiais que banhem mais de um Estado ou País e o restante de domínio dos Estados e do Distrito Federal. O direito ao uso dos recursos hídricos é adquirido por pessoas físicas ou por outras pessoas jurídicas, de direto público ou privado, por outorga dos entes federais ou estaduais competentes, sempre segundo critérios legais e derivados do Plano de Bacia. A outorga federal tem conteúdo de autorização e forma de Resolução emanada pela Diretoria Colegiada da ANA. A cobrança por este uso tem natureza de tarifa e é de competência da outorgante ou do órgão executivo do Comitê de Bacia, revertendo os fundos angariados para aplicação decidida por ele e pelo Conselho respectivo.

As normas que incidem sobre o ato de outorga são a Constituição da República, a Lei 9.433/97, o ato que der a competência à autoridade outorgante e os planos de recursos hídricos, sendo mais específico e importante para a decisão da outorga o Plano de Bacia Hidrográfica. Tanto o Plano quanto a outorga devem permitir usos socialmente interessantes para a água, sendo fundamental que ela assim seja empregada nos seus múltiplos usos.

O critério da função social deve ser satisfeito na elaboração dos planos e na outorga.

Questão prática da maior importância é a definição, caso a caso, da função social dos corpos d'água. Os usos de cada corpo são definidos a partir dos planos de recursos hídricos, o que significa que eles devem:

- a) obedecer aos critérios de função social dos recursos hídricos e dos seus usos, presentes no ordenamento superior;
- b) regulamentar estes critérios, esmiuçando quantitativa e qualitativamente os usos lícitos.

Os critérios até o momento apresentados para a definição da função social estão no Art. 3º da Constituição da República, mormente o inciso I, que se refere ao objetivo de se construir “sociedade livre, justa e solidária”, e o inciso II, que impõe a garantia ao “desenvolvimento nacional”.

Referências

ANTUNES, P. B. *Direito ambiental*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, N; (RT 486/18). In: DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Função social da propriedade pública*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em 24 de junho de 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, T S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIORILLO, C. A. P. *Princípios do processo ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FREITAS, V. P. *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. Curitiba: Juruá, 2000.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- LOPES MEIRELLES, H. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ROSSETTI, J. P. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVEIRA, D. S. D. A propriedade agrária e suas funções sociais. In: SILVEIRA, D. S. D.; XAVIER, F. S.'A. (Orgs.) *O direito agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1988.
- SOUZA, L. C. *Águas e sua proteção*. Curitiba: Juruá, 2004.
- SOUZA, L. C. *Poluição das águas doces: responsabilidade constitucional ambiental*. In: FIGUEIREDO, G. J. P. (Coord.). *Direito ambiental em debate*. Rio de Janeiro: Esplanada, v.1, p. 177-188, 2004.
- SUNDFELD, C. A. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- VARGAS, M. C. Desafios da transição para o mercado regulado no setor de saneamento In: *Anuário GEDIM 2002: cidade serviços e cidadania*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.
- VÉRAS NETO, F. Q. *Direito romano clássico: seus institutos jurídicos e seu legado*. In WOLKMER, A. C. (org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Recebido em 08.10.2009

Aceito para publicação em 23.02.2010

INTERVENÇÃO ESTATAL: O PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA

STATE INTERVENTION: THE ROLE OF STATE IN THE
ECONOMY

Andrine Oliveira Nunes¹

Sumário

1. Introdução. 2. A atividade econômica do Estado e sua finalidade. 3. Contexto histórico da doutrina econômica no constitucionalismo brasileiro. 4. Intervenção do Estado no domínio econômico. 5. A atividade econômica do Estado à luz da Constituição Federal. 6. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The State economic activity and its purpose. 3. Historical context of the economic doctrine in the Brazilian constitutionalism. 4. Intervention of the State in the economic domain. 5. The economic activity of the State under the light of Federal Constitution. 6. Final remarks. References.

Resumo

A atividade econômica do Estado e o neoliberalismo econômico, abordado principalmente sobre o arrimo da liberdade individual, são aspectos do governo liberal-democrata vivenciado pelas sociedades atuais. Para essa doutrina, os homens devem agir livremente, buscando o melhor para si, ao sabor das forças do mercado. Os fundamentos que propiciam a atitude interventora do Estado no horizonte econômico são o equilíbrio das relações e estabilização financeira-monetária, o combate aos excessos da livre-concorrência e o controle dos mercados, a fim de efetivar seu papel precípua de agente promotor da melhoria das condições de vida dos indivíduos sob a sua jurisdição.

Palavras-chave: Estado. Intervenção. Domínio Econômico.

Abstract

The State economic activity and the economic new liberalism, mainly approached as support of individual freedom, are aspects of the liberal-democrat government in current societies. In this doctrine, men must act freely, searching the best for themselves, according to market forces. The

¹ Mestranda em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Especialista em Direito Processual e Direito e Processo Tributários.

foundations that propitiate the State intervention attitude in economic level are the balance of the relations and financial monetary stabilization, the combat to free-competition excesses and the control of the markets, in order to accomplish its main role of promotional agent of improving the welfare under its jurisdiction.

Key-words: State. Intervention. Economic domain.

1 Introdução

Dentre os desafios do federalismo encontra-se a continuidade da sua independência, da sua autonomia, isto é, da permanência da sua soberania. Reagindo aos efeitos da globalização, o Estado, haja vista a sua razão de ser – entendida esta como a busca do bem-estar social (sua finalidade) –, adotam comportamentos e exercem atividades na intenção de satisfazer as expectativas quanto ao seu desempenho. No afã de bem conduzir o processo social, o Estado envereda por caminhos arenosos, que tanto podem conduzir a bom termo, quanto resultar em desgastes desnecessários.

A pretensão do presente trabalho é situar o leitor a respeito dos fundamentos que propiciam a atitude interventora do Estado no horizonte econômico, sem que este se afaste do papel precípua de agente promotor da melhoria das condições de vida dos indivíduos sob a sua jurisdição.

Como delimitadores do tema a ser abordado, esclareça-se que o estudo em pauta referir-se-á às seguintes condições: a atividade econômica do Estado e a busca de sua finalidade, o bem comum; o neoliberalismo econômico, abordado principalmente sobre o arrimo da liberdade individual, do agir livremente, buscando o melhor para si, ao sabor das forças do mercado, e seus reflexos sociais; o ditame constitucional, entre a teoria bem posta e a eficácia dormente.

A intervenção do Estado no domínio econômico será abordada de forma a mostrar que o Estado só intervém na economia em casos excepcionais, em conformidade com a Constituição Federal, que versa sobre os princípios reguladores da atividade econômica do Estado e de sua intervenção na economia.

2 A atividade econômica do estado e sua finalidade

Muitas são as necessidades coletivas. O Estado, enquanto ente maior, para satisfazer essas necessidades desenvolve atividades, tais como, prestação de serviços públicos, construção de estradas, defesa interna e externa, prestação jurisdicional, etc. Tantas atividades mostram qual é o verdadeiro fim colimado pelo Estado: o bem comum. Para tanto, ele necessita dispor de recursos que tornem possível a efetivação dessas atividades. Daí se extrai o conceito de atividade financeira,

que nada é mais do que os meios utilizados pelo Estado para a satisfação das necessidades coletivas.

Quando o Estado procura fixar, cientificamente, as regras e princípios predispostos para a formação de sua receita pública e estabelecimento de sua despesa, a fim de que assegure o funcionamento de sua organização política e assente a sua própria existência, diz-se que exerce atividade financeira. (SILVA, 2004, p. 158).

Assim, toda atividade voltada para a manutenção da ordem e garantia dos institutos sociais e cujo caráter esteja incumbido pelo interesse público traduz o objeto do que se entende por atividade financeira², ou seja, gerir, arrecadar e aplicar recursos.

Os fins da atividade financeira coincidem com as próprias finalidades da atuação estatal destinada à satisfação das necessidades coletivas (HARADA, 2001, p. 32). Ressalte-se que o Estado o faz através do provimento e da gestão dos recursos obtidos.

As necessidades coletivas são inúmeras, abrangem as construções, a saúde, a manutenção de serviços e sua prestação, o ensino, etc. Dessa forma, o Poder Público, a partir dessas necessidades coletivas escolherá as necessidades públicas e as inserirá no ordenamento jurídico, disciplinando-as legalmente. Por isso, faz-se uma distinção entre necessidade pública e necessidade coletiva, pois aquela diz respeito à necessidade que é atendida pelo Estado, em obediência a uma norma constitucional ou legal. Dessa forma, quanto maior a necessidade pública, maior será a atividade financeira do Estado. Daí poder dizer que a atividade financeira do Estado está vinculada com a satisfação de três necessidades públicas, quais

2 Segundo Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 78), a atividade financeira do Estado tem como características: *a presença constante de um ente público* – a atividade financeira será exercida somente por um ente público e não particular, posto que tal atividade reclama tal presença, por ser de essencial importância e complexidade; *conteúdo monetário* – a atividade financeira do Estado tem como objeto o dinheiro, ou seja, é através da captação de recursos que o Estado desenvolve suas atividades; *atividade de conteúdo econômico* – nem todas as atividades prestadas pelo Estado são financeiras. É necessário separar o direito financeiro do direito econômico. Este tem como objeto o estudo das normas que disciplinam o comportamento econômico do Estado. Aquela tem como objeto à arrecadação, a gerência e a aplicação de recursos públicos. A atividade econômica preocupa-se em constantemente gerir bens ou serviços, enquanto que a atividade financeira preocupa-se com o fenômeno de ingresso e saída de recursos financeiros, para satisfazer as necessidades públicas e obter o bem comum. Logo, a atividade financeira do Estado tem inequivocamente um objeto econômico; e *a instrumentalidade da atividade financeira* – a atividade financeira do Estado tem um caráter instrumental porque visa, por meio da obtenção de recursos, à consecução de todas as suas atividades (saúde, família, construção de estradas, previdência social, prestação jurisdicional, educação), há uma relação de meio e fim, pois o Estado gere, aplica os recursos obtidos para a consecução de suas atividades. O Estado não visa apenas à satisfação das necessidades coletivas, este é seu fim maior, mas não único, pois há outras atividades. Dessa forma, ele se utiliza dessa função instrumental, que deverá ser desenvolvida corretamente, para desempenhar todas essas atividades.

sejam: a prestação de serviços públicos; o exercício regular do poder de polícia e a intervenção do Estado no domínio econômico.

3 Contexto histórico da doutrina econômica no constitucionalismo brasileiro

Por meio de vários dispositivos legais pode-se verificar que a Constituição está intrinsecamente interligada com a economia, desde o preâmbulo, quando declara que o Estado Democrático deve assegurar o bem-estar e o desenvolvimento, passando pelo artigo 1º, que erige como fundamento do Estado os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, chegando ao Título VII que dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira.

Para tanto, cabíveis serão as considerações a respeito da existência de uma constituição econômica, onde a regulação das relações financeiras entre Estado e particulares, das liberdades econômicas, a fim de respeitar o direito de propriedade, a liberdade do trabalho, a livre concorrência, enfim, fortalecer a ordem econômica e financeira do Estado se faz presente.

A constituição econômica é a parte da constituição total, encarregada de estatuir preceitos reguladores dos direitos e deveres dos agentes econômicos, delimitando, assim, o regime financeiro do Estado. [...]. Na realidade, trata-se de um microsistema normativo, integrado à própria carta constitucional positiva, em cujo esteio erigem-se normas e diretrizes constitucionais que disciplinam, juridicamente, a macroeconomia. Tem como meta dar o arcabouço jurídico-constitucional à ordem econômica, assegurando seus elementos de natureza monetária, tributária e financeira, os quais irão conformá-la. No Brasil, ele está presente de maneira nítida, determinando os campos de atuação das iniciativas pública e privada, o regime regente da relação capital/trabalho e os princípios orientadores da atividade financeira. (BULOS, 2007, p. 1236).

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 170³ estabelece os fundamentos e os princípios da ordem econômica e acentua a importância da

3 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

livre iniciativa. Daí, verifica-se a outorga de uma constituição econômica formal, tanto pela disposição dos princípios, diretrizes e fundamentos das atividades econômicas, como pelo sistema financeiro nacional e pelas práticas políticas a ser implementadas, como a agrícola, a agrária, a urbana, a fundiária.

Esses ditames econômico-financeiros constitucionais caracterizam-se tanto pelo sistema capitalista como pelo intervencionista, podendo ser chamado de ordenamento composto, o que “revela uma postura híbrida, porque consagra uma espécie de paralelismo de princípios” (BULOS, 2007, p. 1237). Ora a defesa da liberdade de iniciativa e a responsabilidade objetiva do Estado, ora o discurso da função social da propriedade, da valorização do trabalho e da justiça social. Visualiza-se que “a ordem constitucional econômica deve ser interpretada mediante exegese construtiva e sistemática, de modo a integrar os princípios gerais que a norteiam, com vistas a eliminar os seríssimos conflitos depreendidos nesse campo” (BULOS, 2007, p. 1237).

O constitucionalismo no Brasil surgiu em meio aos proclames liberais. Portanto, as primeiras constituições, de 1824 e 1891, não designavam qualquer intervencionismo na propriedade privada, ao contrário, pregavam a sua plenitude. Somente após a reforma constitucional de 1926 é que fica atribuído ao Congresso Nacional legislar sobre comércio exterior e interior podendo autorizar limitações; a partir daí a Constituição de 1934 adere ao novo discurso, qual seja, de que a ordem econômica e social será disciplina pelo Estado. Contudo somente na Constituição de 1937 é que a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico” surge pela primeira vez na legislação pátria – artigo 135. Segundo este, a intervenção só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa privada. Com a Constituição de 1946, ficam explícitos os parâmetros que norteiam a intervenção, dentre eles o interesse público, a valorização do trabalho e os direitos fundamentais. Entretanto, a Constituição 1967/69 adotou, também, a intervenção direta, como forma de garantir a segurança nacional. Ao fim do período ditatorial, concomitantemente, advento da Constituição vigente, a de 1988, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só passa a ser aceita quando o interesse público é relevante ou quando se faz necessária para imperar a segurança nacional⁴.

Assim, o que se visualiza nos dispositivos constitucionais, por maior que seja a influência do liberalismo, é a predominância de uma conseqüente intervenção do Estado na economia. Todavia, necessário se faz a contextualização histórica a fim de melhor compreensão dos fatos e da doutrina econômica.

O liberalismo econômico é entendido como uma teoria política econômica que defende a liberdade dos indivíduos tanto política como econômica,

⁴ Para aprofundamento na matéria verificar a obra de FERREIRA, S. A. Direito da Regulação Econômica: a experiência brasileira. In: *Globalização e Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003.

isto é, defende a atuação do homem na sociedade sem a intervenção do Estado. Esse pensamento teve início com a decadência do mercantilismo e consequente ascensão da burguesia.

Os princípios fundamentais do liberalismo são a preponderância do cidadão diante do Estado, a livre iniciativa, a defesa da propriedade privada, a prevalência da lei, a independência da justiça, a livre concorrência, enfim, uma democracia aberta que permita a transparência das instituições e o exercício do espírito crítico.

Desta forma, a defesa de um sistema de economia livre, menos protecionista e intervencionista, foi decorrente dos ideais liberais, vislumbrados em meados do século XVIII. Daí o célebre ditado *laissez-faire, laissez-passer, le monde va de lui-même*⁵, cuja autoria é atribuída a Vincent de Gournay⁶. No contexto histórico da época, a eliminação do intervencionismo, para dar asas aos indivíduos – por isso a expressão “deixai fazer” –, assim como o estímulo à circulação de riquezas, rompendo com as barreiras alfandegárias – “deixai passar” –, eram quase que um clamor social.

Para tanto, a teorização desses ideais ou a cargo de Adam Smith⁷, tido como o patriarca da economia moderna, que determinou uma doutrina ao capitalismo. A favor das liberdades individuais sem desqualificar o Estado, este teórico pregava uma economia livre, baseada na normatização política que eliminasse restrições aos indivíduos, com exceção da atuação fiscal, por entender ser justo o pagamento de impostos. Essa liberdade não geraria, no seu entendimento, nenhum caos, ao contrário; ele acreditava que o homem, na condição de cidadão que respeita as normas, deveria ter liberdade plena para buscar o lucro, no seu negócio, que entendesse ser justo. Deixar que cada indivíduo procure seus interesses é favorecer o progresso de toda a sociedade. Essa condução dos interesses, pode-se dizer até dos fatos, é dada pela mão invisível de uma ordem lógica, pois quando se está a desenvolver interesses próprios, conseqüentemente, desenvolvem-se, até de forma mais eficaz, interesses outros do que se o propósito fosse o interesse social. Assim, se consolidou o liberalismo, doutrina do ideal da livre concorrência e da livre iniciativa, sem qualquer intervenção estatal (SMITH, 2003).

Diferentemente de Adam Smith, Thomas Hobbes⁸ acreditava que a sociedade necessitava de uma autoridade que assegurasse a ordem e a paz e

5 Significado da expressão: “Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só”. No contexto histórico da época.

6 Para referência sobre Vincent de Gournay ver artigo: Vincent de Gournay. In: *Infopédia*. Porto: Porto Editora, 2003-2009. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$vincent-de-gournay](http://www.infopedia.pt/$vincent-de-gournay)>. Acesso em: 27 mar. 2009.

7 Adam Smith pregou o interesse pessoal e dispôs sobre a existência de uma mão invisível (que seria o Estado) que conduz a realização de um bem comum.

8 Para maiores informações pesquisar em: HOBBS, T. *O Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

criticava o liberalismo econômico sob a perspectiva de que a liberdade econômica seria pouco democrática, caracterizando-o como doutrina dos fortes e poderosos, portanto, aristocrática e individualista e não igualitária. A virtude da liberdade, para ele, não possuía em si mesma sua razão de ser. (HOBBS, 2008).

O pensamento crítico de Hobbes não foi o único que se opôs ao de Smith; inúmeras foram as críticas ao seu liberalismo econômico. Associados a estas, a evolução do capitalismo e o crescimento da corrente socialista, após várias crises – em especial a crise dos anos trinta⁹ –, levaram ao enfraquecimento dos ideais liberais.

Após várias crises, o liberalismo enfraqueceu, dando ambiente para o intervencionismo estatal pregado por John Maynard Keynes¹⁰. Para Keynes, o Estado deveria interferir na economia, criando empregos, regulando o mercado de capitais, realizando obras de infraestrutura, enfim, racionalizando a economia e dirimindo as desigualdades ocasionadas pelo mercado. (KEYNES, 1982).

No plano econômico, considera-se que a livre competição é uma ótima solução, melhor ou mais eficiente, mas não leva automaticamente a uma ordem natural. Compete ao Estado, sob esse ponto de vista, a instauração de uma ordem legal que garanta o exercício da iniciativa individual na linha da livre concorrência. Ocorre que esta intervenção estatal passou a ser vista como amarra da capacidade de desenvolvimento do setor privado, devido ao excesso de normas. Consequentemente, foi previsto que o sistema intervencionista levaria ao endividamento público e à estagnação (JAKOBSEN, 2004, p. 40).

É nesse contexto que nasce o neoliberalismo¹¹, no qual se reconhece que o Estado é de fundamental importância para a consolidação igualitária da economia e a redução das desigualdades sociais. Em decorrência da globalização e dos novos ditames capitalistas, o pensamento monetarista (FRIEDMAN, 1984) deve ser o alicerce para as práticas políticas econômicas, traduzindo a liberdade como essencial das relações do mercado, cabendo ao Estado apenas a manutenção da ordem.

Privatizações, desregulamentação de algumas atividades de Estado, desburocratização, abertura da economia para o capital internacional, competitividade acirrada, livre concorrência, tributação excessiva, enfim, tudo em

9 A crise dos anos trinta ficou caracterizada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York e um período intenso de recessão econômica. Para maiores informações e aprofundamento sobre a temática verificar a obra de HOBBS, E. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

10 Para aprofundamento na matéria verificar a obra do autor: KEYNES, J. M. *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. Tradução Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1982.

11 O neoliberalismo prega um ajuste estrutural, sem a participação do Estado, onde haja a abertura do mercado, fomento à competitividade, privatizações, isto é, crescimento econômico.

nome do progresso econômico, denominado, por isso, de capitalismo selvagem¹². Mas o neoliberalismo não abrange apenas o aspecto econômico das relações. As dimensões sociais, culturais e políticas também sofrem influência deste modelo que se apresenta como defensor da liberdade, da democracia e da igualdade.

Hoje, os excessos do neoliberalismo já são percebidos¹³, trazendo à tona a discussão sobre a intervenção do Estado na economia, sobre a parceria público-privada, sobre não apenas o respeito, mas a concretização dos direitos sociais tão bem dispostos no texto constitucional. Precisa-se, sem dúvida, de um mercado livre que funcione cada dia melhor para acelerar o crescimento econômico e favorecer a toda a população, mas se faz necessário também um Estado mais moderno, eficiente, dinâmico e mais bem informado, que saiba transferir para a sociedade civil maiores responsabilidades na gestão produtiva, que saiba também exercer sua função de controle para garantir a estabilidade, a longo prazo, na política de desenvolvimento e corrigir as imperfeições do mercado. No entanto, na concepção do Estado de bem-estar social, ideologicamente estabelecido na Constituição Federal de 1988, não se inviabiliza ou afasta o lucro, mas se procura dar-lhe outra forma, ou seja, o lucro deve ser acompanhado do atendimento social com a partilha do seu próprio produto, que seria a função social do lucro.

Nesse passo, demonstrada está a necessidade do exercício do capitalismo regrado, sem exageros ou maiores abusos, respeitando-se o direito de todas as partes a fim de alcançar-se um equilíbrio nas relações e a suportabilidade das próprias obrigações. “O desenvolvimento não pode confundir-se com o mero crescimento da produção em termos agregados. A noção de desenvolvimento tem de integrar outros aspectos fundamentais” (NUNES, 2003, 116).

No final dos anos 90, assistiu-se ao aparecimento de um novo paradigma na concepção das políticas de desenvolvimento ao nível da negociação dos tratados e convenções. Trata-se do respeito aos direitos humanos no âmbito do desenvolvimento. (GRASSET, 2004, p. 134).

O desenvolvimento econômico passa por caminhos que respeitem a dignidade do homem, o desenvolvimento integral da sua personalidade, a conquista do bem-estar material, mas também o desenvolvimento dos homens no plano da sua profissão, da cultura e do lazer. [...] o desenvolvimento deve colocar-se, fundamentalmente, ao serviço da satisfação das necessidades básicas das populações. (NUNES, 2003, p. 116 e 117).

12 Para maior entendimento do seja capitalismo selvagem e sua influência no Brasil verificar o artigo disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a02n57.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

13 Exemplo característico é a crise econômica vivenciada pelos Estados Unidos. Maiores informações para o entendimento desta temática verificar a obra: GREENSPAN, A. *A era da turbulência: aventuras em um novo mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Portanto, a intervenção do Estado na economia é bastante salutar, por garantir não apenas a ordem econômica, mas, e principalmente, viabilizar um desenvolvimento econômico da nação associado ao social e ao cultural.

4 Intervenção do estado no domínio econômico

A intervenção compreende a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada – intervenção indireta –, bem como a atuação direta do Estado no domínio econômico, o que se dá normalmente por meio de empresas estatais – intervenção direta. Nesse caso, o Estado opera segundo as normas do direito privado, consoante se infere no artigo 173, § 1º¹⁴, da Constituição Federal, porém com inúmeras derrogações impostas por outras normas constitucionais, como as referentes à fiscalização financeira e orçamentária¹⁵ e as constantes do capítulo concernente à Administração Pública, em especial o artigo 37.

A intervenção é uma atividade tipicamente privada que o Estado exerce em regime de monopólio nos casos indicados na Constituição¹⁶ ou em regime de competição com o particular, conforme o determine o interesse público ou razões de segurança¹⁷.

14 Art. 173. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. Fonte: Site da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2009.

15 Artigo 70 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

16 Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

17 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

A atividade que o Estado exerce a título de intervenção na ordem econômica não é assumida por ele como atividade pública. Ele a exerce, conservando a sua condição de atividade de natureza privada, submetendo-se, por isso mesmo, às normas de direito privado que não estão expressamente derogadas pela Constituição.

Historicamente, podemos dizer que a intervenção do Estado no domínio econômico vem desde a antiga Grécia e Roma. E o que mais caracterizou o comportamento do Estado diante da economia foi a política econômica do liberalismo, já debatido no capítulo anterior.

Entretanto, verificou-se que, com o passar do tempo, essa ampla liberdade dada à acomodação dos fatos econômicos não fazia senão deixar de uma forma mais saliente a desigualdade entre regiões e, sobretudo, a desigualdade entre pessoas, passando-se então a esboçar reações naturais, sobretudo no campo ideológico, com o aparecimento de teorias que se contrapõem às que estavam em prática.

A situação ficou ainda mais crítica com o advento da Revolução Industrial, do Socialismo e do crescimento do proletariado urbano, época em que se verificou que já não havia mais aceitação daquelas ideias liberais.

A Igreja também veio a acostar-se a essas reações, sobretudo através de lições do Papa Leão XIII, com a *Rerum Novarum*, a ponto de se perceber que já não havia mais ambiente para que o Estado tivesse uma posição de mero guardião da sociedade, sem nenhuma participação, por menor que fosse, nas atividades econômicas, inclusive atingindo até o campo de direito privado, com limitações ao direito de propriedade¹⁸, de forma que já não havia mais espaço para que o Estado tivesse aquela conformação. O que tornou nítida, mesmo que aos poucos, a intervenção do Estado.

Atualmente, fica difícil delimitar o grau de intervenção que o Estado exerce sobre o domínio econômico, visto que este intervém plenamente em todas as atividades econômicas, principalmente se tomarmos como parâmetro

18 No momento em que o Estado moderno é, precisamente, um Estado constitucional, o problema do direito de propriedade transcorre à luz da Constituição. Logo, convém ponderar que o direito de propriedade não pode mais ser visto como mera extensão do direito privado, como puro direito individual. A partir daí é possível compreendê-lo como lídima instituição jurídica, agregando normas de direito privado, as quais têm necessariamente de acompanhar a disciplina suprema que a Constituição lhe impõe, com vistas a cumprir uma função social. Portanto o artigo 5º da Carta Magna em seus incisos XXII e XXIII expressa tal acepção, garantindo o direito de propriedade, devendo esta per si atender a sua função social. A função social da propriedade deve desempenhar destino economicamente útil, isto é, produtivo, com vistas à satisfação das necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem, canalizando suas potencialidades em benefício de todos, sem qualquer distinção. Evidencia a necessidade de que o uso do bem alcance sua total utilização, otimizando-se ou tentando-se otimizar os recursos disponíveis em mãos do proprietário ou impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição, em contradição com estes mesmos propósitos de natureza coletiva. A função social da propriedade, no sentido específico do preceito, traduz a idéia de realização concreta das quatro bases do urbanismo moderno: habitação, trabalho, recreação (ou lazer) e circulação.

a presença do Estado, posto que este se enquadra em todas as atividades, senão vejamos: através do poder legislativo, pelas leis que elabora; através do poder executivo, pelo exercício do poder de polícia; e muito mais ainda através do poder judiciário, quando vai disciplinar e corrigir determinadas distorções que estão postas em litígio.

A intervenção do Estado na economia guarda objetivos econômicos e objetivos extra-econômicos. O Estado intervém por meio de formas permanentes ou circunstanciais ou transitórias.

Permanentemente, quando traça grandes linhas da economia nacional e até os grandes objetivos sociais que ele pretende colimar ao estabelecer os planos plurianuais de investimento, ao estabelecer se deve ou não proteger a empresa nacional, se deve ou não abrir os portos ao concerto das nações estrangeiras.

Já as atividades extraeconômicas, que importam na intervenção do Estado no domínio econômico, podem ser por meio de objetivos sociais, fiscais ou políticos. De objetivos fiscais, quando o Estado institui meios para suprir as receitas de que tem necessidade; de objetivos sociais, quando o Estado traça regras que aparentemente não têm uma repercussão imediata no mundo econômico, mas que, uma vez estabelecidas, tem um retorno mediato, por exemplo: quando o Estado estabelece regras de direito do trabalho, assegura determinadas proteções aos trabalhadores, fixa parâmetros para dizer quanto será o salário do trabalhador etc.; e de objetivos políticos, quando o Estado cuida de fomentar determinados privilégios a determinadas regiões ou quando o Estado faz investimentos de grande escala em determinadas regiões, como estimular a instalação de fábricas em determinado estado-membro ou quando se propõe a instalar refinaria de petróleo entre outros.

Assim, a Constituição Federal de 88 adota o modelo neoliberal, ou seja, o Estado não intervém na econômica plenamente, mas sim de forma a regulamentar e fiscalizar a atividade econômica de natureza privada. Ademais, atua diretamente no domínio econômico por meio de suas empresas estatais, como se extrai das disposições contidas no art. 173 da Constituição Federal.

Tal intervenção encontra-se inscrita no ordenamento constitucional¹⁹, delimitando tanto o espaço público quanto o privado na esfera da produção econômica. Assim, ao se estabelecer uma classificação para as formas de intervenção

19 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único.

do Estado do domínio econômico, pode-se dividi-la nas seguintes categorias: a) intervenção do Estado na propriedade privada; b) intervenção do Estado na ordem econômica.

Em relação às intervenções na propriedade privada, o modelo seria baseado na livre produção, liberdade de iniciativa e eficiência da propriedade e liberdade de iniciativa. A livre intervenção estatal, neste sentido, pode se dar motivada tanto pela necessidade de se reordenarem espaços, quanto para se obter maior eficiência e eficácia da estrutura de propriedade no interior da sociedade.

A intervenção do Estado na ordem econômica constitui-se uma intervenção com caráter suplementar e excepcional, realizada por meio de um conjunto de atividades estatais, sobre o segmento econômico. Tal intervenção funda-se nos pressupostos de segurança nacional ou é motivada pela ineficiência do particular.

Portanto, a atividade econômica é própria da iniciativa privada e o Estado, em situações excepcionais, poderá explorá-la diretamente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

5 A atividade econômica do estado à luz da constituição federal

O Estado normalmente atua de maneira indireta na Economia, de forma a discipliná-la, normatizando-a e regulamentando-a, editando leis para executar suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme dispõe o artigo 174²⁰ da Constituição Federal de 1988.

Pode-se entender por fiscalização a atribuição conferida ao Estado de fazer cumprir os princípios gerais da ordem econômica e as determinações legais do exercício do poder de polícia, preventivamente e repressivamente. O incentivo é outra forma de intervenção na economia, talvez a forma mais pacífica, e consiste em estimular o progresso da atividade econômica. Os incentivos podem ser de natureza não-fiscal como, por exemplo, a concessão de espaços para instalação, e de natureza fiscal, como as isenções para pagamento de impostos, observando-se que a isenção só pode ser concedida pelo ente federativo competente para instituir o tributo.

Na função de planejar, o Estado realiza as operações de diagnóstico e prognóstico, prevendo, a partir das condições atuais, as soluções futuras. No

É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

20 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2009

Brasil, como manifestações do planejamento, temos a lei de diretrizes e bases, planos plurianuais, e todo o planejamento que deve estar harmônico com uma estrutura maior, na forma da lei.

O planejamento econômico contido em lei é cogente, imperativo, determinante para o setor público, não podendo ser desobedecido.

No caso do setor privado, a execução do planejamento econômico contido em lei é apenas sugerido, indicativo, aconselhado, pois, do contrário, não haveria a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica. No início, o liberalismo era sem limitações, a iniciativa era livre, entregue a privatizações. No Brasil, introduziu-se o constitucionalismo econômico com a Constituição de 1934, passando a ordem econômica a ter importância em nível constitucional. Buscou-se frear o liberalismo, sendo a livre iniciativa um fundamento, mas não o único. Em igual patamar hoje está a valorização do trabalho humano e o objetivo da justiça social.

Temos por certo que o legislador constituinte não quis que a livre iniciativa fosse o maior dos pilares da economia em detrimento dos valores sociais, do interesse público e a favor do desemprego e do capital estrangeiro. Nas economias ditas capitalistas, onde a concorrência é livre, incompatíveis se apresentam as figuras dos monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras formas de se descaracterizar a livre concorrência, impedindo a livre iniciativa.

Formalmente, nada impede a existência de grupos de sociedades, com controladoras e controladas, desde que tenham por fim “combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”, como mesmo se infere na Lei n.º 6.404/76, no seu art. 265²¹. Igualmente, em seu art. 278²², a mesma lei permite a formação de sociedades consorciadas para “executar determinado empreendimento”.

O que o sistema não permite é que a concorrência seja obstaculizada, o que caracteriza os cartéis, trustes etc. A livre concorrência é consagrada na própria Constituição Federal, em seu art. 170. Naqueles casos é que o Estado tem o dever de intervir, fiscalizando e punindo.

Como referência a isso, legislação ordinária temos a lei antitruste – Lei 8.884/94, que elenca diversas condutas como infrações à ordem econômica.

21 Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

22 Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

A Constituição garante, no seu art. 173, § 4º²³, a repressão ao abuso do poder econômico, que objetive a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, bastando só uma delas para caracterizar a necessidade da repressão.

Portanto, a intervenção do Estado no domínio econômico contribui para o desenvolvimento econômico e social, conduzindo de forma mais equânime as relações econômicas e, por consequência, as sociais, integrando o disposto na Constituição com a prática vivenciada no cotidiano dos atos negociais, para, assim, concretizar o real bem-estar social.

6 Considerações finais

A atividade financeira do Estado variou no tempo, conforme as políticas econômicas em voga. No Estado liberal tinha uma função neutra; o Estado não interferia na economia, pois acreditava que seria danoso ao seu princípio máximo: a liberdade total do indivíduo. Assim, o setor privado se encarregaria das atividades econômicas por poder obter melhores resultados. Os tributos, recolhidos de forma igualitária no liberalismo, eram aplicados para sustentar a máquina estatal, sendo, portanto, de finalidade meramente fiscal. As receitas visavam apenas possibilitar a satisfação das despesas, que tinham um tratamento preferencial. No Estado intervencionista, seja ele capitalista, socialista ou comunista, a atividade financeira deixa de ser neutra. Usa as finanças públicas para intervir no domínio econômico social. Desta forma, busca o bem-estar social de seus cidadãos. A principal alteração quanto aos tributos é seu efeito de proporcionalidade, ou seja, cada cidadão passou a contribuir para o Estado na medida de sua capacidade econômica. A atividade financeira adquire uma característica de “finanças funcionais”, tendo o tributo além da finalidade fiscal, a extrafiscal cujo objetivo é financiar a satisfação da coletividade e a intervenção na atividade econômica.

O neoliberalismo é a tendência econômica atual, a qual assegura a manutenção e a fonte de renda dos países capitalistas. Trata-se do retorno do antigo liberalismo econômico associado às transformações tecnológicas do final do século XX, sendo que, a partir daí, a estrutura estatal deixa-se levar por um papel secundário de suas obrigações para com a sociedade. Uma das inovações do modelo em relação ao liberalismo é a intervenção indireta do Estado na economia para garantir a sua sobrevivência, já que os neoliberais não confiam na autodisciplina espontânea do sistema. O controle dos preços é a peça-chave da economia e a função do Estado é manter o equilíbrio dos preços por intermédio da estabilização financeira e

23 Art. 173. § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

monetária, obtida basicamente com políticas antiinflacionárias e cambiais. A liberdade econômica das empresas e as leis de mercado continuam como dogmas no neoliberalismo. A nova doutrina atribui ao Estado a função de combater os excessos da livre concorrência e o controle de mercados pelos grandes monopólios. Um dos instrumentos para disciplinar a economia é, por exemplo, a criação de mercados concorrenciais por meio de blocos econômicos, como a União Europeia.

Referências

- BASTOS, C. R. *Curso de direito financeiro e direito tributário*. 5 ed. São Paulo: Saraiva: 1997.
- BULOS, U. L. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, S. A. Direito da regulação econômica: a experiência brasileira. In: *Globalização e Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- FRIEDMAN, M. *Capitalismo e liberdade*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- GRASSET & FASQUELLE. Tradução: Joana Angélica D'Ávila Melo. *Globalização para quem?*. São Paulo: Futura, 2004.
- GREENSPAN, A. *A era da turbulência: aventuras em um novo mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- HARADA, K. *Direito financeiro e tributário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- HOBBS, T. *O leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HOBSBAWN, E. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JAKOBSEN, K.; MARTINS, R. *ALCA: quem ganha e quem perde com o livre comércio nas Américas*. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.
- KEYNES, J. M. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário Ribeiro da Cruz. São Paulo: Atlas, 1982.
- KUTTNER, R. O papel dos governos na economia global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, A. (Org.) *No limite da racionalidade*. Tradução Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 211-234.
- NUNES, A. J. A. *Neoliberalismo e direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 2003.
- SILVA, P. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaïbi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SMITH, A. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Recebido em 21/07/2010

Aceito para publicação em 27/11/2010

ESTUDO CRÍTICO SOBRE AS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO PARA A PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO EM UMA ECONOMIA DE MERCADO

CRITICAL STUDY ON THE STATE INTERVENTIONS TO PROTECT HUMAN WORK AND MARKET ECONOMY

Lourival José de Oliveira¹

Sumário

1. Introdução. 2. A importância do Estado no sistema econômico. 3. Uma nova abordagem da interferência do Estado. 4. As várias formas de intervenção do Estado brasileira economia. 5. Formas do Estado brasileiro proteger o trabalho humano em uma economia de mercado. 6. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The State importance in the economic system. 3. A new approach in State interference. 4. The various ways of Brazilian State intervention in economy. 5. Brazilian State ways to protect human work in a Market economy. 6. Final remarks. References.

Resumo

Neste trabalho procurou-se desenvolver um estudo crítico quanto à falsa aparência reducionista do Estado nacional. Demonstrou-se que o Estado do século XXI apresenta-se como interventor na economia, utilizando-se de outros procedimentos que são mais eficazes para um mundo globalizado. Foram estudadas as diferentes formas de intervenção, debatendo-se os procedimentos que o Estado brasileiro utiliza, principalmente quando se trata de proteção ao trabalho. Concluiu-se pela necessidade do Estado brasileiro aperfeiçoar suas formas de ação, não podendo permanecer centrado na construção de institutos jurídicos internos, como, por exemplo, edição de normas protetivas, dotadas de coercitividade, como suficientes para a proteção do trabalho humano. Em um mundo globalizado, o Estado nacional ganhou maior importância, por constituir-se no eixo entre os vários setores que compõem o mercado econômico, planejando, organizando e dirigindo-o para a consecução das finalidades públicas, razão pela qual deve aperfeiçoar também as suas formas de intervenção.

¹ Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP, professor da UNIMAR – Universidade de Marília e Universidade Estadual de Londrina.

Palavras-chave: Intervenção estatal. Globalização. Trabalho humano.

Abstract

In this study we tried to develop a critical study on the reductionist appearance of national state. It was demonstrated that the twenty-first century state appears as intervener in the economy, using other procedures that are most effective in a globalized world. We studied the different forms of intervention, discussing the procedures that the Brazilian state has used, especially when it comes to protection of labor. It was concluded that Brazilian state needs to improve ways of action and can not focused on building domestic legal institutions, such as editing coercive protective standards, as sufficient to protect human labor. In a globalized world state has gained more importance by being the link between the various sectors that make up the economic market, planning, organizing and directing it to achieve the public purposes. Those are the reasons why it should also improve its forms of intervention.

Key-words: State Intervention. Globalization. Human labor.

1 Introdução

Quando se pensa no papel do Estado na atualidade, diante da chamada globalização e a sua relação com a economia, imagina-se que houve um grande recuo do Estado, com o fim de atrair investidores externos para o espaço nacional. Juntamente vieram as defesas dos ideais de diminuição da cobrança de tributos e a não imposição de grandes regulamentos no que tange à proteção do trabalho humano, por conta que proteções sociais pode significar aumento dos custos de produção e a saída de grandes empresa do território nacional. No entanto, será que, de fato, o Estado atual está mesmo admitindo esta posição reducionista?

Uma outra questão que merece ser debatida é a interferência do Estado no mercado financeiro. Os Estados desenvolvidos, como a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, por exemplo, fizeram a opção por não regulamentar o mercado financeiro, por conta que a pujança dos seus mercados passou a representar o próprio poder do Estado internacionalizando-se. Contudo, a crise financeira que se iniciou em setembro de 2008 fez com que estes mesmos Estados nacionais socorressem o mercado financeiro, intervindo profundamente, ao ponto de emprestar dinheiro público a bancos particulares, para, tentar salvar o sistema bancário que se encontrava em crise, sob o fundamento que estaria salvando os empregos.

Esta busca pela manutenção dos empregos não representou algo diferente daquilo que ocorreria a qualquer momento, desde que necessário, considerando-se a amplitude tomada pelo mercado financeiro, como já afirmado, que passou a representar a presença daqueles Estados no espaço internacional, e a importância

da manutenção do sistema, que passou a significar a sobrevivência dos empregos por meio da sustentação do mercado.

Teria, assim, o Estado atual adotado uma nova posição no mercado financeiro, revelado com a chamada crise que se iniciou em setembro de 2008? Tudo indica que não, como também é possível afirmar inicialmente que a sustentação do Estado atual se fez de forma que não existem marcos reguladores para o mercado financeiro. Nada foi obra do acaso. O mais interessante é que nunca se viu, talvez, uma forma tão clara de intervenção como esta que marcou o socorro ao sistema financeiro nos anos de 2008 e 2009, sob o fundamento de estar socorrendo a grande parcela da sociedade.

Dentre as várias formas destaca-se o associativismo, que pode ser feito entre o Estado e a iniciativa privada, constituindo-se em um procedimento a ser analisado enquanto uma forma moderna de intervenção do Estado no mercado econômico.

Estudar estas diferentes formas de intervenção, os resultados aparentes que estão sendo obtidos, os caminhos que podem ser construídos pelos Estados com baixo desenvolvimento industrial ou tecnológico em relação aos Estados desenvolvidos é o principal objeto deste estudo, voltando-se, após, para o estudo do Estado brasileiro, dos problemas por ele enfrentados e da possível necessidade de reformulação de sua políticas públicas, em especial de proteção ao trabalho humano.

2 A importância do Estado no sistema econômico

Para o estudo que aqui será sistematizado, é importante resgatar o Estado a partir de Keynes, século XX, por conta que, através dos estudos por ele empregados, obteve-se o convencimento da necessidade da presença do Estado para o equilíbrio do sistema capitalista de produção. Não se quer aqui negar todo o desenvolvimento histórico e econômico ocorrido a contar do século XVIII. Apenas sugere-se este corte, a fim de iniciar pelo marco histórico mais importante, a partir do qual se permite desenvolver o presente tema.

Na primeira metade do século XX, houve, por assim dizer, o rompimento daquela ideia que vinha desde o final do século XIX na Europa, ou seja, a ideia de que o mercado poderia se autorregular. O mercado criaria, de forma espontânea, um instrumento próprio de proteção social, o que não aconteceu, justificando-se, assim, a necessidade da presença do Estado.

A partir de Keynes (1936), principalmente, construiu-se uma nova vertente de estudos dentro da economia, que passava a ser vista a partir da compreensão do papel do Estado nesta mesma economia. Seria um agir estatal na economia, ditando os seus rumos, os objetivos a ser alcançados, a chamada política

econômica. Por esta razão é que ganhou azas a expressão “Estado do Bem-Estar Social”, para indicar, principalmente o Estado definidor e garantidor dos benefícios sociais por meio de uma política econômica dirigida a este fim. O mercado, por si mesmo, não seria capaz de produzir avanços sociais razoáveis, necessitando da presença do Estado para estimular ou dirigir investimentos privados mediante mecanismos públicos de incentivos.

No entanto, surgiu um problema de imediato. Ou seja, como definir a melhor política econômica? Quais os meios ou mecanismos para se chegar às decisões de Estado sobre a política econômica a ser seguida? Como representar, de forma legítima, os anseios sociais, a fim de que a chamada política econômica, representada pelo Estado, não seja dirigida para uma ou outra facção social interessada e próxima do poder? São estas as distorções que podem comprometer o Estado como instrumento de desenvolvimento social, ao ponto de ele se voltar para interesses de uma pequena fração da sociedade. Trata-se, nada mais nada menos, da necessidade do desenvolvimento da própria democracia, que não pode ser confundida com a não necessidade da presença do Estado.

Esta necessidade da presença do Estado na economia fez com que o Estado passasse a realizar crescentes investimentos públicos que, porém, não foram capazes de livrar a sociedade de uma profunda estagnação econômica ocorrida, principalmente, na década de setenta na Europa e em outros países desenvolvidos. Foi uma crise econômica desmedida, que serviu de argumento para demonstrar que o Estado nacional era ineficiente, com o fito de embalar uma política de desmonte do aparelho estatal, em especial, dos Estados menos desenvolvidos.

Com a aparente impotência ou inoperância do Estado, voltaram os ideários liberais, também chamados de novo liberalismo, com o avanço das chamadas teorias monetaristas desenvolvidas, em parte, no final do século XIX e retomadas no final do século XX.

Dentro desta nova realidade de enfrentamento da crise, que surgiu mesmo com a presença do Estado atuante na economia, cresceu o debate sobre qual a finalidade do Estado, também entendido como crítica ao dirigismo estatal. A ideia da eficiência do mercado (mão invisível do mercado) voltou a crescer e a ganhar adeptos.

Em uma outra linha, divergindo das duas principais vertentes, ou seja, da necessidade do dirigismo estatal da economia e da liberdade de mercado, despontou o Marxismo, que com uma retomada de forças, defendia que nem uma nem outra prática era capaz de solucionar os problemas sociais, principalmente em razão da condição do Estado atuante, que, quando agia, defendia uma minoria.

Diante dos debates aqui apresentados e outros ainda que se espriam no estudo sobre qual seria a melhor forma do Estado, se ele participar ou não participar da economia, surge uma recente indagação. Qual o papel e o formato

que deve ter o Estado, agora com o ingrediente globalização, para defender os interesses nacionais, como por exemplo, o emprego? Ou seja, será que, com a globalização, a discussão sobre a forma ou presença do Estado na economia deve ser revista ou mantém-se a velha retórica criada a partir de Keynes? Ou, ainda, deve ser apoiada a ideia da manutenção da liberdade econômica enquanto fator “natural” de geração das proteções sociais?

Resgatando o contido no início deste estudo, quando se fala em globalização, a primeira impressão que se tem é que o Estado nacional está perdendo sua força. Inclusive, quando se discute a redução do Estado, trabalha-se muito a questão da soberania, muitas vezes utilizando-se do novo conceito de soberania, ou seja, da relativização da soberania enquanto prova do enfraquecimento do Estado nação, o que desde já não pode ser aceito.

O que existe na verdade são novas demandas ou desafios surgidos com a globalização, que se traduzem em parte no rápido desenvolvimento tecnológico, em especial das comunicações, que deverá ser enfrentado pelo Estado nacional, principalmente quando o Estado é trabalhado no contexto internacional. Novos atores surgem a todo momento, como os blocos econômicos, entes internacionais, associações internacionais de defesa de várias frentes que acabam por colocar outros desafios ao Estado. Então, não se trata do enfraquecimento do Estado, mas da nova postura que por ele deverá ser adotada ou que já está sendo adotada, que implica, verdadeiramente, em novas formas de intervenção na economia.

Marques Neto não comunga da posição defendida neste trabalho. Para o referido autor, o Estado não detém mais a força coercitiva e tem que se compor com os outros atores sociais.

Por um lado, assistimos a um processo acelerado de globalização econômica; a grande internacionalização dos mercados culmina num novo Estado em que os circuitos produtivos, comerciais, financeiros e tecnológicos configuram uma complexa rede planetária [...]. Por outro lado, observamos uma não menos poderosa tendência à fragmentação. Acentua-se a segmentação econômica entre os países, mas, ainda mais grave, é acelerada a desintegração no interior de cada país².

Primeiro, é bom que se afirme que a relativização da soberania não pode ser compreendida como sinônimo de enfraquecimento do Estado, mas, sim, como uma nova posição a ser ocupada pelo Estado nacional no cenário internacional. Já foi aqui afirmado que o Estado não pode deter mais aquela

2 MARQUES NETO, F. P. A. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 102.

soberania com características de absoluta, uma vez que o Estado não se faz mais de forma absoluta, há algum tempo. Ele deverá delegar atribuições, se fazer representar por outros órgãos, adotar posturas internacionais e importá-las para o ordenamento interno. São situações que não podem conduzir ao raciocínio de enfraquecimento do Estado.

Os avanços tecnológicos ressoam nos âmbitos financeiro e econômico, atingindo também e, por consequência, as relações de trabalho, na medida em que a produção acaba acontecendo em cadeia, com empresas situadas em diversos locais, em diversos Estados soberanos, com legislações sociais distintas, causando tratamentos diferenciados em relação àqueles que estão integrados diretamente nesta produção (trabalhadores).

O fenômeno aqui descrito, a produção sendo dividida em etapas que não mais se compreendem integralmente no território nacional, provoca inexoravelmente a transferência de estruturas empresariais de um para outro Estado soberano, principalmente com vista a serem obtidas uma facilidade e uma redução dos custos de produção, na medida em que o Estado, para onde se transferiu, não promove a proteção social mínima ao trabalho humano, nem planeja ou regulamenta os investimentos privados.

O Estado nacional deverá dialogar com as empresas e com os demais Estados sobre uma política que discipline o emprego desta nova tecnologia, em especial nas relações de trabalho.

Situações protetivas extremas, com uma interferência direta por meio de normas impositivas para o setor privado, talvez deixem de ser a melhor maneira de o Estado agir nas relações de trabalho. Os Estados desenvolvidos continuam a proteger o trabalho humano, só que com limites espaciais e éticos previamente estabelecidos mediante o associativismo com a iniciativa privada.

Determinadas fases da produção, geralmente aquelas que colocam em risco a vida humana, são deslocadas para outros espaços, que contarão com trabalhadores desprotegidos socialmente pelos seus Estados nacionais. Contudo, não deixa de ser também uma forma encontrada por parte dos Estados desenvolvidos de protegerem os seus nacionais, condenando outros trabalhadores que não fazem parte direta da sua comunidade.

Desta feita, tem-se a produção de um meio não protegido para o trabalho humano em localidades que se encontram sob a soberania de um Estado não desenvolvido ou desaparelhado.

Para Eros Grau, surge, desta nova realidade, a necessidade de um novo direito, por perceber, principalmente, que a limitação das imposições feitas pelo Estado, acaba restringindo-se ao espaço nacional, sendo que as relações

se internacionalizaram, ultrapassando, conseqüentemente, este espaço³. Neste contexto, tem-se a ampliação ou crescimento do Direito Internacional, que traz novo Estado nacional como ator, criando limites ao ordenamento jurídico interno e propondo-se a atuar em harmonia com a nova vertente internacional, como por exemplo, a proteção dos Direitos Humanos.

Também não se trata de uma simples limitação das imposições do Estado. Trata-se da necessidade da adoção de novas posturas de Estado. Posturas nunca vistas e que deverão desenvolver-se a partir do surgimento destas novas necessidades.

Não se tratado recuo do Estado nacional, como muitos defendem, mas de um novo comportamento, a partir do momento em que o cenário de atuação se amplia, tomando um contexto internacional, com um conjunto de regras que impõe limitações ao Estado na sua forma de agir e de se relacionar com a comunidade internacional e que, também, influenciadiretamente as mudanças ou alterações no seu próprio ordenamento jurídico interno.

Portanto, os Estados nacionais mantiveram a sua importância ou cresceram em importância, e as diversas novas formas de atuação acabam por construir um novo conjunto de competências que passam a ser compartilhadas com outros atores sociais, o que não significa necessariamente uma diminuição de poder ou de influência.

No caso do trabalho humano, alguns Estados desenvolvidos conseguem exportar poluentes, extrair de forma devastadora recursos minerais de regiões menos desenvolvidas e também exportar parte da produção de produtos de que mantêm o domínio tecnológico para que sejam fabricados com o uso da força de trabalho oferecida por trabalhadores desprotegidos socialmente. Investem, participam, exercem poder regulamentador, planejando os investimentos privados, inclusive determinam o papel que os Estados não desenvolvidos irão desempenhar na linha de produção.

3 Uma nova abordagem da interferência do Estado

Segundo os ideais propalados pela corrente teórica neoliberal, no que se refere à presença do Estado, defende-se que ele apareça o quanto menos na economia, não seja desenvolvimentista ou ativista, mesmo naquelas áreas reservadas para a sua exclusiva ação. A pergunta que se faz, no momento, é se este Estado do século XXI, realmente, é não interventor ou se o processo de redução está acontecendo?

3 GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Embora seja este o perfil que se esperava para o Estado do século XXI, segundo os liberais, não é o que de fato está acontecendo, principalmente nas economias ditas do primeiro mundo. Surge então a indagação sobre a aparente ideologia montada por aqueles que defendem a liberdade de mercado, por conta que o Estado nacional do mundo desenvolvido atua diretamente na economia, apoiando, com suas políticas tributárias e de investimentos diretos (subsídios), setores estratégicos valorosos da iniciativa privada, como base de sustentação da sua própria hegemonia.

Mesmo no Brasil, com a criação das agências reguladoras, ainda que se encontre em uma fase inicial de desenvolvimento, este processo regulatório marca a presença do Estado nos setores que foram, por assim dizer, privatizados. É evidente que o funcionamento das agências aqui tratadas deve passar por um processo de aperfeiçoamento em busca das suas “independência”. Não obstante, é um marco profundo da presença do Estado de forma ativa, regulamentando e fiscalizando setores da produção, inaugurando um novo modo de intervenção (regulação).

Melhor explicando, trata-se de um novo processo regulatório, que está sendo criado após um processo de desregulamentação. É quase que uma contradição, por conta que os processos de privatização que se iniciaram no mundo e no Brasil traziam como vertente principal a retirada do Estado da economia ou a sua redução enquanto poder econômico. Com agências funcionando bem, nem uma coisa nem outra terá ocorrido e a presença do Estado se fará de forma forte e sadia.

O controle por parte dos Estados desenvolvidos e suas diversas formas modernas de intervenções ocorrem também em torno de entes internacionais, como, por exemplo, a chamada Organização Mundial do Comércio (OMC), no qual estes Estados construíram um regramento para que os outros não possuam o mesmo grau de desenvolvimento, impedindo que invistam diretamente em tecnologias.

A União Europeia, a cada dia, restringe mais a entrada de imigrantes que possam “roubar” postos de trabalho dos seus nacionais e estas restrições acabam acontecendo mesmo para trabalhadores que pertençam a Estados europeus, o que, de certa forma, acaba depondo contra os ideários do conceito de integração.

Mesmo que proibam campanhas públicas contra trabalhadores estrangeiros, como a American Worker faz nos Estados Unidos, os governos das maiores economias da União Europeia têm adotado políticas restritivas a estrangeiros no mercado de trabalho. Entre as ações estão a punição de empresários que empregam ilegais e incentivo financeiro ao retorno dos trabalhadores. Os casos mais graves ocorrem na Itália e na Espanha – países que mais recebem ilegais no continente.

Na Europa, a única demonstração aberta de repúdio aos estrangeiros desde o aprofundamento da crise ocorreu na Inglaterra, no início de fevereiro, quando sindicatos britânicos protestaram contra a contratação de operários portugueses e italianos para as obras de ampliação de uma unidade da Total em Lindsay, a leste do país. As manifestações foram denunciadas como protecionismo, mas não são isoladas. Medidas de restrição do mercado para estrangeiros são criadas toda semana na Europa. Na sexta-feira, o Parlamento Europeu aumentou as sanções para empresários que contratarem trabalhadores clandestinos, estimados entre 4,5 milhões e 8 milhões. O projeto se somará a outras ações de controle da imigração, como o Pacto Europeu de Imigração e Asilo e o Fundo Europeu para o Retorno, que investirá 676 milhões até 2013 para repatriar trabalhadores⁴.

É uma situação, no mínimo, contraditória o que vem acontecendo na União Europeia no que se refere à circulação de trabalhadores. Isto porque, de acordo com a Diretiva 68/360, de 15 de outubro de 1968 da União Europeia, assegura-se a permanência no território nacional no caso de trabalhador com emprego comprovado. Também vale citar o artigo 48 do Tratado de Roma, que assegura que não poderá haver discriminação de trabalhadores pertencentes a Estados-membros, que nada mais é que a proclamação da liberdade de circulação de trabalhadores no velho continente. Com o desemprego, cresce a reserva de soberania dos Estados nacionais, que acabam intervindo no mercado de trabalho, até contrariando pactos internacionais de livre circulação de trabalhadores.

Estes Estados desenvolvidos (EUA, Japão, Inglaterra, Espanha, e outros) também promovem outras formas de intervenção no mercado de trabalho. O financiamento ou subsídios de tecnologias modernas, conhecidas como de base, valendo citar as tentativas de criação de outras fontes de energia, novas formas de comunicação, novos materiais, com vistas para um desenvolvimento futuro e dominador, acabam barateando os seus produtos e tornando a sua indústria nacional mais competitiva. É uma forma “escondida” de subsidiar a sua produção por meio de políticas de desenvolvimento tecnológico a ser usado em variados setores estratégicos da economia, que acabam repercutindo nos seus mercados de trabalho.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a indústria militar é geradora de tecnologia moderna. E esta indústria militar encontra-se nas mãos da iniciativa privada que conta com a intervenção do Estado no seu financiamento. Nos dias de hoje, segundo dados fornecidos pelos próprios Estados Unidos, o investimento

⁴ NETO, A. Desemprego. Crise amplia restrições aos estrangeiros na União Européia. Global 21 de 10 de abril de 2010. <http://www.global21.com.br/materias/materia.asp?cod=23714&tipo=noticia>, capturado em 12 de abril de 2010.

que é feito na indústria bélica corresponde a, aproximadamente, 50% do valor que é investido no mesmo setor em nível mundial.

Os gastos militares aumentaram 37% nos últimos dez anos, chegando a 1,2 trilhão de dólares. Os EUA seguem liderando a corrida armamentista no planeta. Os gastos militares dos EUA chegam a 528,7 bilhões de dólares em 2006, valor que representa 46% do conjunto de todos os gastos militares do mundo⁵.

Acredita-se que não existe melhor formade intervenção do Estado na economia, no caso, americana, ainda que paire a aparência de liberdade de mercado em relação aos investimentos feitos em tecnologia para o desenvolvimento de armas. E note-se que, neste caso, é pouca a oposição da sociedade civil para estes investimentos, por significar investimento público em segurança, acobertando por assim, dizer o verdadeiro subsídio prestado à setores da produção nacional.

Desta forma, o Estado americano, que aparentemente não traz a marca de ser um Estado interventor, na verdade possui outras formas de intervenções mais diretas, com o deslocamento de dinheiro público na compra contínua de produtos estratégicos produzidos pela iniciativa privada, bem como age com instrumentos que demonstram grande eficiência na regulação do mercado econômico, incluindo-se o incremento à geração de emprego. Mesmo diante de todos estes processos interventivos, é apontado como um Estado que prima pela liberdade de mercado e não interferência pública, embora a interferência ocorra de forma intensa.

O investimento público para o desenvolvimento de armas não desenvolve somente as armas, mas cria novos produtos que serão utilizados em outros setores, além da dominação bélica propriamente dita no caso de um conflito armado para defender áreas estratégicas ou reservas naturais que se possam constituir em importante matéria-prima.

Tanto nos Estados Unidos da América como na China tem-se muito claro o conceito de empresa nacional, sendo que esta última se inspirou no conceito americano, que se baseia nos parâmetros territorialidade, uso de força de trabalho nacional e com capital de pelo menos 50% nacional, justamente para que estas empresas sejam amparadas pelo Estado para a construção de uma tecnologia própria, com diferenças no tratamento fiscal e de financiamentos públicos, o que não acontece no Brasil. Mais um ponto de distinção entre a forma ativista dos

⁵ WISSELMER, M. A. Estados Unidos lideram corrida armamentista no planeta. História das Cavernas ao Terceiro Milênio. www.moderna.com.br/moderna/didaticos/ef/historia/historiacavernas/textos, capturado em 10.03.2010.

Estados desenvolvidos em comparação com os Estados não desenvolvidos no que se refere à intervenção na economia.

O Estado como autor do desenvolvimento não significa que ele precise incumbir-se diretamente da produção. O investimento ou a presença do Estado na produção não se circunscreve à criação de grandes indústrias estatais para competir com o setor privado diretamente, embora tenha sido esta a política que vem sendo adotada no Brasil. A presença ativista do Estado moderno se dá por outros caminhos e existem, por assim dizer, diversas formas de intervenção, assim como existem diferentes maneiras de agir. Se compararmos os Estados desenvolvidos e os não desenvolvidos, ainda que fazendo parte do mesmo mundo globalizado, serão encontrados instrumentos diferentes de intervenção, de acordo com o seu desenvolvimento econômico.

Fica assim inconsistente a tese da fragilidade do Estado nacional na atualidade, por conta que se vive numa forte intervenção ou interferência, principalmente por parte dos Estados desenvolvidos na economia de mercado. O neoliberalismo não está construindo um Estado fraco e não interventor. De forma contrária, está formando um Estado regulador, com ações diretas interventivas, associando-se com o setor privado em algumas situações. A fragilidade do Estado nacional pode existir nos lugares onde ele não está desenvolvido suficientemente, talvez por limitação imposta por parte daqueles que se desenvolveram suficientemente.

No entanto, esta situação não pode ser tratada de forma simplista, como se o Estado nacional estivesse chegando à estagnação. Com certeza, esta situação não está acontecendo, em especial se forem levados em conta o contexto econômico em que ele está se inserindo e os variados instrumentos de intervenção que estão sendo utilizados.

4 As várias formas de intervenção do Estado brasileiro na economia

A palavra intervenção do Estado na ordem econômica em uma democracia acaba recebendo críticas das mais variadas. Talvez por este motivo uma parte dos autores utiliza a denominação “atuação” do Estado na ordem econômica, muito embora tudo indique que a palavra intervenção seja a mais apropriada, por se tratar da ação do Estado no setor privado, ou seja, econômico.

Não tem este trabalho a missão de explorar por demais as terminologias suscitadas. Persegue-se, aqui, distinguir ou clarear as variadas formas de intervenção do Estado na ordem econômica em sentido estrito e em sentido amplo, por conta que é melhor compreender a atividade econômica como sendo o gênero, na qual

estariam compreendidos ou contidos o serviço público e a atividade econômica, a espécie, a fim de estabelecer-se algumas linhas de atuação do Estado⁶.

Não pode ser esquecido que as variadas formas intervenção do Estado na ordem econômicas e fundam na defesa do contido artigo 170 “caput” da Constituição Federal, que é a valorização do trabalho humano, com a finalidade de alcançar o bem-estar social ou, de forma mais detalhada, os objetivos decompostos no artigo 3º também da Constituição Federal, destacando-se aqui a redução da desigualdade social e erradicação da pobreza.

Feitos estes esclarecimentos, passa-se então para uma breve análise da Constituição Federal, começando pelo artigo 173 “caput”, que apresenta a seguinte redação:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Trata-se, no caso, da atuação direta do Estado, ou dos entes de direito público internos em área própria do setor privado, ou seja, na atividade econômica no sentido estrito, não alcançando empresa pública ou sociedade de economia mista que prestem serviços públicos.

Já no artigo 174 da Constituição Federal, a palavra atividade econômica é utilizada no sentido amplo, no que tange à atuação estatal no sentido normatizador, exercendo o Estado as funções de incentivo e planejamento, englobando toda a atividade econômica, seja a prestação de serviços públicos propriamente ditos seja aquelas atividades exercidas em essência pela iniciativa privada.

E, por último, vem o fechamento através do artigo 170 “caput” também da Constituição Federal, que, na verdade, é a base de tudo, no qual toda a atividade econômica, não importando se é serviço público desenvolvido pelo Estado ou serviços desenvolvidos pela iniciativa privada, deve respeitar, na sua totalidade, o valor trabalho humano, buscando sempre as finalidades dispostas, principalmente, no artigo 3º também do texto constitucional, que somente serão conseguidos na medida em que forem respeitados concretamente os princípios contidos no corpo do próprio artigo 170 da Constituição.

Segundo Diógenes Gasparini, a intervenção do Estado pode ser conceituada como “todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa

6 GRAU, E R. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.104.

privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais”⁷.

Por este conjunto de dispositivos citados, talvez caiba, com maior propriedade, a designação intervenção do Estado, quando verdadeiramente se tratar de ação direta do Estado no setor privado, nas atividades desenvolvidas pelo setor privado e não quando o Estado age no desenvolvimento direto de função pública. Contudo, uma coisa é certa, o Estado tem o dever de intervir sempre que a atividade econômica, entendida no sentido amplo, vem a afetar o princípio e a causa fim buscada constitucionalmente, que reside no princípio que, ao mesmo tempo, também é fim, chamado de dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, em síntese, a intervenção do Estado deverá ocorrer, não importando o mecanismo por ele utilizado, sempre que for exigida uma ação transformadora do comportamento do mercado econômico, seja para adequá-lo a normas concorrenciais ou reconduzi-lo para o caminho do interesse público.

O Estado brasileiro tem uma cultura de intervenção direta ilegítima em variadas ações, que ocorre sempre que não cumpre com os requisitos necessários estabelecidos no artigo 173, parágrafo 1º da Constituição Federal. Neste caso, vale citar o exemplo da própria existência do Banco do Brasil S.A. atuando nas mesmas condições que os demais bancos particulares, sem o cumprimento dos requisitos para esta intervenção. Uma coisa é certa, o Estado brasileiro cresce interventivamente, na medida em que cresce o montante de recursos acumulados nestes entes para influenciar as regras existentes no setor econômico.

Tirando de lado este tipo de intervenção direta, as intervenções indiretas estatais são as que mais resultados acabam produzindo em termos de mudança de comportamento do setor privado. Nos Estados Unidos da América do Norte, segundo Eduardo Paz Ferreira:

[...] mesmo as políticas mais intervencionistas raramente se orientam para a produção pública de bens como forma de corrigir as falhas de mercado, privilegiando a actuação de agências públicas para assegurarem determinados comportamentos dos privados. As razões que levam a estas respostas tem a ver com tradições culturais e econômicas que levaram a que nos Estados Unidos nunca se assistisse a um crescimento muito acentuado do setor público⁸.

A regulação normativa, fator preponderante da liberdade de mercado, não faz do Estado nacional algo impotente. De forma inversa, marca-o como expressamente atuante. Normas rígidas em que impõe determinados

7 GASPARINI, D. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 614.

8 FERREIRA, E. P. *Direito da economia*. Lisboa: AAFDL, 2001, p.395.

comportamentos ao setor privado, mesmo que este não atue diretamente na produção de bens ou prestação de serviços, colocam o Estado nacional como um ator legítimo e ativo no conjunto do setor privado. Ainda mais se for levada em conta a sua participação enquanto órgão de fomento para determinados setores estratégico (como a produção de tecnologia) do setor privado.

Não se pode trabalhar com a ideia que, por conta do Estado não atuar diretamente ou por conta de haver um “enxugamento” da máquina pública, com a redução do tamanho do Estado através de processos de privatizações, ele se torne obrigatoriamente inerte e sem condições de intervenção. Com este raciocínio estariam sendo desprezadas as demais formas de atuação. O que se tem é uma nova forma ou novo comportamento do Estado em relação à economia de mercado, não podendo ser diferente para atender a complexidade surgida com o fenômeno da globalização, onde este mesmo Estado nacional acabou internacionalizando-se, no sentido de ter-se tornado em mais um ator internacional.

Sendo assim, extrai-se uma outra conclusão, ou seja, queo Estado gigante não é sinônimo de Estado interventor ou vice-versa. A intervenção mede-se pela sua forma de atuação que necessariamente não precisa ser feita de forma direta ou praticada por parte dos serviços ou produtos em que diretamente participa. A intervenção indireta pode ser marcante, a partir do momento em que o Estado se apresenta como órgão de fomento, compartilhando responsabilidades com o setor privado, exercendo políticas públicas protetivas dos seus nacionais, planejando e regulamentando, quando necessário, o mercado econômico.

A sua forma mais desenvolvida é a associação com a iniciativa privada, segundo critérios de gerenciamento com eficiência.

5 Formas do Estado brasileiro proteger o trabalho humano em uma economia de mercado.

No Brasil, prevendo-se a possibilidade de continuar a queda nas exportações brasileiras, no início do ano de 2010, foi proposta a possibilidade de o Estado, através de órgãos próprios de fomento como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), financiar setores do mercado internacional para a compra de produtos brasileiros e ou o investimento nas empresas nacionais para o desenvolvimento de tecnologias. Observa-se, nesta tentativa, a ousadia no sentido de aplicar recursos públicos para fortalecer as exportações mediante o investimento direto na aquisição de bens nacionais da empresa nacional.

Uma das principais metas da PDP para 2010, a taxa de investimento fixo da economia, deverá ser também a maior frustração do balanço.

Há dois anos, o governo projetou como meta alcançar investimento de 21% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2010. No entanto, a crise econômica levou ao adiamento dos investimentos, principalmente na indústria, atrapalhando os planos. Mesmo com todas as medidas anticíclicas e a criação de linhas de financiamento mais atrativas para a aquisição de bens de capital, a taxa fechou 2009 em 16,7% do Produto Interno Bruto (PIB). Uma projeção da área de pesquisa econômica do BNDES indica que a meta da PDP só será superada em 2012. O banco estima que a taxa de investimento ficará em torno de 20% em 2011 e chegará a 21,2% no ano seguinte⁹.

Contudo, propostas desta envergadura, que se caracterizam como interventoras, acabam perdendo força por conta que, na maioria das vezes, ficam apenas no nível teórico. O Estado brasileiro ainda adota a forma grotesca de proteção do trabalho humano, com normas de ordem pública de caráter coercitivo, que remontam à década de quarenta do século passado, quando o Estado se fazia soberano com uma maior gama de poderes, em uma época não globalizada, na qual ainda não haviam surgido os chamados novos atores internacionais e a economia não se havia ainda mundializado.

O modelo de proteção do trabalho humano adotado até os dias atuais pelo Estado brasileiro ainda usa as vestes do Estado concebido fora de um regime democrático, que se preocupava em livrar os conflitos entre trabalhadores e empregadores, sem se deter na atuação efetiva do Estado como fonte de fomento de geração e de proteção do trabalho humano.

O Estado brasileiro ainda se preocupa em demasia com a construção de uma legislação protetiva, como se isto fosse sinônimo de proteção do trabalho humano em uma economia internacionalizada.

Na verdade, a forma moderna de intervenção do Estado na economia, com vista ao favorecimento do mercado de trabalho, na tentativa de proteção do trabalho humano, repousa-se na realização do chamado princípio do pleno emprego, que se constitui em uma parte do eixo maior que é a valorização do trabalho humano, que, por sua vez, constitui-se no tronco monolítico que são os chamados Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos que se irradiam das mais diferentes formas, dentre as quais, vale citar a proteção do trabalho humano.

Sendo assim, como poucos entendem, o núcleo de proteção ao trabalho humano não se encontra contido no artigo 7º da Constituição Federal e sim no

9 BNDES e Lula se reúnem para avaliar política industrial. Economia Brasil, em 06/04/2010. <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,EMI131338-16357,00-BNDES+E+LULA+SE+REUNEM+PARA+AVALIAR+POLITICA+INDUSTRIAL.html>, acesso em: 07 abr.2010.

artigo 170 da mesma carta, especificamente no inciso VIII, que trata da “busca do pleno emprego”.

A primeira explicação que pode ser dada ao princípio do pleno emprego está no implemento de políticas públicas voltadas para a regulação da atividade econômica no sentido de incentivar e investir na iniciativa privada para fomentar a geração de empregos. Contudo, parece um tanto quanto simplista referida explicação, por conta que este princípio legitima a intervenção do Estado no mercado econômico, dando maior amplitude, se comparado com o contido nos artigos 173, 174 e 175, todos da Constituição Federal, por conta que se trata de um princípio regra executável, independentemente de qualquer complemento regulatório.

De forma concreta, é possível identificar alguns pontos devidamente balizados nas quais pode ser encontrado o referido princípio externado. Um deles é o regime de insolvência empresarial e recuperação da empresa, ditados pela Lei 11.101/2005, que implica na manutenção da atividade empresarial e, por consequência, na manutenção dos empregos, muito embora a mesma lei tenha, de certa forma prejudicado os trabalhadores no recebimento dos seus créditos quando tratou da sucessão trabalhista.

Após exemplificada uma das formas de revelação do princípio do pleno emprego, cabe a tentativa de conceituar o significado de pleno emprego.

O pleno emprego pode ser decorrente da publicização do trabalho humano, no sentido de ser defendido por toda a sociedade, que é representada pelo Estado. Também trata-se da democratização das relações de trabalho, de forma que todos os que querem trabalhar possam encontrar no mercado de trabalho a sua colocação¹⁰. Não interessa se se trata de ser empregado propriamente dito ou de assumir outra forma de prestação de trabalho. O que interessa é encontrar no mercado econômico uma forma de, através da venda da força de trabalho, alcançar uma vida digna.

O pleno emprego está umbilicalmente ligado à função social da propriedade. Não se desenvolve um sem que se desenvolva o outro. Em ambos os princípios evidencia-se a marca maior do Estado do bem-estar social, que se caracteriza como um Estado intervencionista.

Na medida em que se busca atingir o pleno emprego, por certo várias ações do Estado estarão sendo implementadas no sentido de, através dele, alcançar objetivos, como por exemplo, a redução das desigualdades sociais, redução da pobreza, produção de uma vida digna (artigo 3º da Constituição Federal). Uma consequência quase que imediata, que pode ser sentida quando se aproxima do pleno emprego, é a valorização da força de trabalho, por conta que vai sendo

10 ASSIS, J. C. *Trabalho como direito*: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002, p. 17-18.

reduzido o desemprego, ou aqueles que não possuem trabalho, criando assim um mercado mais atraente, que necessita da força de trabalho e acaba por aumentar o seu valor.

Tem-se então uma nova dimensão para o Direito do Trabalho, que não é mais a simples preservação ou defesa por normas de ordem pública daqueles que estão em condições de trabalhar. Através do princípio da busca do pleno emprego, o próprio Direito do Trabalho e, com ele, a função do Estado se ampliam. O Estado não mais se detém na proteção dos que se encontram trabalhando. Exigem-se políticas públicas para aqueles que não se encontram trabalhando e que, por este estado de coisa, acabam interferindo (grau de desocupados) na qualidade do trabalhodaqueles que se encontram trabalhando. Fica justificada, aqui, a localização do tronco protetivo do trabalho humano, que se encontra especificamente concentrado no artigo 170 da Constituição Federal.

O pleno emprego pode ser descrito como a intervenção do Estado para a melhoria da qualidade do emprego, importando, necessariamente, para tanto na redução do número de desempregados.

Resta agora saber duas coisas de grande importância. Primeiro, as várias formas de o Estado realizar o referido princípio, ou seja, as formas modernas de ação do Estado na ordem econômica. E, em segundo plano, saber se referido princípio é de cunho programático ou de aplicação imediata.

Começando do segundo para o primeiro, é importante firmar que referido princípio é de aplicação imediata pelo simples fato de se tratar de um direito social e, sendo assim, fazer parte da gama de direitos fundamentais, que acaba irradiando-se em exigências a serem feitas por meio do poder regulador do Estado em relação à atividade empresarial.

A Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que foi ratificada pelo Brasil e logo após denunciada, trata-se de um dos melhores exemplos de realização do princípio da busca do pleno emprego, por conta que ela proíbe que o empregado seja demitido sem uma causa justificadora e ou arbitrariamente, ainda que seja de natureza empresarial.

Quanto às variadas formas de agir do Estado para realizar o princípio da busca do pleno emprego, é importantecitar as parcerias que devem ser feitas com o setor privado, em especial, o setor empresarial. Como já feito referência neste trabalho, o Estado gigante não é certeza de Estado atuante. O Estado precisa ser regulador e, para tanto, necessita manter um compromisso sério com o incentivo ao empreendedorismo. O Estado precisa ser empreendedor no sentido de estabelecer parcerias com os mais diversos setores, de forma a contribuir e, ao mesmo tempo, cobrar ações sociais por meio do seu comportamento como parceiro das variadas iniciativas empresariais.

Nas palavras de Mark Lathan, o Estado deve agir como um facilitador e não um realizador direto na geração de empregos, o que pressupõe tornar atrativos determinados setores, no sentido de ativá-los para o investimento privado.¹¹ E como isto pode acontecer? Por meio de mudanças de natureza tributária ou do planejamento de investimentos, que passa também pelo subsídio inicial ou financiamento público de determinadas atividades econômicas.

Toda esta forma de agir do Estado nacional deve estar margeada por um comportamento gerencial, que possa medir os resultados obtidos por esta parceria com o setor privado. Em outras palavras, deve ser feita uma avaliação dos resultados obtidos a partir dos investimentos públicos, para se saber da possibilidade de dar continuidade a estes investimentos públicos ou não. Trata-se da associação com o princípio da eficiência, só que entendido dentro do cunho de gerenciamento dos recursos públicos, fazendo com que o Estado, por meio de políticas de ação, se torne também um parceiro empreendedor, só que voltado para uma associação do público com o privado, com um objetivo imediato, que é a realização dos objetivos constitucionais contidos no artigo 3º da Constituição Federal.

Desta análise retira-se outra conclusão. Que as ações do Estado, interferindo no mercado econômico, devem ser constituídas por formas associativas com a iniciativa privada, programadas, analisando-se os resultados obtidos de maneira gerencial, trazendo para o princípio da busca do pleno emprego a função social empresarial, margeado pelo princípio da eficiência no gerenciamento das ações e, em especial, estabelecendo-se critérios para os investimentos públicos. Esta forma ativa de se fazer presente retira o Estado do caminho da filantropia ou de ações sociais diretas sem cunho associativo com a iniciativa privada, que, na maioria das vezes, não qualificam a força de trabalho para o mercado, não criam mercados, não formam verdadeiras parcerias.

É importante conceituar parcerias público-privadas. Em linhas gerais, representam opções atuais em que se busca como resultado a eficiência administrativa, na tentativa de viabilizar investimentos privados para a realização de tarefas próprias de Estado. Segundo Marçal Justen Filho:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro¹².

11 MARK LATHAM. A terceira via: um esboço. In: GIDDENS, A. (Org.). *O debate global sobre a Terceira Via*. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

12 JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.509.

Neste estudo, não foi adotado como fundamento para o surgimento das parcerias o enfraquecimento do Estado, que promoveu privatizações e, portanto, deixou de deter condições para realizar as suas obrigações. Entende-se que as parcerias com o setor privado resultam em novas formas de atuação do Estado, considerando-se as necessidades sociais existentes e ampliadas, bem como a construção de um mercado econômico globalizado que se apresenta composto por entes privados que passaram a ter finalidades públicas juntamente com a finalidade lucrativa. Portanto, não significa o desmonte do Estado.

Descarta-se aqui que o aperfeiçoamento dessas inúmeras parcerias não foi o resultado do enfraquecimento do Estado. Trata-se do Estado criando e devendo utilizar-se novas práticas para atender à dinâmica exigida em um mundo globalizado. Portanto, não se trata apenas da escassez de recursos públicos para o implemento de ações e cumprimento de obrigações públicas. Trata-se de uma nova forma de gerenciamento que pode resultar em maiores conquistas, se comparado com a intervenção direta do Estado, por conta que as parcerias que se estabelecem por meio de contratos públicos são, na verdade, o associativismo ou o parcelamento de responsabilidades com o setor privado, no que se refere ao atendimento de necessidades sociais.

Melhor dizendo, sem este associativismo fica difícil operar-se a própria função social da propriedade, muito embora existam empresas ou ações privadas não acobertadas por qualquer incentivo público, que acabam por produzir ótimos resultados.

No entanto, precisa ser adicionado às várias possibilidades do agir do Estado o elemento globalização. A interdependência, criada sobre vários aspectos pela globalização, exige do Estado posicionamentos em nível local, nacional e internacional. De nada vai adiantar, a exemplo do Estado brasileiro, a manutenção de normas rígidas de proteção ao trabalho humano, caso não haja uma posição de investimento, de associação com o setor privado, de forma a gerir a criação e melhoria dos empregos existentes. De nada irá adiantar se, no plano internacional, este mesmo Estado não se fizer presente para direcionar, estabelecer novas relações com outros Estados, criando laços de cooperação econômica internacional. A rigidez das leis locais não será suficiente para valorizar o trabalho.

O Estado atual passa por uma mudança na forma de gestão, deixando de ser um prestador de serviços diretos e passando a ser um realizador de planejamentos estratégicos. O Estado passa a ser um elo entre vários parceiros nacionais e internacionais e a sua eficiência em compor esta ligação vai resultar ou não na melhoria das condições de vida dos seus nacionais, que pressupõe melhoria nas condições de trabalho.

A criação de um ambiente propício para a iniciativa privada, que proporcione a liberdade de criação individual e ações sociais, talvez seja um

dos pontos mais importantes desta nova postura de Estado em um mundo globalizado.

Surgem, então, as novas características deste Estado interventor, adotando-se a nomenclatura clássica de Estado Social Democrático de Direito. São elas: a- formação de instituições fortes, com credibilidade e independência, em especial tratando-se de instituições judiciais; b- uma estrutura legal que efetive a proteção social, em compasso com a atividade econômica; c- um sistema fiscal que priorize a geração de bens públicos; d- o desenvolvimento competitivo do trabalho, ampliando-se as capacidades e a qualidade da mão de obra; e- estabelecimento de parcerias entre o Estado e o setor privado; f- acesso à informação; g- investimentos diretos e indiretos no desenvolvimento de novas tecnologias¹³.

Diante deste novo quadro, o Estado se apresenta promovendo, supervisionando, regulando, intervindo por outros caminhos. O Estado e o mercado econômico passam a ser vistos como complementos e não como forças contrárias. Não existe a possibilidade da construção de um mercado interno forte, sem que o Estado contribua para tanto.

Os governos devem executar uma tarefa dupla. Primeiro, eles precisam criar uma política em que o empreendedorismo possa florescer. Em segundo lugar, eles precisam facilitar às empresas empreendedoras. A primeira tarefa que exige uma política estável e segura. Resolução de conflitos e a ordem social esteja apoiada por instituições democráticas. A segunda tarefa envolve o estabelecimento de serviços financeiros, jurídicos e as instituições do mercado, e de um aparato regulatório que permite às pessoas abrir um negócio sem muita dificuldade, também para ter acesso ao crédito a preços acessíveis, e investir em atividades produtivas¹⁴. (Tradução)

Ficam desenhados os contornos do novo Estado, partindo-se do estudo das modernas formas de intervenção, demonstrando-se que não ficar com enfraquecido ou subjugado à condição de submetido ao mercado econômico. De forma diversa, por meio de suas novas formas de atuação, continua sendo o elo de integração entre os vários setores da produção econômica, associando-se, regulando, intervindo e planejando a atividade econômica.

Não se quer aqui propor o desmonte de todo o acervo legislado em favor da proteção do trabalho, que se encontra contido em especial no artigo 7º da

13 STIGLITZ, J. *Redefinição do papel do Estado: o que fazer? Como deve fazê-lo? E como essas decisões devem ser feitas?* Documento apresentado ao décimo aniversário da MITI Research Institute, Tóquio, Japão, 1998.

14 SOTO, H. *The mystery of capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, New York, 2000.

Constituição Federal. Deseja-se despertar para a possibilidade de criação de outras formas de ativismo estatal, que já são utilizados por outros Estados nacionais. Nunca se teve, talvez, um Estado tão intervencionista como é esperado do Estado do século XXI.

6 Considerações finais

Ficou demonstrada a importância que o Estado possui em uma economia de mercado, em especial por meio do estudo das suas variadas formas de intervenção.

Mesmo diante dos propósitos neoliberais, destacando-se o incentivo à redução do Estado, constatou-se que o modelo de Estado desenvolvido no momento atual segue sentido oposto, com a adoção de políticas públicas com gerenciamento eficiente, intervindo fortemente nas relações de mercado, muito embora seja imposto às economias internas menos desenvolvidas o mito do Estado não interventor. Sendo assim, o Estado que se apresenta na atualidade nas economias desenvolvidas dialoga crescentemente com a iniciativa privada.

O Estado brasileiro é marcado por sua forma ativa de comportamento, em especial quanto às relações de trabalho. Historicamente, a contar de Getúlio Vargas, a proposta foi de construir um arcabouço jurídico, constituído por normas de ordem pública capazes de disciplinar a relação capital e trabalho. Não obstante este ideário, o Estado brasileiro não se instrumentalizou o suficiente ao ponto de desenvolver outras formas de ações ativistas. Ele não se constitui, na atualidade, em um agente no setor privado capaz de dialogar de forma produtiva com o capital produtivo e os trabalhadores, com o fito de concretizar os ideários contidos no princípio do pleno emprego.

O Estado nacional tornou-se mais um dentre os vários agentes que compõem o mundo globalizado. Exige-se dele, no atual contexto, o cumprimento de vários papéis, principalmente no que diz respeito à sua participação ativa no plano internacional. E, o Estado brasileiro deve adaptar-se a este novo conceito.

As variadas formas de intervenção devem alcançar o plano regional, nacional e internacional, com delegação de poderes a outros entes supranacionais e ou entes internacionais. A importância do Estado no contexto de uma economia de mercado é imprescindível, principalmente quando se trata da defesa dos direitos sociais.

Referências

ASSIS, J. C. *Trabalho como direito: fundamentos para uma política de pleno emprego no Brasil*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

BNDES e Lula se reúnem para avaliar política industrial. Economia Brasil, em 06/04/2010. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,,EMI131338-16357,00-BNDES+E+LULA+SE+REUNEM+PARA+AVALIAR+POLITICA+INDUSTRIAL.html>, acesso em: 07 abr.2010.

FERREIRA, E. P. *Direito da economia*. Lisboa: AAFDL, 2001.

GASPARINI, D. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JUSTEM FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARK LATHAM. A terceira via: um esboço. In: GIDDENS, A. (Org.). *O debate global sobre a Terceira Via*. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

MARQUES NETO, F. P. A. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NETO, A. Desemprego. Crise amplia restrições aos estrangeiros na União Européia. Global 21, de 10/04/2010. Disponível em: <http://www.global21.com.br/materias/materia.asp?cod=23714&tipo=noticia>, acesso em: 12 de abril de 2010.

SOTO, H. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*, Basic Books, New York, 2000.

STIGLITZ, J. Redefining the Role of the State: What should it do? “Redefinição do papel do Estado: O que fazer? How should it do it? Como deve fazê-lo? And E how should these decisions be made?, paper presented at the Tenth Anniversary of MITI Research Institute, Como essas decisões devem ser feitas? Documento apresentado ao décimo aniversário da MITI Research Institute, Tokyo, Japan. Tóquio, Japão, 1998.

WISSELHEIMER, M. A. Estados Unidos lideram corrida armamentista no planeta. História das Cavernas ao Terceiro Milênio. www.moderna.com.br/moderna/didaticos/ef/historia/historiacavernas/textos, acesso em: 10 mar. 2010.

Recebido em 12/06/2010

Aceito para publicação em 18/10/2010

DIREITO INTERNACIONAL FRAGMENTADO E PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS: AS REPERCUSSÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DOS ESTADOS NACIONAIS

FRAGMENTED INTERNATIONAL LAW AND THE PROTECTION
OF HUMAN RIGHTS: THE REPERCUSSIONS IN THE
DEVELOPMENT OF NATIONAL STATES

Ana Muñiz Álvarez¹
Henrique Weil Afonso²
José Luiz Quadro de Magalhães³

Sumário

1. Introdução. 2. A unidade do direito internacional. 3. A fragmentação da ordem jurídica global. 4. Comercio internacional e direitos humanos. 5. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. The unity of International Law. 3. The fragmentation of global legal order. 4. International Trade and Human Rights. 5. Final Remarks. References.

Resumo

O presente artigo pretende investigar a possibilidade de um diálogo construtivo em torno dos Direitos Humanos, tendo em vista uma ordem jurídica global contemporânea que se encontra em processo de fragmentação. A marca essencial desse processo é a consolidação de regimes autossuficientes, que se afastam das normas gerais de Direito Internacional, de modo a comprometer sua unidade. Tais regimes buscam tutelar disciplinas de elevada especificidade técnica, exigindo do operador legal o desenvolvimento de mecanismos capazes de compreender as peculiaridades das relações internacionais. Neste contexto, a busca por um elemento capaz de conferir certa unidade em meio à fragmentação revela-se tarefa primordial.

Palavras-chave: Direito internacional. Fragmentação e unidade. Políticas públicas.

1 Mestre em Direito Público e Professora da PUC-MG.

2 Mestre e Doutorando em Direito da PUC-MG. Professor de Direito Internacional do Centro Universitário de Sete Lagoas.

3 Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor da UFMG, PUC-MG e FDSM.

Abstract

The present essay intends to investigate the possibilities of a constructive dialogue concerning Human Rights. The starting point of this task is the comprehension of the fragmentation process of the contemporary global legal system. The most important mark of this process is the consolidation of the self-contained regimes, which deviates from general norms of International Law, in a way that threatens its unity. Such regimes seek to regulate disciplines of particular high degrees of technical expertise. It demands legal lawyers to develop mechanisms capable of understanding the peculiarities of international relations. In such a context, the search for an element capable of granting certain unity amidst fragmentation becomes paramount.

Key-words: International law. Fragmentation and unity. Public policy.

1 Introdução

O fenômeno da globalização e a diversificação das relações internacionais imprimem variados desafios à ordem jurídica internacional. Novos sujeitos de Direito Internacional lutam por reconhecimento e por um papel mais ativo na consecução dos objetivos da agenda internacionalista: a lógica mercadológica, o liberalismo econômico e o ceticismo acerca da disposição dos Estados em reforçarem a aplicação das normas do Direito Internacional reduzem o potencial transformador do mesmo, que se modifica e se redefine aos moldes das forças atuantes no cenário mundial.

Muitos são os elementos que retiram o caráter unitário do Direito Internacional – que se fragmenta –, devendo este ser analisado sob óticas mais condizentes com as estruturas e discursos presentes nas diversas racionalidades que competem pelos mesmos espaços normativos no plano global. Tais disputas, em seu turno, incidem de forma direta na autonomia dos Estados relativa ao planejamento de políticas públicas, em especial, políticas de saúde pública, cuja qualidade e eficiência consistem na realização de Direitos das pessoas.

2 A unidade do direito internacional

Surgido no momento de consolidação² do moderno Estado-nação na Europa do século XVII, o sistema jurídico internacional teve como função

² A este respeito, deve-se enfatizar que a construção do Estado-nação como ente abstrato deu-se de forma desigual ao redor do mundo, tendo sua consolidação ocorrida primeiramente na Europa – Portugal, Espanha, França e Inglaterra em especial – a partir do domínio do poder da nobreza sobre os senhores feudais, para, em um momento posterior, afirmar-se perante o poder do Império e da Igreja do século XVII (CREVELD, 2004).

principal a regulação das relações entre os mais importantes sujeitos de direito em nível global.

É interessante notar que o predomínio do Estado-nação como o legítimo ator em nível global deveu-se ao desenvolvimento de algumas importantes formulações teóricas. Primeiramente, o conceito de soberania estatal inaugurou as noções fundamentais do monopólio do uso da força por parte das instituições estatais e o império do Direito no âmbito doméstico. Já a partir da noção de soberania estatal visualizou-se outro importante marco teórico para o plano jurídico internacional: a ideia de igualdade soberana entre os Estados.

A ampla aceitação destes conceitos pelos Estados republicanos do século XVIII foi essencial para o projeto de enfraquecimento do poder monárquico e consequente consolidação do Estado-nação moderno. O princípio da não intervenção em assuntos internos dos Estados – hoje positivado na Carta da Organização das Nações Unidas – seria, nesse diapasão, desdobramento e corolário da igualdade soberana entre os Estados.

Com efeito, o mesmo processo histórico que caracterizou a formação do postulado da soberania estatal marcou também a consolidação de um “Estado de Natureza” em nível internacional. De um lado, o império do Direito no âmbito doméstico resultou da emergência do Estado como paradigma de organização social. De outro lado, a materialização de um mundo dividido em entidades soberanas culminou na legitimação do recurso à força armada como extensão da atividade política estatal e, não menos importante, na inviabilidade de formulação de uma entidade capaz de conferir ordem ao sistema global (FERRAJOLI, 2007).

Destarte, o século XIX marca a consolidação de uma estrutura conceitual básica de Estado de Direito – influência da Revolução Francesa e da promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América –, e sua gradual inserção no modelo de Estado-nação moderno produziu um Direito Internacional de coordenação: ao Direito Internacional competia fundamentalmente viabilizar as relações entre Estados independentes e autônomos (ROSENNE, 2002), tomando a forma de um Direito meramente procedimental que estaria a serviço dos Estados soberanos. Marcado primariamente pela unidade e sistematização, era, por assim dizer, um Direito voltado para a defesa do absolutismo nacional.

3 A fragmentação da ordem jurídica global

A função coordenativa do Direito Internacional em face dos Estados foi objeto de profundas alterações³ no decorrer da segunda metade do século XX.

3 De forma mais específica, as Referências à iniciativa de criação da Liga das Nações, em 1919, já apontam para as profundas mudanças que marcaram o século por começar. O fato de o Senado dos Estados Unidos da América ter declinado de ratificar o Pacto das Ligas das Nações, em 1920, é visto como o principal motivo

A este respeito, um importante marco toma forma: a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) no cenário resultante da Segunda Guerra Mundial, assim como os desafios de uma realidade internacional cambiante, representou a emergência de um novo momento para o Direito Internacional.

Para além da coordenação das relações entre os Estados, ao Direito Internacional são incorporados objetivos cuja realização integra uma nova agenda para a sociedade internacional. O sistema jurídico internacional passa a reconhecer o importante papel desempenhado pelas organizações intergovernamentais e, em certa medida, pelo ser humano como sujeitos de Direito em nível global. A restrição das hipóteses de recurso ao uso da força armada⁴, o amplo respaldo estatal à ONU e a codificação de um conjunto de direitos referente a todos os seres humanos são elementos que muito bem ilustram os novos desafios do Direito Internacional.

O processo de internacionalização⁵ dos Direitos Humanos assume status de verdadeira cruzada (CANÇADO TRINDADE, 2006). Por conseguinte, representa tarefa de todos os Estados, com o auxílio das organizações internacionais, assegurarem a realização desses direitos ao maior número de pessoas.

Deste modo, o Direito Internacional contemporâneo regula uma gama muito ampla de temas, merecendo atenção especial os Direitos Humanos, o comércio internacional e o meio ambiente. Para tanto, novas fontes produtoras de normas ganham força, regulando matérias de elevada complexidade e especificidade, dando origem a regimes próprios, *fragmentados*, que se vêm tornando cada vez mais independentes das normas de Direito Internacional geral.⁶

A fragmentação da ordem jurídica global consiste na emergência de regimes autossuficientes cujo objetivo é regular disciplinas de elevada especificidade técnica

para o fracasso da Liga, já que a falta de respaldo de um dos mais importantes Estados da época culminou no desmantelamento da organização. O Pacto Kellogg-Briand de 1928, que proibia o recurso à guerra como meio de solução de controvérsias, também fracassou, pois dependia dos mecanismos de aplicação previstos no Pacto da Liga das Nações (BYERS, 2007).

4 Assim dispõe o Artigo 2 (4) da Carta da ONU: “Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.”

5 Dentre os tratados internacionais de Direitos Humanos de maior relevância, merecem destaque: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que até 2003 contava com 149 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que conta com 149 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura, que conta com 132 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, que conta com 167 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, que conta com 170 Estados-partes; e a Convenção sobre os Direitos da Criança, que apresenta a mais ampla adesão, contando com 191 Estados-partes.

6 : “[...] constata-se a criação de novos regimes ‘às margens’ das normas de Direito Internacional geral, isto é, regimes que repudiam a estrita obediência ao texto legal, preconizando a realização dos objetivos mais específicos. Nesta seara, Martti Koskenniemi [...] aponta para os tratados de Direitos Humanos.” (AFONSO, 2009, p. 62).

e normativa. O fenômeno compreende, conforme o entendimento de Bruno Simma e Dirk Pulkowsky (2006), uma tendência de especialização funcional da ordem jurídica internacional, por meio da elaboração de normas especiais, que, por sua vez, afastam a aplicação das normas gerais de Direito Internacional, tais como as normas destinadas à responsabilização dos Estados:

A característica principal dos regimes ‘autossuficientes’ é a sua intenção de excluir totalmente a aplicação das sanções legais gerais de atos ilegais [...] em particular a aplicação de contramedidas por Estados prejudicados. (p. 493 - Tradução nossa)⁷.

As instâncias fragmentadas – cujos exemplos mais notórios são a Organização Mundial do Comércio, o Direito da Diplomacia e os diversos regimes de proteção aos Direitos Humanos – empregam racionalidades específicas, isto é, apresentam *modus operandi* voltados para a realização dos objetivos de cada regime. De acordo com Gunther Teubner:

O novo direito do mundo é informado não por conjuntos de tradições e sim por uma autorreprodução contínua de redes globais altamente técnicas, especializadas, por vezes organizadas e vagamente definidas, de natureza econômica, cultural, acadêmica ou tecnológica. (1997, p. 5 - Tradução nossa)⁸.

William Burke-White (2004) enfatiza que o crescimento no número de normas criadas desde o fim da Segunda Guerra Mundial, originadas de tratados bilaterais e multilaterais, representa uma tendência da elevada densidade do Direito Internacional. Conforme destacado pelo autor, não apenas eleva-se o número de matérias disciplinadas, como também a intensidade desta regulação é objeto de transformação: “A criação de tantas novas obrigações legais sugere que áreas anteriormente abarcadas no alcance da política nacional estão passando por um processo de legalização” (2004, p. 968 - Tradução nossa)⁹.

Não apenas no âmbito normativo a ordem jurídica internacional se transforma: as últimas décadas também foram marcadas por uma proliferação de tribunais e cortes internacionais destinados à resolução de uma miríade de conflitos

⁷ “The principal characteristic of a self-contained regime is its intention to totally exclude the application of the general legal consequences of wrongful acts [...] in particular the application of countermeasures by an injured state.” (SIMMA; PULKOWSKY, 2006, p. 493).

⁸ “The new living law of the world is nourished not from stores of tradition but from the ongoing self-reproduction of highly technical, highly specialized, often formally organized and rather narrowly defined, global networks of an economic, cultural, academic or technological nature” (TEUBNER, 1997, p. 5).

⁹ “The creation of so many new legal obligations suggests that areas previously within the exclusive purview of national politics are becoming legalized” (BURKE-WHITE, 2004, p. 968).

internacionais. Gunther Teubner e Andreas Fischer-Lescano (2004) contabilizam cerca de 125 instituições internacionais que se enquadram nos requisitos de tribunais ou cortes, isto é, instituições nas quais autoridades independentes proferem decisões de cunho legal¹⁰.

Em um contexto de rompimento com a unidade do Direito Internacional, a teoria voluntarista¹¹ perde força, cedendo espaço a doutrinas que militam por uma conjugação de esforços de entidades não estatais na governança da sociedade internacional, com impactos diretos na formatação do próprio Estado contemporâneo¹². Relativiza-se, portanto, o princípio da soberania estatal em face do papel desempenhado por organizações internacionais e entidades supraestatais no trato de questões globais, que irradiam consequências no nível do Estado-nação.

Especialistas apontam para diversos problemas práticos resultantes da adoção da ótica da fragmentação. Eventuais conflitos advindos da superposição de jurisdições de diferentes tribunais representam um sério obstáculo para a manutenção de uma configuração estável para a ordem jurídica internacional. Como consequência, as formas tradicionais de resolução de conflitos de normas parecem ser insuficientes diante da emergência desta ampla variedade de relações inter-rationais e inter-jurisdicionais, devendo os esforços se voltarem no âmbito do desenvolvimento de novos modos de superação de conflitos (BURKE-WHITE, 2004). A disputa por espaços normativos, com a consequente imposição de um modo de pensar único, erradia efeitos não apenas para o Direito Internacional: a autonomia de governos e poderes locais é reduzida, minando sua capacidade de responder às demandas por programas políticos adequados às necessidades da população.

10 “Dentre outros, esta jurisdição internacional compreende a Corte Internacional de Justiça (CIJ), a Corte Internacional para o Direito do Mar, vários tribunais para reparações, cortes e tribunais penais internacionais, instâncias nacionais-internacionais híbridas, órgãos judiciais para comércio e investimento, tribunais regionais de direitos humanos e instituições derivadas de convenções, assim como outras cortes regionais, como a Corte Européia de Justiça [...]” (TEUBNER; FISCHER-LESCANO, 2004, pp. 1000-1001) Tradução nossa. *‘Amongst others, this international jurisdiction comprises the International Court of Justice (ICJ), the International Tribunal for the Law of the Sea, various tribunals for reparations, international criminal courts and tribunals, hybrid internationa-national tribunal instances, trade and investment judicial bodies, regional human rights tribunals and convention-derived institutions, as well as other regional courts, such as the European Court of Justice [...]’*.”

11 Gerson de Britto de Mello Bason (1994) explica que a doutrina voluntarista repousa na idéia central de que o Estado soberano não se submete a nenhuma autoridade. Seu poder alcança a alcunha de ‘poder jurídico’ no momento em que esta entidade abstrata se impõe voluntariamente a observância de uma obrigação internacional: “Esta limitação voluntária é uma manifestação de seu poder, pela qual o Estado demonstra ser livre” (p. 85).

12 Neste particular, importante tendência vem se observando na questão da segurança doméstica. Rita Abrahamsen e Michael C. Williams (2007, p. 241), em interessante estudo acerca da privatização da segurança pública na África do Sul, apontam para novas evoluções na questão do monopólio do uso da força pelo Estado e a participação de entidades não estatais no desempenho desta função. Nesse sentido, conferir Abrahamsen e Williams (2007).

4 Comércio Internacional e Direitos Humanos

Os desafios advindos da abordagem fragmentária do Direito Internacional são observados no cotidiano da prática legal em nível internacional, cujos efeitos repercutem para a formação de políticas públicas pelos poderes locais. A disputa comercial em sede da Organização Mundial do Comércio (OMC) envolvendo os Estados Unidos e o Brasil – centrada em torno da quebra de patentes por parte do governo brasileiro na produção de medicamentos para o tratamento da AIDS – consiste em um exemplo paradigmático desta nova realidade para o Direito Internacional, sendo, portanto, indispensável sua investigação.

O Artigo 68 da Lei de Patentes Brasileira (Lei no. 9279/96, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial) permite a produção doméstica de medicamentos por meio de cópias – os denominados medicamentos genéricos¹³ – nos casos em que a população é ameaçada por determinada epidemia e os preços do medicamento no mercado mundial seja excessivamente alto. O mesmo Artigo 68 estabelece a produção doméstica de medicamentos patenteados na hipótese de uma firma internacional que venha vendendo tais drogas por um período superior a três anos, contudo sem estabelecer uma linha de produção no país.

O programa brasileiro de tratamento da AIDS consumiu, em 1997, cerca de trezentos milhões de dólares com a compra de medicamentos. Dois medicamentos apenas – o Efavirenz e o Nefinalvir – representavam um terço desta despesa, e eram patenteados pela multinacional norte-americana Merck e pela suíça Roche.

Uma vez que nem uma nem outra empresa estava engajada na produção dos medicamentos no Brasil, o Ministério da Saúde anunciou a produção genérica destes, por meio do mecanismo “licença compulsória”. O governo norte-americano considerou a tal ação potencialmente discriminatória para detentores de patentes deste país, vindo a solicitar consultas bilaterais perante a Organização Mundial de Comércio, no ano 2001 (WTO, 2001a).

Em princípio, a questão deveria ser tratada como mais um caso envolvendo uma pendência tipicamente comercial, passível de ser submetida à OMC, conforme fizeram os EUA. No entanto, um exame mais detido da controvérsia traz à tona diferentes modos de se conceber a disputa: (i) um conflito entre a lei brasileira de patentes e os direitos dos donos das patentes (empresas norte-americanas); (ii) um conflito entre a Organização Mundial do Comércio e a Organização Mundial de Saúde (OMS), isto é, uma disputa entre jurisdições diversas; (iii) e um conflito envolvendo diferentes racionalidades que competem pelo mesmo espaço normativo.

13 Decreto no. 9787 de 11 de fevereiro de 1999.

O referido embate, que, em uma interpretação superficial, seria enquadrado como tipicamente comercial, resultou na elaboração de uma Resolução por parte da Comissão de Direito Humanos da ONU (UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, 2000) no sentido da facilitação de acesso a medicamentos essenciais ao tratamento de pandemias – tal qual a AIDS – e de assegurar o direito dos Estados em promover melhores condições de vida aos seus cidadãos.

Também na esfera comercial, o conflito teve repercussões que exorbitam a racionalidade meramente econômica: em novembro de 2001, a Rodada Doha (WTO, 2001b) afirmou o compromisso da OMC¹⁴ na facilitação da implementação de medidas de proteção à saúde pública por parte dos Estados membros. A este respeito, ponderam Gunther Teubner e Andreas Fisher-Lescano:

Medidas como a do programa brasileiro de AIDS devem, portanto, ser excetuadas da lógica econômica na medida em que o padrão normal de proteção às patentes não deve ser aplicado nestes casos. Os conflitos críticos seriam uma das colisões identificáveis entre normas de racionalidade econômica e normas formadas no contexto da proteção da saúde. (2004, p. 1032 - Tradução nossa)¹⁵.

Deste modo, constata-se a utilização de argumentos referentes à proteção a Direitos Humanos em sede de um órgão voltado para a resolução de disputas comerciais. Uma vez que “[...] não é mais possível resolver, por exemplo, questões referentes ao comércio de modo independente do problema da proteção ao meio ambiente ou a busca pelos direitos humanos” (PAUWELYN, 2004, p. 904)¹⁶, a bem-sucedida formulação de políticas públicas de saúde depende, em muitos casos, da prevalência de uma racionalidade que privilegie a realização de Direitos Humanos, afastando argumentos que possam desvirtuar a disputa e enquadrá-la na esfera de aplicação de normas de comércio internacional.

14 Também merece atenção a declaração da OMC quanto ao tema: “Nós enfatizamos a importância que conferimos à implementação e interpretação do Acordo de Comércio relativo a aspectos de Direitos de Propriedade Intelectual (Acordo TRIPS) de forma a apoiar a saúde pública, através de promoção tanto do acesso a medicamentos existentes e pesquisa quanto o desenvolvimento de novos medicamentos [...]”. Tradução nossa. “*We stress the importance we attach to implementation and interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) in a manner supportive of public health, by promoting both access to existing medicines and research and development into new medicines [...]*” (WTO, 2001c).

15 “*Measures such as the Brazilian AIDS program must thus be exempted from economic logic to the degree that the normal standard for patent protection is not to be applied in such cases. The critical conflict issue would thus be one of identifying collisions between the norms of economic rationality and norms formed within the context of the protection of health.*”

16 Tradução nossa: “*It is no longer possible to resolve, for example, trade questions de-linked from the problem of environmental protection of the pursuit of human rights. [...] What must be avoided, however, is this fragmentation leading to self-contained islands of international law, de-linked from other branches of international law.*”

5 Considerações finais

A força normativa e dissuasiva das variadas racionalidades atuantes no plano internacional mitiga o papel do Estado e reduz o âmbito da aplicação das doutrinas tradicionais do Direito Internacional. Com especial relevância, o poder desempenhado pelos interesses políticos e econômicos de empresas, governos e elites, bem como ideologias e discursos cada vez mais sedutores, enfraquecem, fragilizam e colocam em xeque o potencial emancipador do Direito Internacional em um mundo cada vez mais complexo, onde interesses, muitas vezes conflitantes, almejam sucesso.

Entretanto, a crise das doutrinas tradicionais não deve ser vista de forma negativa. O aprendizado com a experiência fragmentaria pode ensejar a construção de um novo sistema internacional. Conflitos como os analisados neste texto são reveladores da impossibilidade de se reduzir todas as questões a uma racionalidade meramente econômica e matematizada. O que pode ser analisado como crise podese finalmente compreendido como possibilidade de superação de um discurso ideológico que se tornou hegemônico nas últimas décadas.

As transformações ocorrem a partir de conflitos que são reveladores de impossibilidades. A compreensão destas impossibilidades empurra os atores do jogo internacional, obrigatoriamente, para a construção de novas alternativas, que no caso, exigem a construção de um novo sistema que seja capaz de religar saberes e construir discursos coerentes e integrais. A superação da redução do mundo a um mero discurso econômico, desta forma, não surge apenas de construções e embates teóricos, mas de práticas políticas no espaço institucional fragmentado internacional. O que se revela aí é o obvio das práticas políticas: novas soluções surgem de novos problemas. Discutir estas questões, revelando impossibilidades ideológicas, irá gerar novas configurações para um mundo integrado que pretendemos seja justo.

Referências

ABRAHAMSEN, R.; WILLIAMS, M. C. *Securing the city: Private Security Companies and Non-State Authority in Global Governance*. *International Relations*, vol. 21, p. 237-253, 2007.

AFONSO, H. W. Unidade e Fragmentação do Direito Internacional: o papel dos Direitos Humanos como elemento unificador. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 4, p. 53-90, 2009.

BOSON, G. B. M. *Direito internacional público: o Estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BURKE-WHITE, W. W. International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, p. 963-979, summer 2004.

BYERS, M. *A Lei da Guerra: direito internacional e conflito armado*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2007.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CREVELD, M. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MAGALHÃES, J. L. Q. Identidades e identificações: da possibilidade de construção de uma ética universal. *Veredas do Direito*, v. 5, número 9/10, p. 45-61, Janeiro-Dezembro de 2008.

PAUWELYN, J. Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, p. 903-916, summer 2004.

_____. Europe, America and the Unity of International Law. Março de 2006. Duke Law School Legal Studies Paper No. 103. Disponível em: <<http://ssrn.com/Abstract=893611>> Acesso em: 28 abril 2009.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSENNE, Sh. *Recueil des Cours*. Tome 291 de La collection. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

SANTOS B. S. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* 39, p. 105-124, 1997.

SIMMA, B.; PULKOWSKY, D. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law. *European Journal of International Law*, v.17, no. 3, p. 483-529, 2006.

TEUBNER, G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. *Global Law without a State*. Brookfield: Dartmouth, pp. 3-28, 1997.

TEUBNER, G.; FISCHER-LESCANO, A. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999-1045, summer 2004.

UNITED NATIONS COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Specific Groups and Individuals: Other Vulnerable Groups and Individuals, 57th Session, Agenda Item 14(d), at 169, U.N. Doc. E/CN.4/2001/80, 2000.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). 2001a. Dispute Settlement Body, Brazil – Measure Affecting Patent Protection – Request for Consultations by the United States, WTO Doc. WT/DS199/3, 9 Janeiro 2001.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). 2001b. Ministerial Conference. Ministerial Declaration, 4th Session, WT/MIN(01)/Dec/1, parágrafo 17, 20 nov. 2001.

WORLD TRADE ORGANIZATION. (WTO). 2001c. Ministerial Conference. Declaration of the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 nov. 2001.

Recebido em 12/06/2010

Aceito para publicação em 10/11/2010

A PRINCIPIOLOGIA SOCIAL DO DIREITO NEGOCIAL CONTEMPORÂNEO

SOCIAL PRINCIPLES IN CONTEMPORARY BUSINESS LAW

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira¹
Fernanda Mesquita Serva²
Gisele Lopes de Oliveira³

Sumário

1. Do contrato: o perfil contemporâneo dos pactos. 2. Autonomia privada e as funções do direito dos contratos. 3. Princípios negociais contemporâneos. 3.1. Princípio da função social do contrato. 3.2. Princípios da boa-fé objetiva. 3.3. Princípio da equivalência material. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Summary

1. On the contrary: pacts contemporary profile. 2. Private autonomy and the functions of contract law. 3. Contemporary negotiating principles. 3.1. Principle of contract social function. 3.2. Principle of objective good Faith. 3.3. Principle of material equivalence. 4. Final Remarks. 5. References.

Resumo

A negociabilidade contemporânea comparece reorganizada por força da metodologia constitucional destacada pela instrumentalidade principiológica, mantendo a função econômica do contrato e acrescentando a funcionalização social em dimensões plurais. A transcendência de valores permite a revisão conceitual e estrutural do direito contratual, reinterpretando modelos, estabelecendo limites em relação à autonomia privada, promovendo a substituição da tutela da manifestação da vontade pela tutela da confiança. A liberdade de contratar deve ser orientada pelos princípios sociais e a igualdade entre partes deve ser materializada no contexto da equivalência.

Palavras-chave: Contratos. Negociabilidade contemporânea. Princípios sociais.

1 Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR.

2 Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR e Assessora Jurídica da UNIMAR

3 Mestranda do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR.

Abstract

The contemporary negotiability becomes reorganized under the methodology outlined by the Constitution principles maintaining the economic role of the contract by adding the social function in plural dimension. Values transcendence allows conceptual and structural revision of contract law by reinterpreting models, setting limits on private autonomy, promoting the replacement of will expression protection by trust protection. The freedom to contract should be guided by social principles and equality between parties should be materialized in equivalence context.

Key-words: Contracts. Contemporary marketability. Social principles.

1 Do contrato: o perfil contemporâneo dos pactos

A negociabilidade contemporânea emerge da complexidade social temperada pelas possibilidades concebidas no ambiente do Estado Democrático de Direito e capitalista, visando contemplar as necessidades decorrentes dos contextos jurídico, econômico e social. Nesse sentido, o afastamento do modelo formalista, individualista e paternalista do contrato conduz à desconsideração das estruturas clássicas, como definidas e impostas pelo liberalismo.

O intervencionismo presentifica a ruptura com o dogma da vontade e da autonomia privada, permitindo a superação da rigidez imposta pelos modelos pretéritos.

Dentre as várias modificações observadas no ambiente negocial, pode ser considerada, como altamente significativa, a recepção dos princípios sociais do negócio jurídico, representando importante condição de possibilidade em benefício das relações contratuais.

No âmbito nacional, os princípios sociais do contrato são projetados a partir do texto constitucional e recepcionados na legislação ordinária subsequente.

A Constituição Federal de 1988 é referência indispensável, dado seu perfil social com destaque para a funcionalização do direito, remarcado pelo papel social da propriedade privada, conforme artigos 5º, XXIII e 170, III e da livre iniciativa, artigo 170, caput.⁴

Não se trata de uma limitação da liberdade contratual e, sim, de uma remodelação dos elementos do contrato, sobressaindo-se o direito subjetivo exercidos pelos contratantes no trâmite das esferas de liberdade de atuação.

⁴ “Funcionalizar é atribuir ao instituto jurídico uma utilidade ou impor-lhe um papel social. [...] O processo de funcionalização tem sua raiz histórica no período das Grandes Guerras, momento em que a unidade do Direito Privado, em especial a alemã, se viu insuficiente para atender ao pós-guerra que se impôs na Europa em geral, com a restrição da liberdade contratual e utilização da propriedade. A intervenção estatal põe em cheque a concepção de direito subjetivo até então moderna (proprietário e contratante) agregando aos seus conceitos uma função social” (NALIN, P. *Do Contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Vol. II. Curitiba: Juruá, p. 216-217).

Com o uso menos egoístico da propriedade e da autonomia contratual, surge um novo modelo de Estado de Direito, com o adjetivo social.

Como dispõe Nalin, o instrumento prático de consolidação da solidariedade é a funcionalização da propriedade e do contrato. [...] A questão leva em conta qual o valor ou valores que realmente se propõe a realizar o contrato contemporâneo à luz dos comandos constitucionais a ele relacionados. [...] No Brasil, mesmo havendo uma previsão constitucional expressa, há uma resistência no sentido de não se atribuir dignidade ao sujeito contratante, sem antes se pensar na causa ou função econômica do contrato⁵.

Ainda assim, deve ser levada em conta a sensibilidade da doutrina pontual recepcionada, inclusive, pelos Tribunais, redesignando o sujeito contratante, antecipando o reconhecimento de uma atuação negocial destacada pela humanização dos pactos e equilíbrio das obrigações contratuais, incluindo-se a revisão do contrato ou cláusulas, quando necessário, para, na sequência, ser, então, considerada a função secular do contrato como instrumento de circulação de bens e riquezas.

Enzo Roppo manteve, com habitual precisão, a posição de que o contrato se define a partir de operações econômicas, ficando prejudicada sua operacionalização sem o componente econômico, independentemente dos interesses individuais⁶.

Existe operação econômica – e portanto possível de matéria de contrato – onde existe circulação da riqueza, atual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro. [...] Trata-se de utilidades econômicas, de prestação de bens e de serviços normalmente oferecidas e procuradas no mercado e providas de um valor. Esta elaboração que identifica a operação econômica – matéria do contrato – como fenômeno de circulação objetiva da riqueza, independentemente do fato de o autor prosseguir ou não nos intentos especulativos, encontra clara confirmação nas próprias normas do direito positivo italiano⁷.

Os apontamentos de Roppo em relação ao elemento econômico do contrato são realçados pela relevante função econômica do contrato que não se nega, precisamente, por ser instrumental das transferências de bens e riquezas. O ponto conflituoso repousa na exploração da parte mais forte em relação à parte

5 Idem, *ibidem*, p. 219, 243 e 247.

6 ROPPO, E. *Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 10-12.

7 Idem, *ibidem*, p. 13-14.

mais fraca, efetivando os abusos, as pactuações desequilibradas, conferindo ao contrato papel e função que não devem ser atribuídos a este instrumento jurídico e, sim, ao uso indevido feito pelo contratante, afastado dos preceitos e princípios que orientam a formação do contrato.

A doutrina contemporânea de Nalin considera que

o contrato interprivado é a 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 terceiros. O contrato é uma relação complexa solidária⁸.

O elemento patrimonial do contrato permanece referido em ambos os conceitos trazidos para comparação. O referencial de destaque e decorrente da evolução da teoria pós-moderna do negócio jurídico refere-se, então, à solidariedade desdobrada para alcançar terceiros. As relações contratuais recebem a cobertura de uma compreensão funcionalizada, que alcança o sujeito contratante e, desta forma, estende aos pactos a tutela dos efeitos existenciais, afastando-se, portanto, da compreensão exclusiva da função econômica.

Ora, uma tese, nestes tempos pós-modernos de ‘desconstrução’ do saber, pode, coerentemente, até mesmo, infirmar a sua proposta ideal, o que corresponderia sustentar que hoje inexistente um conceito de contrato; talvez vários conceitos possam coexistir, porém, jamais, um conceito, fundado no modelo clássico, enquanto síntese das estruturas contratuais⁹.

Consoante a perspectiva conceitual voltada à solidariedade dos pactos, serão tratados os princípios sociais do contrato: princípio da função social; princípio da boa-fé objetiva; e princípio da equivalência material.

2 Autonomia privada e as funções do direito dos contratos

A compreensão das funções do direito contratual passa, necessariamente, pela análise das transformações havidas no âmbito da autonomia privada.

Apontando para uma compreensão mais ampla, Luiz Edson Fachin, em crítica competentíssima a autonomia privada, pontua:

8 NALIN, Paulo. op. cit., p. 255.

9 NALIN, Paulo. op. cit., p. 253-254.

A autonomia privada, vista como um dogma, está teoricamente ultrapassada. Permanece, todavia, a indagação sobre o que colocar no lugar de seu conceito, no âmbito dos contratos. Depreende-se, então, a necessidade de nova proposta de reflexão transdisciplinar, para que se possa compreender melhor esse momento. O estabelecimento de uma espécie de cartografia da transdisciplinariedade impõe em repensar do sujeito e do objeto, bem como da metodologia da investigação científica, voltada para esses estatutos jurídicos fundamentais¹⁰.

O repensar, como proposto por Fachin, aponta para a direção oposta à concepção individualista de negócio jurídico, a autonomia privada integral, ilimitada, assegurando ao sujeito plena liberdade de contratar. A manifestação da vontade, por via de consequência, afirmava o dogma da vontade. Inexoravelmente, o contrato assumia a feição de instrumento de opressão no liberalismo, fundado no valor supremo da liberdade do indivíduo¹¹.

A transcendência de valores conduz à transcendência de conceitos. Alguns conceitos jurídicos assumem a face de sentenças de mármore. São perpetuados em sua rigidez e, então, congelam. Foi assim com a autonomia privada, tida como poder absoluto do indivíduo para contratar. De fato, somente movimentos vigorosos e em conjunto conseguem promover a ruptura com o velho paradigma para deixar entrar o novo. A autonomia privada, redefinida, assume expressão limitada, em conformidade com a necessidade de conduzir as relações contratuais ao plano do equilíbrio indispensável, em razão do perfil negocial socializado¹².

A crise dos contratos e a posterior superação, ancorada por significativas transformações, finalmente conduzem a um bem concebido rol de limites que fazem a contenção da autonomia privada, definindo perfil compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.

De acordo com a lição de Francisco Amaral:

O problema da autonomia privada é, portanto, um problema de limites que se colocam, por exemplo, com o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos predeterminados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa-fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de sociabilidade¹³.

10 FACHIN, L. E. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 253-254.

11 FERREIRA, J. S. A. B. N.; MAZETTO, C. S. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. *Argumentum* – Revista de Direito da Universidade de Marília. Vol. 5. Marília: UNIMAR, 2005, p. 83.

12 FERREIRA, MAZETTO, op. cit., p. 83-84.

13 AMARAL, F. *Direito Civil*: introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 345.

Os limites da autonomia privada implicam na revisão da liberdade de contratar, vale dizer, o princípio da liberdade contratual é tomado em simetria com os princípios da igualdade das partes, prevalecendo o equilíbrio dos interesses, em face da função social dos pactos, enquanto expressão da justiça contratual. Os pactos, agora socializados, buscam seus fins, vale dizer, inclusive os fins práticos¹⁴.

Lorenzetti, por opção, analisa a autonomia da vontade entre partes como regra geral dos contratos, sem vincular a abordagem à autonomia privada.

A autonomia da vontade tem um valor jurídico e encontra-se no texto constitucional, compreendendo dois aspectos: a liberdade na celebração do contrato e de seu conteúdo. A autonomia da vontade é reforçada pelo princípio da segurança jurídica, pois o contrato é um ato celebrado entre as partes, onde há programação de futuro entre as partes, administração de recursos, vontade e risco das pessoas envolvidas¹⁵.

O detalhamento acerca da autonomia privada e da autonomia da vontade é indispensável à investigação das funções desempenhadas pelo contrato, consoante Lorenzetti, que as analisa em relação aos valores que protegem, apontando como função fundamental o benefício à sociedade, diminuindo-se os custos de transação, facilitando-se a atividade econômica, tornando-a mais eficiente, e promovendo-se a evolução dos recursos por meio de seu uso mais valioso¹⁶.

O alcance da função nuclear, como traçada pelo autor, depende da consolidação que decorre da conjugação de três outras funções designadas como “proteção razoável das expectativas geradas pelos contratos, facilitando a contratação entre as partes e protegendo os envolvidos”^{17, 18}.

Sem dúvida, as funções, como apontadas, desenvolvem-se em complemento às delimitações decorrentes do perfil contemporâneo assumido pela autonomia privada e pela manifestação da vontade.

Sendo o contrato um dos grandes pilares do direito privado, cabe a observação de que, para sua compreensão, se faz relevante a ruptura com a *summa divisio* tradicional representada pelo público e privado, redirecionada para uma *summa divisio* constitucional, expressa pelo interesse coletivo e individual.

A nova *summa divisio* constitucionalizada no País é Direito Individual e Direito Coletivo. Trata-se de *summa divisio* constitucionalizada

14 FERREIRA; MAZETTO. op. cit., p. 85.

15 LORENZETTI, R. L. *Tratado de los contratos*. Parte Geral. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.157.

16 Idem, ibidem, p. 153.

17 LORENZETTI, R. L. op. cit., p. 153.

18 Ricardo Luis Lorenzetti afirma: “En nuestra opinión, el contrato tiene una finalidad protectoria en sectores específicos y debe ser compatible con el interés público”. (op. cit., p. 153).

relativizada, pois no topo encontra-se o Direito Constitucional, representado pelo seu objeto formal, a Constituição, composta tanto de normas de Direito Individual, quanto de normas de Direito Coletivo¹⁹.

Nessa perspectiva, deve ser compreendida a dimensão metodológica assumida pela coletivização dos pactos em predomínio ao individualismo, igualmente tutelado como não poderia deixar de ser, porém, considerando a complexidade da realidade social e a conseqüente complexidade das dimensões, principalmente as coletivas, das pactuações que centralizam pluralidade de interesses, especialmente aqueles concebidos em nome de um escopo maior e referente ao equilíbrio dos interesses dos contratantes no contexto das negociações plurais massificadas e estandardizadas.

O Direito contratual assiste as partes, fornecendo modelos de atuação e normas a serem seguidas pelos contratantes. Apresenta-se, então, como uma experiência social consolidada em regras de caráter de extensão e imperativo. O propósito final da regra contratual é colocar equilíbrio nos interesses das partes, ajustando o bom funcionamento da relação contratual. O propósito da teoria analítica do contrato é construir uma racionalidade de argumentos suficientemente coerente e simples para guiar as partes²⁰.

A orientação dos contratos por meio das bases principiológicas promove a releitura da teoria negocial, considerando, no conjunto da negociabilidade, “assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (art. 422 do CC), sendo “a liberdade de contratar em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421 do CC).

Em síntese, o cardápio principiológico dos contratos, ao democratizar os pactos, prevalece sobre a autonomia privada, com a obrigatoriedade da convenção, com o cumprimento da obrigação, sendo, ainda, cânone hermenêutico negocial.

Professor Lorenzetti analisa os pactos a partir dos modelos contratuais, divididos por ele em formalista, individualista, realista, paternalista e intervencionista.

Naturalmente, o primeiro modelo permanece atrelado ao formalismo jurídico que predominou em decorrência do positivismo-normativista. Por esta modelagem, o contrato apresenta-se fechado, fazendo lei entre as partes, sem agregar e pautando-se pelas normas vigentes e ajustadas pelas partes. A interpretação negocial mantém-se limitada pela própria natureza do modelo na

19 ALMEIDA, G. A. *Direito material e coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privada por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 361.

20 LORENZETTI. op. cit., p. 154-155.

busca de revelar a intenção das partes. Trata-se de modelo pretérito e limitado à concepção formal, em detrimento da perquirição do conteúdo material dos pactos.

Em verdade, o modelo individualista mantém, através do formalismo, a cultura pretérita da tutela dos interesses individuais, reforçando o ícone da segurança jurídica contratual. Para Lorenzetti, o modelo está orientado para o mercado e mantém o apego às decisões individuais, com a divisão de riscos entre as partes, sendo utilitário e comportamental²¹.

O modelo realista tem por núcleo mais relevante do contrato a aplicação ao caso concreto e a obediência a uma solução razoável. Este sistema está voltado mais para o resultado e menos para as regras. Não há preocupação excessiva com a coerência do sistema, a busca é pelo justo. Toma por base os costumes, valores, princípios e políticas, o que permite chegar a um bom resultado, melhorando, inclusive, as regras pactuadas e protegendo as expectativas geradas pelos contratos, ou seja, a finalidade contratual²².

O modelo contratual paternalista tem características distintas. Este modelo é voltado para o resultado do contrato. Está orientado pela boa-fé contratual, políticas de defesa do consumidor e razoabilidade. Lorenzetti expõe a crítica do modelo contratual paternalista: “*Se le critica la falta de una estructura coherente y una pluralidad de principios, lo cual crea incertidumbre, permitiendo que jueces diferentes le otorguen un significado muy distinto a cada regla contractual*”²³.

O paternalismo, aparentemente, não geraria segurança contratual, mas a base principiológica designada pela boa-fé contratual, a defesa do consumidor e a razoabilidade elevam a relação negocial para um outro patamar. A segurança comparece ampliada, sendo que os poderes do julgador para interpretar conforme os princípios apenas confirmam e expressam uma outra possibilidade hermenêutica para melhor decidir em relação às cláusulas contratuais pactuadas entre as partes e consoante a nova ordem contratual.

O modelo intervencionista é interessante para proteger as partes frágeis, porém não é possível aplicá-lo em uma relação entre “iguais”, consoante crítica de Lorenzetti²⁴.

O direito negocial pátrio convive com a existência desta pluralidades de modelos nas mais diversas fases de rupturas paradigmáticas e evolução da celebração dos pactos. Tanto o formalismo como o individualismo e o paternalismo permanecem presentes em suas estruturas tradicionais, contudo, reorientados pela metodologia constitucional e principiológica, com destaque para a boa-fé

21 LORENZETTI, R. L. *Tratado de los contratos*. Parte Geral. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.155.

22 Idem, *ibidem*, p. 156.

23 Idem, *ibidem*, 157.

24 Idem, *ibidem*.

objetiva, função social e equilíbrio material, o que, em parte, representa a fusão de modelos, em especial o realista, como analisado. Por derradeiro, em decorrência do modelo econômico de intervenção estatal, acrescenta-se a essa pluralidade negocial a intervenção contratual.

3 Princípios negociais contemporâneos

3.1 Princípio da função social do contrato

A contemporaneidade do direito é marcada, dentre outras transformações relevantes, pela funcionalização e, neste contexto, pela função social do direito redirecionada para subsistemas e institutos. A socialização dos pactos recebe aporte significativo expresso pelo texto constitucional, como referido anteriormente. A legislação infraconstitucional passa, então, a recepcionar a função social do contrato.

Segundo Paulo Nalin, os valores constitucionais e princípios infraconstitucionais privados, destacadas a solidariedade (valor) e a boa fé objetiva (princípio), são as melhores teorias para se descrever a função social do contrato. Nos casos concretos, as cláusulas gerais ou conceitos indeterminados devem ser preenchidos pelos Juízes, o que torna a relação negocial economicamente útil e socialmente valiosa (impedindo um impacto negativo e desvalioso no campo social)²⁵.

A boa-fé objetiva e a função social do contrato traduzem-se como cláusulas gerais (de dicção normativa indeterminada), sem prejuízo de podermos também admitir a sua força principiológica, que já encontrava assento na própria Constituição Federal²⁶.

Paulo Nalin expõe que a função social pode manifestar-se em dois níveis: intrínseco (contrato visto como relação jurídica entre as partes, buscando equivalência material entre os contratantes) e extrínseco (contrato em face da coletividade, impacto sobre esta). Na perspectiva intrínseca, devem-se levar em consideração os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial (de dar, fazer ou não fazer), bem como os deveres anexos ou colaterais que derivam do esforço socializante (deveres de informação, confidencialidade, assistência, lealdade etc.). Esse sistema é informado pelo princípio de proteção da dignidade da pessoa humana²⁷.

25 NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-moderno. em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Vol II. Curitiba: Juruá, p. 223.

26 GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil. contratos* Vol. IV São Paulo: Saraiva, 2005, p.50.

27 NALIN, P. op. cit., p. 226.

O contrato é considerado não só como instrumento de circulação de riquezas, mas também de desenvolvimento social, devendo ser, portanto, expressão da racionalidade negocial contemporânea, voltado para a democratização em atendimento à indispensável sustentabilidade dos negócios jurídicos.

Após a edição da Constituição Federal de 1988, os principais institutos de direito privado são socializados, marcadamente pela função social da propriedade e pelos desdobramentos subsequentes a fim de se alcançar a função social dos contratos.

Por este percurso metodológico, “coletividade, igualdade material, equidade e boa-fé objetiva são todas ferramentas legais disponíveis ao intérprete que atendem à inviolabilidade dos direitos fundamentais do homem e à inderrogabilidade dos deveres de solidariedade econômica, em contexto social insuperável imposto à empresa, propriedade e ao contrato, que têm relevante função social concretizadora dos valores da pessoa humana”²⁸.

Desta forma, a socialização do contrato está amparada constitucionalmente e consagrada no artigo 421 do Código Civil: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites na função social do contrato e impõe um critério finalístico ou teleológico e outro critério limitativo para caracterização desse princípio. [...] toda atividade negocial, fruto da autonomia da vontade, encontra a sua razão de ser, o seu escopo existencial, na sua função social. [...] Já sob o segundo aspecto, temos que a liberdade negocial deverá encontrar justo limite no interesse social e nos valores superiores da dignificação da pessoa humana. Qualquer avanço para além dessa fronteira poderá caracterizar abuso, judicialmente, atacável. Neste ponto sim, andou bem o legislador, ao impor limite à liberdade de contratar, em prol do interesse social²⁹.

O princípio da função social potencializa o equilíbrio dos pactos em direção à *summa divisio* constitucionalizada, reorientando interesses individuais e interesses coletivos, viabilizando uma outra condição hermenêutica em relação à atividade judicial definida pela metódica civil-constitucional. O princípio da função social define, a um só tempo, limites e possibilidades, tanto em relação à autonomia privada, quanto em relação à manifestação de vontade.

28 PERLINGIERI, P. Rassegna diritto civile. Mercato, solidarietà e diritti umani, p. 103 *apud* NALIN, P. Op. cit., p. 226.

29 GAGLIANO, P. S. PAMPLONA FILHO, R. op. cit., p. 61-62.

3.2 Princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, de se comportarem tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal. Mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido. A boa-fé objetiva contempla a tutela jurídica de todos os membros da sociedade, antes mesmo de serem partes dos contratos. A regra de conduta dos indivíduos, nas relações jurídicas obrigacionais, deve ser a da boa-fé objetiva³⁰.

O princípio da boa-fé objetiva deve ser observado desde a origem do contrato, durante sua execução e, ainda, após o seu término, consoante disposição do 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 boa-fé compreendida como dever de lealdade e significando a grande expressão de eticidade no ambiente negocial é tratada como cláusula geral pela doutrina, com menção à Judith Martins Costa:

A cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, de forma proposital, uma linguagem de tessitura “aberta”, “fluida” ou “vaga”. Esta disposição é dirigida ao juiz que, diante do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, que poderá fazer uso de elementos que estejam fora do sistema, o que evidencia a importância da fundamentação das decisões³¹.

A boa-fé apenas normatiza certos factos que, estes sim, são fonte: mantenha-se o paralelo com a fenomenologia da eficácia negocial: a sua fonte reside não na norma que mande respeitar os negócios, mas no próprio negócio em si³².

Por derradeiro, cabe destacar, a tripla função da boa-fé objetiva adotada pela melhor doutrina quando de seu emprego como meio de interpretação, possibilidade criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e a função delimitadora do exercício dos direitos subjetivos. A função hermenêutica da boa-fé recebe a orientação segura do Enunciado 27 do CJF: “Na interpretação da cláusula

30 PRETEL, M. A boa-fé objetiva como cláusula geral. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=12803. Acesso em: 10 mai. 2010.

31 MARTINS COSTA, J. *Boa-fé no direito privado*. 1. Ed., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

32 ROCHA, A. M.; MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé objetiva no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 646.

geral da boa-fé objetiva, deve se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores meta-jurídicos”.

A observância do princípio da boa-fé objetiva conduz os pactos para a concretização das contratações consoante os ditames da lealdade, afastando a possibilidade de violação do princípio. O contrário, vale dizer, a não observância deste princípio configura ato ilícito ou abuso de direito, conforme o artigo 187 do Código Civil.

Cabe destacar, de outra parte, que:

A boa-fé objetiva sendo princípio de ordem pública e interpretando o art. 167, § 2º, do novo Código Civil, que traz a inoponibilidade do ato simulado frente a terceiros e boa-fégera, em regra, a nulidade absoluta do negócio celebrado. Mas essa nulidade absoluta, que envolve ordem pública, não poderá ser oposta frente a terceiros de boa-fé. Pois bem, se o princípio da boa-fé não envolvesse ordem pública, a boa conduta não faria frente ao ato simulado³³.

A adoção do princípio da boa-fé objetiva traz para o campo negocial a tutela da confiança, em substituição à tutela da vontade, próprias dos modelos formal e individual, promovendo substituição relevante no núcleo negocial, limitando, cada vez mais, tanto a autonomia privada quanto a manifestação da vontade, especialmente quando considerada em sua dimensão coletiva e, portanto, social.

3.3 Princípio da equivalência material

O princípio da equivalência material, ao lado da função social do contrato e da boa-fé objetiva, completa a triangulação dos chamados princípios sociais dos contratos, pautado pela busca e realização da igualdade material entre as partes e as avenças pactuadas na relação contratual.

No âmbito da teoria dos contratos, a equivalência material tem destaque exatamente pela dupla possibilidade, a um, por afastar a questão pétria da igualdade formal própria do liberalismo e, também, do modelo formalista e individualista que restaram inadequados em relação aos fins visados pelo direito negocial contemporâneo; a dois, pela adoção da igualdade material, demonstrando a impropriedade de meio para garantir o equilíbrio das prestações nos contratos.

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e

33 TARTUCE, F. *A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do superior tribunal de justiça*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 17 out. 2010.

após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária³⁴.

A equivalência material busca harmonizar os interesses das partes envolvidas e realizar o equilíbrio real das prestações em todo o processo obrigacional³⁵.

A equivalência material rompe em definitivo com o modelo formalista, conduzindo os contratos, juntamente com os demais princípios sociais, para a democratização e humanização das avenças, rompendo com os modelos tradicionais. A reorganização metodológica decorre de um modelo intervencionista moderado e de boa expressão, no qual a função econômica do contrato permanece, porém, respaldada pelos princípios da ordem econômica, permitindo à relação jurídica contratual o alcance de seus fins, entre os quais se incluem os fins práticos em relação ao meio negocial concebido de conformidade com o alcance da justiça negocial.

Dentre os vícios do negócio jurídico, dois, em especial, o estado de perigo e a lesão, significam afronta imediata à equivalência.

O estado de perigo se caracteriza quando a parte, premida pela necessidade de se salvar ou de salvar pessoa de sua família de um grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação extremamente onerosa, consoante regra do artigo 156 do Código Civil. Destaca-se que, em condições normais, a parte necessitada não celebraria o negócio, considerando o valor excessivamente alto para obtenção de recursos.

A configuração do estado de perigo compõe-se de requisitos objetivos e subjetivos. O primeiro diz respeito à ameaça de grave dano – atual ou iminente – à própria pessoa ou à pessoa de sua família, que leva a pessoa à assunção de obrigação excessivamente onerosa. O segundo, ao conhecimento do perigo pela outra parte, que obtém vantagem com a situação³⁶.

34 HERNANI FERREIRA, A. (Coord.), NETTO LÔBO, P. L. *O novo código civil discutido por juristas brasileiros*. 1 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p.87.

35 LOBO, P. L. N. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 42, 2002.

36 THEODORO JUNIOR, H. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 252.

Em tais circunstâncias a equivalência material fica arredada diante das próprias circunstâncias caracterizadoras do estado de perigo.

O Código Civil no art. 157 incorporou, como vício do negócio jurídico, a construção doutrinária e jurisprudencial acerca da lesão caracterizada pela obtenção de grande vantagem de uma parte em prejuízo da parte que contratou sob premente necessidade ou por inexperiência, obrigando-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

A lesão significa “o abuso do poder econômico de uma das partes, em detrimento da outra, hipossuficiente na relação jurídica. Trata-se de uma necessidade contratual, que se caracteriza uma situação extrema, que impõe ao necessitado a celebração do negócio prejudicial. Pode ser de ordem material ou espiritual, desde que se trate de coisas importantes para a sobrevivência digna da pessoa”³⁷.

O requisito objetivo da lesão é a clara desproporção entre as prestações, que leva à obtenção de lucro exagerado e incompatível com a normal comutatividade do contrato, e o requisito subjetivo é o aproveitamento por uma das partes do estado psicológico do outro, consistente em premente necessidade, inexperiência ou leviandade³⁸.

O sistema negocial permite a anulabilidade do pacto celebrado, considerando-se as condições contratadas, particularmente havendo estado de perigo ou lesão. Cabe observar que as referências à obrigação excessivamente onerosa do art. 156 e à prestação desproporcional do art. 157 deverão ser analisadas considerando-se o caso concreto, pois podem comportar perfil de negócios excepcionais, nos quais os valores das prestações deverão, igualmente, ser considerados em relação à natureza da prestação e mediante a aferição da presença ou não da boa-fé objetiva.

A equivalência material conduz ao fim representado pela busca e realização do equilíbrio material das obrigações contratadas, enlaçando em sua concretização, por indispensável, a própria boa-fé objetiva e a função social.

4 Considerações finais

A negociabilidade contemporânea propõe metódica organizada de forma competente para atender a complexidade dos pactos, consoante os contextos jurídico, econômico, social e moral.

37 GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 370.

38 Idem, *ibidem*, p. 371

A constitucionalização do direito negocial, demarcada pelo texto constitucional e absorvida pela legislação infraconstitucional, define uma remodelagem da atuação negocial tradicional. O contrato permanece como instrumento de circulação de bens e riquezas, mantendo sua função econômica, porém, atendendo, na dimensão individual e coletiva, à orientação decorrente dos princípios constitucionais e sociais do contrato.

Por via de consequência, a autonomia privada e a manifestação de vontades na pós crise dos contratos comparecem limitadas, considerando a necessidade imperiosa da busca do equilíbrio indispensável aos pactos socializados e, em atendimento, a *summa divisio* constitucional relativizada e pautada pela tutela do interesse individual e do interesse coletivo.

Os modelos contratuais tradicionais permanecem como referência histórica, contribuindo para os avanços estruturais e coerentes à pluralidade das possibilidades negociais em contemplação aos fins do contrato contemporâneo.

O direito pátrio, organizado a partir da nova *summa divisio*, recepciona o modelo intervencionista na direção da consecução da igualdade material, mas mantém a influência pretérita do liberalismo, assegurando a liberdade de contratar nos limites da razoabilidade fundada na segurança contratual.

O princípio da função social potencializa o equilíbrio dos pactos, reorientando os interesses individual e coletivo, viabilizando uma outra condição hermenêutica em relação à atividade judicial orientada pela metódica civil-constitucional. O princípio da função social define, a um só tempo, limites e possibilidades, tanto em relação à autonomia privada, quanto em relação à manifestação de vontade.

A adoção do princípio da boa-fé objetiva traz para o campo negocial a tutela da confiança em substituição à tutela da vontade, próprias dos modelos formal e individual, promovendo substituição relevante no núcleo negocial, limitando, vez mais, tanto a autonomia privada quanto a autonomia da vontade, especialmente quando considerada em sua dimensão coletiva e, portanto, social.

A equivalência material, como princípio, conduz ao fim representado pela busca e realização do equilíbrio material das obrigações contratadas, enlaçando em sua concretização, por indispensável, a própria boa-fé objetiva e a função social.

Referências

ALMEIDA, G. A. *Direito material e coletivo: superação da summa divisio* direito público e direito privada por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FERREIRA, J. S. A. B. N.; MAZETTO, C. S. Constitucionalização do Negócio Jurídico e Ordem Econômica. *Argumentum* – Revista de Direito da Universidade de Marília. Vol. 5. Marília: UNIMAR, 2005.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de direito civil*. Contratos. Vol. IV, São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

HERNANI FERREIRA, A.(coord.); LOBO NETTO, P. L. *O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros*. Campinas: Bookseller, 2003.

LOBO, P. L.N. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 42,2002.

LORENZETTI, R. L. *Tratado de los contratos*. Parte Geral. Argentina: Rubinzal- Culzoni.

MARTINS COSTA, J. *Boa-fé no direito privado*. 1. Edição, 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NALIN, P. *Do Contrato*. Conceito Pós-Moderno: Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Vol II. Curitiba: Juruá

PERLINGIERI, P. Rassegna diritto civile. Mercato, solidarietà e diritti umani, p. 103 In: NALIN, Paulo. *Do Contrato*: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Vol II. Curitiba: Juruá, p. 226.

PRETEL, Mariana. *A boa-fé objetiva como cláusula geral*. Disponível em: www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=12803. Acesso em: 10 maio 2010.

ROCHA, A. M.; MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé objetiva no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

TARTUCE, F. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes súmulas do superior tribunal de justiça. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>. Acesso em: 14 dez. 2010.

THEODORO JÚNIOR, H. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Recebido em 18/10/2010

Aceito para publicação 29/11/2010

EXTERNALIDADES DO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E SUAS CONSEQUÊNCIAS DIANTE DA SOCIEDADE DE RISCO

TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT EXTERNALITY AND ITS CONSEQUENCE TOWARDS RISK SOCIETY

Josyane Mansano¹
Paulo Roberto Pereira de Souza²

Sumário

1. Introdução. 2. Meio Ambiente e sociedade de risco. 3. Estado e Meio Ambiente. 4. Direito Ambiental na visão de Direito Fundamental. 5. Prevenção e Precaução: a funcionalidade dos princípios ambientais. 6. Tríplice responsabilização ambiental. 7. Riscos oriundos dos resíduos eletrônicos. 8. Considerações finais. Referências

Summary

1. Introduction. 2. Environment and risk society. 3. State and environment. 4. Environmental law under the view of Fundamental law. 5. Prevention and Precaution: functionality of environmental principles. 6. Triple environmental responsibility. 7. Risks from electronic wastes. 8. Final remarks. References.

Resumo

Tendo o Estado de Direito Ambiental atingido um alto grau de risco dada a má gestão do homem, é que se depara com a situação emblemática de que, hoje, prevenir o dano ambiental e a degradação é decisivo para se garantir o mínimo de eficácia ao princípio do desenvolvimento sustentável. O que se propõe é que se trabalhe na recuperação dos equilíbrios ecológicos dada a própria externalidade que vem transformando o habitat do homem em uma sociedade de risco. Mitigar a eclosão do passivo gerado pelo resíduo eletrônico é uma das preocupações dessa sociedade de risco. Assim, por meio de uma responsabilidade compartilhada, pretende-se tutelar o meio ambiente, como também toda a sociedade. Espera-se é que o passivo gerado por esse resíduo cibernético possa ser agente de uma logística reversa, fazendo com que toda a sociedade seja parceira desse processo.

1 Mestranda do Programa de Mestrado em Direito na Universidade de Marília UNIMAR – SP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil – Instituto Paranaense de Ensino Maringá – PR.

2 Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR

Palavras-chave: Sociedade de risco. Meio Ambiente. Externalidades. Sustentabilidade. Resíduo eletrônico.

Abstract

Having the Ambient Rule of law reached one high degree of given risk the bad management of the man, is that it is come across with the emblematic situation of that, today, to prevent the ambient damage and the degradation is decisive to guarantee the minimum of effectiveness the beginning of the sustainable development. What it is considered is that if it works in the recovery of the ecological balances given to the proper externalidade that comes transforming the habitat of the man into a risk society. To mitigate the explosion of the liabilities generated for the electronic residue is one of the concerns of this society of risk. Thus, by means of a shared responsibility, it is intended to tutor the environment, as well as all the society. If it waits is that the liabilities generated for this to ciber residue can be agent of logistic reverse, making with that all the society is partner of this process.

Key-words: Society of risk. Environment. External. Sustainable. Electronic residue.

1 Introdução

O Estado de Direito Ambiental traz consigo um típico direito pós-moderno, fruto da sociedade científica, técnica, industrial e de risco.

Como o Estado de Direito Ambiental tem por finalidade garantir o que já existe (bem ambiental), a sua continuidade no meio (princípio da precaução), e recuperar o que deixou de existir (dano ambiental), torna-se necessária uma responsabilização compartilhada entre Estado e cidadãos.

O paradoxo, no entanto, está em que os Estados são, ao mesmo tempo, forçados a garantir, de um lado, a produção, a tecnologia de ponta e, de outro, o equilíbrio ecológico.

Partindo-se da análise da sociedade de risco, compreende-se a questão ambiental como uma constante ameaça ao bem-estar coletivo, devido à deteriorização das condições essenciais para uma sadia qualidade de vida e aos prognósticos mais catastróficos que otimistas.

Prevenir o dano ambiental e a degradação, em si mesmo, é um elemento decisivo em qualquer regime construído sobre o princípio do desenvolvimento sustentável, uma vez que a sustentabilidade pressupõe o afastamento de danos irreversíveis ou degradação, e a efetividade do direito ambiental é dependente da gestão dos riscos e, principalmente, do diagnóstico cautelar dos mesmos.

Desta forma, percebe-se que o ser humano, partindo de uma visão menos restrita, busca, na sociedade de risco, tutelar o meio ambiente de forma a manter o equilíbrio ecológico e sua capacidade funcional, independentemente do benefício que isso venha lhe proporcionar.

O que se pretende é trabalhar para a recuperação do equilíbrio ecológico, diante das externalidades ou dos efeitos secundários, os quais se refletem em consequências negativas para a própria sociedade. Tópicos que eram tidos como externos, alheios às preocupações, hoje permeiam uma discussão acerca das novas funções do próprio Estado: a gestão dos riscos, que abrange, não somente os riscos oriundos dos resíduos gerados, mas os riscos inerentes às novas tecnologias, a exemplo o lixo eletrônico.

O presente trabalho busca mitigar os impactos que este passivo eletrônico gerará ao meio ambiente. Pretende-se estudar soluções como a mineração urbana, que é um processo de recuperação dos metais preciosos presentes no lixo eletrônico, entre eles ouro, prata, platina e cobre, além de estudar iniciativas para sensibilizar as pessoas sobre o problema.

Nesse contexto, das características da sociedade de risco outrora citadas, verificar-se-a existência de desafios ao sistema jurídico, os quais merecem um acurado debate, sendo este o objeto do presente artigo.

2 Meio Ambiente e sociedade de risco

O Meio Ambiente deve ser compreendido não apenas sob o aspecto da natureza, mas como um complexo de ambientes que interagem entre si, como o meio ambiente cultural, o meio ambiente do trabalho, o meio ambiente urbano, dentre outros.

A partir dessa interrelação, verifica-se que o conceito de meio ambiente inclui tudo o que existe de vital em um determinado espaço, em uma determinada sociedade.

O surgimento da sociedade de risco, segundo Beck e Giddens³, “designa um estágio da modernidade no qual começam a tomar corpo ameaças produzidas até então pelo modelo econômico da sociedade.” Segundo José Rubens Morato Leite⁴, “a sociedade de risco representa a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, sendo esta marcada pelo risco permanente de desastres e catástrofes”.

A sociedade de risco é aquela em que, em razão do seu contínuo crescimento, é possível prever consequências de uma catástrofe ambiental a qualquer tempo. Isto porque não existe uma adequada e eficiente relação econômica e jurídica que possa adequadamente dar solução aos problemas gerados

3 GIDDENS, A. *Mundo em descontrolado*: o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 44-45.

4 LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 131.

pela sociedade de massa. Para isso, necessário se faz proteger a sociedade tida como sustentável e isso passa a ser dever difuso⁵.

Para Paulo Roberto de Souza⁶ tem-se que:

Para viabilizar a sociedade sustentável, é imperativo uma nova postura, tanto dos agentes econômicos, que devem passar a incorporar as chamadas externalidades, quanto dos juristas, que devem criar um conjunto de regras adequadas para tornar efetivas as proposições emanadas das áreas técnicas.

O que se discute, nesse novo contexto de externalidades, é a maneira pela qual podem ser distribuídos os malefícios que acompanham a produção de bens. A propósito, esclarece José Rubens Morato Leite⁷, que “a isso tudo, porém, somam-se limites científicos de previsibilidade, quantificação e determinação dos danos.” Em termos similares, Anthony Giddens⁸, diz que: “o risco é a expressão característica de sociedades que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia”. De fato, é nesse contexto que se colocam em debate a prudência e a cautela da ciência e da tecnologia em lidar com as inovações que, a cada dia, cercam o ambiente, isso porque seu passivo vem trazer riscos não mensuráveis.

É nesse contexto que, de certa forma, tentar alertar para a problemática advinda da era cibernética passa a ser uma função da economia, objetivando-se a produção e o consumo sustentáveis. Isto porque a era da cibernética, com suas modernidades e o consumo acelerado, em que a cada dia, marcas e modelos são colocados à disposição desse mercado capitalista e globalizado, induz a um consumo não consciente.

De posse desse poder de consumo, como num passe de mágica, o que é de mais autêntico e moderno, “de última geração”, ganha nossas casas. E o que fazer com aquele computador ultrapassado, aquele celular “jurássico” grande demais em vista do mais moderno, com os carregadores, as baterias e tudo mais?

5 Interesses difusos são um tipo de interesse transindividual ou metaindividual, isto é, pertencem a um grupo, classe ou categoria indeterminável de pessoas, que são reunidas entre si pela mesma situação de fato. Eles têm natureza indivisível, ou seja, são compartilhados em igual medida por todos os integrantes do grupo. Exemplos: os moradores de uma região atingida pela poluição ambiental, ou os destinatários de uma propaganda enganosa divulgada pela televisão.

6 SOUZA, P. R. P. *A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico*. In: FERREIRA, J. S. A. N.; RIBIERO, M. F. (Org.) *Direito empresarial contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte & Ciência, 2007, p. 267-268.

7 LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 132.

8 GIDDENS, A. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 44-45.

O que se dizer, então, da forma como tudo isso é descartado no meio ambiente, sem nenhuma consciência do impacto que tais resíduos representarão para o futuro?

Emergencialmente, o resíduo eletrônico vai-se formando ao redor dessa sociedade de risco, e ela não está preparada para isso. Ela não está apta a lidar com seu próprio consumo e o descarte do que não é mais necessário.

A recém-promulgada Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos evidenciou a necessidade de cuidados ao tratar dos princípios em seu Art. 6º, destacando-se entre eles o da precaução, prevenção, desenvolvimento sustentável; evidenciou ainda, a necessária responsabilização compartilhada⁹ para com ciclo de vida do produto e o destino dos resíduos.

Dessa forma, conclui-se que o risco é, hoje, o dado que responde pelos maiores e mais graves problemas e dificuldades nos processos de implementação de um nível adequado de proteção jurídica do ambiente.

O que se tem é que externalizar, então, visa a uma proteção não isolada de ecossistemas, mas à concepção de bem jurídico ambiental. Para Paulo Roberto Pereira de Souza¹⁰, “as externalidades ambientais constituem fatores que não integram os fatores de produção tradicionais, mas que acabam impactando negativamente o meio ambiente como o mau cheiro, o barulho, os resíduos sólidos e efluentes gerados pelo processo produtivo”.

Para José Rubens Morato Leite¹¹, em relação à temática estudada tem-se o seguinte apontamento: “O problema suscitado ao Direito Ambiental na sociedade de risco não é, portanto, exatamente apensos ao de compreensão inadequada da nova ordem de problemas que se estabelecem a partir de composições e relações, mas o de tomar decisões a partir da qualidade diferenciada desses problemas, o que importa em considerar, sinteticamente, o problema de como superar da melhor forma possível o conjunto de imprevisões, incertezas e indefinições que tipificam os processos em que decisões e escolhas devem ser realizadas para a concretização dos objetivos de proteção do ambiente nas sociedades de risco”.

Em uma visão ampla, deve-se reconhecer que a gestão dos riscos não pode, devido ao anonimato, à invisibilidade, à acumulação, à indeterminação temporal e espacial, ser convenientemente controlado e, sobretudo, regulado a partir do grau de conhecimento técnico-especializado disponível no momento de seu desenvolvimento. Agora, o seu passivo, perante o Meio Ambiente, representa

9 Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

[...]

VII - a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

10 SOUZA, P. R. P. In: *Direito Socioambiental: homenagem a Vladimir Passos de Freitas*, org. Alessandra Galli. Curitiba: Juruá, 2010, p. 174.

11 LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 128-129.

um vínculo com o futuro que tenciona a uma responsabilidade mais poderosa, esperando-se, a partir daí, uma proposta cidadã de participação. Assim, segundo José Rubens Morato Leite¹², “da realização desse atributo depende um modelo de cidadania efetivamente adequado, funcional e compatível com a proposta de gestão dos riscos”.

Nesse sentido, espera-se que a responsabilidade compartilhada proposta pela Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a política nacional de resíduos sólidos, em uma cooperação cidadã, possa gerir formas sustentáveis de preservação.

A efetividade da responsabilidade compartilhada dependerá do nível de organização da sociedade civil. Há problemas que o Estado efetivamente, incapaz de resolver. Entre eles se destaca a gestão dos resíduos sólidos urbanos, na qual o principal instrumento é a coleta seletiva que só terá êxito nas comunidades onde houver organização da sociedade civil e vontade política do Poder Público para a solução do problema.

Na definição desses contornos, parte-se da premissa que informação e democracia ambiental organizada podem vir a objetivar condições de um futuro possível.

3 Estado e Meio Ambiente

O Estado é fonte material na produção da norma jurídica. Ao Estado incumbe a tarefa de estruturar um sistema de gestão de riscos ambientais, inserido em uma concepção integradora com a coletividade¹³ e, ao mesmo tempo, cuidar de delimitar essa proteção. Dessa forma, as dificuldades para previsão de riscos ambientais estão na difícil reparabilidade dos mesmos.

Para dar efetividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Estado criou a figura do macrobem¹⁴ ambiental. Em uma visão globalizada e integrada, ele constitui bem de uso comum do povo.

12 LEITE, J. R. M.; AYALA, P; A. op. cit., p. 131.

13 Neste sentido, PAPP, Leonardo em *Fundamento da sanção ambiental administrativa*, atesta que: “Diante da constatação de que ao Estado é conferido papel de agente atuante da defesa e promoção do equilíbrio ecológico, inclusive com a atribuição constitucional de deveres específicos, caberia questionar qual (is) a (s) estratégia (s) que deve (m) ser empregada (s) pelo aparato estatal com o objetivo de bem desempenhar seu mister. A resposta a essa indagação para pela necessária consideração de um premissa básica: também o aparato jurídico por meio do qual o Estado procurara garantir o equilíbrio ecológico esta inserido num cenário marcado pela sociedade de risco. Olvidar aspectos como a complexidade, a fluidez e a insegurança que gravitam em torno das questões ambientais seria ceder lugar à consolidação da irresponsabilidade organizada, relegando `a ineficácia os instrumentos jurídicos de proteção ao bem ambiental, restando-lhes apenas uma função simbólica (...)”

14 Por macrobem deve ser entendido o meio ambiente como um todo, em seu conceito mais profundo e adequado. O macrobem ambiental é, portanto, o conjunto de interações e elementos nos termos citados

Isto quer dizer que o titular do macrobem, seja ele público ou particular, não poderá dele dispor em sua totalidade; posto que é insubstituível, não pode ser de apropriação individual. Tãmanha é sua importância que sua proteção foi elevada a nível constitucional. Essa evolução foi tão grande que deixou de ser *res nullius*, como o consideravam os romanos e o liberalismo pós-revolução francesa, para ser qualificado *res communes omnium*.

Nesse sentido, o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵: “Em primeiro lugar, o bem ambiental pode qualificar-se como bem jurídico, se e na medida em que é objeto de uma disciplina autônoma distinta, relativamente ao regime jurídico patrimonial dos bens, privados ou públicos, ou da *res communes omnium* que o constituem. Conseqüentemente, é necessário que a proteção do ambiente tenha na lei ou em outras fontes (p. ex.: comunitárias ou do direito internacional) um título jurídico autônomo. O fundamento da tutela específica e autônoma reconduzir-se-á, logicamente, à necessidade da conservação ou gozo do bem ambiental por parte da coletividade ou do particular *uti cives*.”

Desse conceito evidencia-se que o legislador, ao classificar o meio ambiente, como outrora lecionado, como *res communes omnium*, legitimou não somente o Poder Público – Estado, como também toda a sociedade, responsabilizando-os, porque o Meio Ambiente pertence a uma visão de bem público *stricto sensu*.

Desta forma, o Estado passa a gerir fundamentalmente a evolução da proteção do Direito Ambiental, pois este foi concebido para transformar indicadores de sustentabilidade em deveres jurídicos como meio de chegar à sociedade sustentável.

4 Direito Ambiental na visão de Direito Fundamental

Sendo o Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, bem jurídico, buscase uma reformulação jurídica no sentido de efetivamente obter a preservação, haja vista ser este tido como insubstituível. Assim, essa condição tida com *sine qua non* é garantia plausível face aos direitos fundamentais.

Firma-se, então, ser o Estado de Direito Constitucional Ambiental moldado na ética da responsabilidade, na tolerância e na primazia do bem-estar social através da premissa da dignidade da pessoa humana e da democracia.

Segundo Paulo Roberto Pereira de Souza¹⁶: “Admitindo o direito ao ambiente equilibrado como um Direito Fundamental reconhecido a todos

pelo conceito de Ávila Coimbra. O meio ambiente em sua máxima complexidade, em sua máxima extensão; todas as formas de vida interagindo entre si e com todas suas manifestações e criações.

15 CANOTILHO, J. J. G. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, 1991, 325-326.

16 SOUZA, P. R. P. op. cit, p. 282.

os habitantes do País, bem de uso comum do povo e tendo determinado a Constituição o dever de todos, governo ou particulares, de zelar pela conservação e preservação desse bem, (...) faz-se necessária a construção de um microsistema jurídico. Dentro dessa visão do microsistema do Direito Ambiental, o legislador vai buscar no macrosistema conceitos básicos para fazer valer o objeto da tutela jurisdicional, o direito à vida”.

Dessa criação do microsistema do Direito Ambiental, podem-se estabelecer regras de condutas para assegurar o direito fundamental de todos, das gerações atuais e futuras, a um meio ambiente equilibrado, com sadia qualidade de vida. Para José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷, “o direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado surge como direito subjetivo inalienável pertencente a qualquer pessoa.”

Ao relacionar o destaque dado à tutela ambiental pelas modernas constituições do mundo contemporâneo, como um novo direito fundamental, para Ramón Martín Mateo¹⁸, em seu *Tratado de Derecho Ambiental*, o autor conclui que:

[...] não cabe dúvida que o direito ao ambiente, tal qual sucede com outros direitos similares, é recepcionado na Constituição: proteção da família, da saúde, acesso a cultura, direito a moradia digna etc., e pode ser invocado ante os Tribunais ordinários junto com as normas procedimentais e, inclusive, perante o Tribunal Constitucional.

Em consonância com seus fins, a partir da Constituição, constrói-se todo um sistema de direito ambiental e surge um bem jurídico ambiental. Com efeito, a questão ambiental não pode ser tratada apenas por entidades e instituições envolvidas com o tema; a gravidade e a seriedade dos problemas ambientais exigem que o tema faça parte do cotidiano dos órgãos governamentais, das empresas, das instituições e da população em geral. É nesse intuito que, para assegurar o direito fundamental, são necessárias regras capazes de gerar instrumentos de controle, para que a atividade industrial não comprometa a sociedade de risco.

5 Prevenção e precaução: a funcionalidade dos princípios ambientais

O risco representa o próprio desconhecimento, a indisponibilidade, a insuficiência ou a incerteza sobre as bases de conhecimento associadas aos comportamentos ou atividades, não sendo possível, portanto, aferir-se sob essas condições a verossimilhança de dano ou de violação à regra jurídica, havendo

17 CANOTILHO, J. J. G. op. cit., p. 9.

18 MATEO, R. M. *Tratado de derecho ambiental*. Trivium: Madrid, 1991, p. 151.

simplesmente um estado de risco, que, por si só, instaura processos de proteção aos direitos humanos. Isto porque, sendo o bem jurídico, vida, o principal vetor de proteção na sociedade de risco, tem o ser humano como a principal vítima dele mesmo, por não prevenir os riscos da atividade danosa perante o meio ambiente.

Como diria Luiz Felipe Colaço Antunes, “o sistema jurídico tutela imediata e diretamente o objeto do direito como caminho para proteger a vida de seus titulares”. E arremata: “Constata-se, em suma, uma revolta do objeto, no sentido de que a tutela do bem constitucionalmente protegido se obtém salvaguardando ou reconhecendo directa e objectivamente (pelo próprio ordenamento jurídico) determinadas qualidades do objecto¹⁹”.

Partindo-se da hipótese de que, nas duas espécies de princípios, está presente o elemento risco, o autor José Rubens Morato Leite²⁰, “considera que o princípio da prevenção dá em relação ao perigo concreto, enquanto, em se tratando do princípio da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato” Assim, conclui-se que o objetivo fundamental perseguido no uso do princípio da prevenção é a proibição da repetição da atividade que já se sabe ser perigosa.

Dentro dessa diferenciação doutrinária básica, tem-se que o princípio da precaução relaciona-se intensamente com a avaliação prévia das atividades humanas. Em que pese esta diferenciação, ressalva Édís Milaré²¹ que “a diferença etimológica e semântica (estabelecida pelo uso) sugere que a prevenção é mais ampla do que a precaução e que, por seu turno, precaução é atitude ou medida antecipatória voltada preferencialmente para casos concretos”.

Assim, em apertada síntese, pode-se concluir que diagnosticado o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo, e aí entra o exame da oportunidade e do emprego dos meios de prevenção. Desta forma, o princípio da precaução garante a continuidade não só do ser humano, mas de toda a vida no planeta. Para tanto, tem-se que precaução, segundo Caldas Aulete²², “significa cautela antecipatória, que visa prevenir um mal”.

De importância impar é o posicionamento de Cristiane Derani²³ sobre a temática. Para essa autora, “o princípio da precaução também integra o planejamento de uma política econômica, visando o desenvolvimento sustentável, a precaução ambiental modifica o modo de desenvolvimento da atividade econômica”.

19 ANTUNES, L. F. Co. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Almedina: Coimbra, 1998, p. 95.

20 LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. op. cit., p. 70-71.

21 MILARÉ, É. *Direito do Ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 143.

22 AULETE, C. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1968, p. 3235.

23 DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limond, 2001, p. 170.

Do exposto, nesta visão econômica aparece o conceito de que desenvolvimento sustentável também pode ser tido como meio para determinado fim, ou seja, a exemplo da extrafiscalidade, em que são concedidos incentivos tributários para aqueles que fazem da preservação ambiental negócio. Assim, partindo-se da premissa de que empresas sustentáveis venham a gerir suas atividades de modo a preservar o meio ambiente, isto se torna ferramenta indispensável economicamente falando, haja vista a carga tributária brasileira ser tão alta como é.

Perante este perigo que é potencial, a prevenção se justifica a fim de que a atividade sabidamente perigosa não venha a produzir, efetivamente, os efeitos indesejados e, em consequência, um dano ambiental. Segundo José Rubens Morato Leite²⁴, "previne-se de um perigo concreto, cuja ocorrência é possível e verossímil." Dessa forma, o Princípio da Precaução é de suma importância, servindo de cautela para a sociedade perante este perigo.

Nessa primeira posição, não basta que se tenha certeza do perigo da atividade, mas do perigo produzido pela atividade perigosa. Assim, deve ser enfatizado que o que é potencial é o perigo da atividade, ou o perigo produzido pelos efeitos novíços da atividade perigosa que venha a poluir ou degradar.

Para José Joaquim Gomes Canotilho²⁵, "o princípio da precaução funciona como uma espécie de princípio *in dubio pro ambiente*", ou seja, se houver dúvida sobre a perigosidade de determinada atividade para o Meio Ambiente, decide-se a favor deste e contra o potencial poluidor, isto é, transfere-se ao Estado a tutela de preservação contra o potencial poluidor.

Um exemplo de tutela para a preservação do meio ambiente ecologicamente saudável poderia ser quando, não se verificando ainda quaisquer danos decorrentes de uma determinada atividade, se receie, apesar da falta de provas científicas, que possam vir a ocorrer; ou, então, quando, havendo já danos provocados ao ambiente, não há provas científicas sobre qual a causa que está na origem dos danos verificados. Em qualquer desses casos de dúvida, o princípio da precaução impõe, por "previdência", que sejam tomadas medidas cautelares relativamente às atividades suspeitas de ter provocando dano.

Partindo da premissa da atual importância do plano da prevenção no plano da proteção do ambiente sustentável, é perfeitamente compreensível o aforismo popular: "mais vale prevenir do que remediar." Dessa forma, em vez de contabilizar o dano depois de ferido o meio ambiente, necessário se faz tentar repará-lo, antecipando-se de forma a evitar a ocorrência dos danos, passando pela burocracia, pelo Estado, pela política, pela lentidão da justiça.

24 LEITE, J. R.; AYALA, P. A. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 72.

25 CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

Isso porque, muitas vezes, não se pode voltar ao *status quo* do meio ambiente degradado e, mesmo sendo possível a reconstituição *in natura*, geralmente ela se torna onerosa.

6 Tríplice responsabilização ambiental

A essencial importância da tutela ambiental consagrou o Meio Ambiente como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, diz-se que a tríplice responsabilidade ambiental vem para ser efetivada de forma concomitante. A tríplice responsabilidade (civil, penal e administrativa), consagrada em seu art. 225 § 3º²⁶, traz a ideia de que, perante riscos desconhecidos e danos externos, devem-se utilizados os meios que mais se coadunam à sociedade de risco e a atuação cautelosa do Estado.

Todas as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, estão aptas a serem responsabilizadas por atitudes danosas ao meio ambiente que venham causar. Assim, as condutas lesivas, sejam elas comissivas ou omissivas, sujeitam a todos os infratores a essa tríplice responsabilidade.

A partir disso, a responsabilização civil ambiental pode ser conceituada como o dever de responder por danos ocasionados ao meio ambiente, independentemente de culpa. A doutrina aponta a necessidade de existia um dano (evento danoso), mais o nexo de causalidade, que o liga ao poluidor, tanto do dano provável quanto de efetivo. Nesse tipo de responsabilidade, a obrigação de reparar o dano não se limita a pagar uma indenização, ela vai além, devendo buscar a restauração ou recuperação do bem ambiental lesado, ou seja, seu retorno ao *status quo*.

A responsabilização administrativa vem a ser toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiental. Já a responsabilização penal ambiental pode ser tanto de pessoas físicas autoras, co-autoras ou partícipes de um crime ambiental, as quais, ainda que ajam em nome de pessoas jurídicas, serão responsabilizadas criminalmente. O mesmo ocorrerá com pessoas jurídicas que serão penalizadas, independentemente da responsabilidade dos sócios dirigentes ou de qualquer pessoa física que aja em seu nome.

26 Art. 225. 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.

[...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Buscando uma melhor forma de responsabilizar o que ocorre ao meio ambiente, e que muitas vezes se prende ao anonimato, José Joaquim Gomes Canotilho²⁷, aponta o seguinte posicionamento:

A ausência de elementos da culpabilidade e da previsibilidade dos riscos indica como problema dogmático o do anonimato dos agentes produtores dos riscos, situação que atua no sentido de proteger estados de irresponsabilização e de impedir ou dificultar o reconhecimento e a imputação da responsabilidade pelos riscos e danos, quadro especialmente perigoso quando é levada em consideração a justiciabilidade dos interesses e direitos das futuras gerações, potencialmente vitimizadas pela tendência de multiplicação e acumulação desses danos invisíveis.

Partindo dessa problematidade, conclui-se que o próprio Poder Judiciário não atua decisivamente na proporção da invisibilidade do dano e do perigo causado ao meio ambiental. Seria necessário não só a tríplice responsabilização, mas também, se faz necessária a responsabilidade compartilhada, como já citada outrora. Esta responsabilidade demanda a atuação informada e eficiente dos diversos atores sociais ligados aos objetivos profissionais, que de forma solidária podem vir a responsabilizar todos os entes de forma equitativa com sua participação no dano.

Nesse contexto, importante se faz elencar o que diz o artigo 30²⁸ da Lei 12.305/2010 em seu Capítulo III, Seção II, que trata da responsabilidade compartilhada.

Por mais que a lei discipline a responsabilidade, cabe asseverar que ainda há muito a ser feito, e principalmente que, partindo da legislação que já estava

27 CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. op. cit., p. 127.

28 Art. 30. É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, consoante as atribuições e procedimentos previstos nesta Seção.

Parágrafo único. A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos tem por objetivo:

I - compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão ambiental, desenvolvendo estratégias sustentáveis;

II - promover o aproveitamento de resíduos sólidos, direcionando-os para a sua cadeia produtiva ou para outras cadeias produtivas;

III - reduzir a geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais;

IV - incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade;

V - estimular o desenvolvimento de mercado, a produção e o consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis;

VI - propiciar que as atividades produtivas alcancem eficiência e sustentabilidade;

VII - incentivar as boas práticas de responsabilidade socioambiental.

vigente antes da Lei dos Resíduos Sólidos, a sanção civil, penal e administrativa já tinha o condão de fazer com que, de certa forma, a tutela para um meio ambiente sustentável fosse efetivada ainda que longe da eficácia desejada. Tem-se como importante destacar que a sanção civil possui cunho reparatório; a administrativa e a penal, por sua própria natureza, sancionatório, de acordo com as infrações previstas na legislação infraconstitucional.

Propondo uma dicção mais acentuada da norma vigente, Édis Milaré, em breves apontamentos contidos na edição 0/26 da Revista de Direito Ambiental 0/26, entende que: “Atentos a que as necessidades humanas são ilimitadas e que limitados são os bens da natureza, segue-se que o embate de interesses para a apropriação desses bens se processa em autêntico clima de guerra, com o mais forte procurando sempre impor-se ao mais fraco. Daí a necessidade de regras coercitivas e imposições oficiais para impedir a desordem e conter a prepotência dos poderosos, pois, onde há fortes e fracos, a liberdade escraviza, a lei é que liberta”²⁹.

Acerca desse conteúdo, em meio a um contexto tão profícuo e denso de ordenamentos, princípios e direitos, nasce para todos um ideal paradigmático ao próprio Estado de Direito, que pode de alguma forma ser referenciado pelo direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

7 Riscos oriundos dos resíduos eletrônicos

Os resíduos eletrônicos são considerados menos agressivos ao meio, quando comparados aos resíduos industriais perigosos. No entanto, merecem um tratamento minucioso a ser estudado, pelos riscos que podem gerar quando depositados diretamente no meio ambiente, sem tratamento adequado.

As formas de destinação do resíduo sólido são várias, como o lixão ou depósito a céu aberto que segundo Antonio Beltrão³⁰: “Designam descargas livres dos resíduos sólidos no ambiente, sem tratamento algum, nem tampouco estudos ambientais e monitoramento”. Entretanto, este tipo de destinação vem responsabilizar o administrador público que insista em promovê-la, tamanha a agressão ao meio ambiente gerada.

Todavia, este tipo de destino é totalmente inviável no caso do resíduo eletrônico, haja vista a quantidade de metais pesados existentes em sua composição. Este resíduo poderá sim, após um pré-tratamento, tornar-se não-reativo e não inflamável, com baixo teor de solventes, óleos ou água.

Ao analisar a relação do passivo gerado pelos resíduos eletrônicos, os quais vêm aumentando significativamente pelo crescimento em exponencial da

29 MILARÉ, É. *Tutela jurídica civil do ambiente*. RDA 0/26. São Paulo: Saraiva, 1986.

30 BELTRÃO, A. F. G. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 171.

tecnologia, tem-se a dificuldade em não haver muita veiculação na comunidade nacional sobre o tema, diferentemente do que ocorrem nos Estados Unidos, Comunidade Europeia e Japão, os quais já possuem uma política eficiente sobre esta questão.

Esse crescimento de quantidade de sucata eletrônica, decorrente da aceleração da produção e do consumo de eletrônicos, deixa o planeta sem espaço para armazenamento.

Uma radiografia do lixo eletrônico mostra que este possui grande quantidade de metal ferroso, não ferroso, plástico, vidro, além de ouro, prata, platina, entre outros. Segundo dados da reportagem “Fabricação de cada computador consome 1800 quilos de materiais”, escrita por Agostinho Rosa³¹, para o site Inovação Tecnológica, tem-se que:

O índio, um subproduto da mineração do zinco, por exemplo, é essencial na fabricação dos monitores de tela plana, ou LCD, e de telefones celulares. Ele está presente em mais de 1 bilhão de equipamentos fabricados todos os anos. Nos últimos cinco anos, o preço do índio aumentou seis vezes, tornando-o hoje mais caro do que a prata. E, como sua produção depende da mineração do zinco, não é possível simplesmente produzir mais, porque não há produção suficiente de zinco. Além do que as reservas minerais são limitadas. Graças a isso, alguns esforços de reciclagem do índio já estão sendo feitos na Bélgica, no Japão e nos Estados Unidos, com excelentes resultados. O Japão já consegue retirar metade de suas necessidades anuais do elemento a partir da reciclagem.

A partir de pesquisas dessa natureza, que tem o condão de divulgar a limitação das reservas minerais com a saída estratégica de garimpar esse lixo eletrônico e reciclar esses materiais, a ideia é fazer com que esses componentes, descartados de forma aleatória na natureza, colocando cada vez mais em risco a sociedade, possam vir a ser pesados, desmontados, separados e compactados, para, assim, serem transportados para empresas parceiras de transformação de resíduos para processamento dos componentes, visando à diminuição significativa dos impactos diante da sociedade de risco.

Segundo reportagem da revista *Época*, de autoria de Paula Protazio³², na matéria “Montanhas de lixo digital”, há um levantamento das substâncias tóxicas dos componentes dos computadores e celulares prejudiciais à saúde:

31 ROSA, A. Fabricação de cada computador consome 1800 quilos de materiais. Disponível em: <<http://www.inovacaotecnologica.com.br>>.

32 PROTAZIO, P. Montanhas de lixo digital. Revista *Época*. Edição n. 343. São Paulo, 09 de Dezembro de 2004.

Chumbo: Prejudicial ao cérebro e ao sistema nervoso. Afeta sangue, rins, sistema digestivo e reprodutor. Cádmio: É um agente cancerígeno. Acumula-se nos rins, no fígado e nos ossos, o que pode causar osteoporose, irritação nos pulmões, distúrbios neurológicos e redução imunológica. Níquel: Causa irritação nos pulmões, bronquite crônica, reações alérgicas, ataques asmáticos e problema no fígado e no sangue. Mercúrio: Prejudica o fígado e causa distúrbios neurológicos, como tremores, vertigens, irritabilidade e depressão. Zinco: Produz secreção na garganta, tosse, fraqueza, dor generalizada, arrepios, febre, náusea e vômito.

Ao fazer uma radiografia do lixo eletrônico, ao olhar um computador, um aparelho de celular, ou até mesmo de outros equipamentos eletrônicos, tem-se a noção da variedade de materiais que eles contêm. A seguir, segundo fonte disponível pelo Programa Ambiental das Nações Unidas, apresenta-se um comparativo sobre o assunto:

Do que é composta uma tonelada de sucata eletroeletrônica mista:	
Ferro	Entre 35% e 40%
Cobre	17%
Chumbo	Entre 2% e 3%
Alumínio	7%
Zinco	4% a 5%
Ouro	200 a 300 gramas
Prata	300 a 1000 gramas
Platina	30 a 70 gramas
Fibras plásticas	15%
Papel e Embalagens	5%
Resíduos não recicláveis	Entre 3% e 5%
Do que é feito um computador	
Metal Ferroso	32%
Plástico	23%
Metais não ferrosos (chumbo, cádmio, berílio, mercúrio)	18%
Vidro	15%
Placas eletrônicas (ouro, platina, prata e paládio)	12%

Fonte: Programa Ambiental das Nações Unidas, 2009. Disponível em: <[http://www. Onu-brasil.org.br/agencias_ pnuma](http://www.Onu-brasil.org.br/agencias_pnuma)>

Como demonstrado, verifica-se que muitos desses elementos são altamente nocivos quando lançados indiscriminadamente no meio ambiente

e colocados, de maneira desordenada, em contato humano, expondo cada vez mais, a sociedade em que vivemos ao risco que ela mesma vem depositando no meio ambiente dia a dia.

Como já citado, 50 milhões de toneladas de sucata eletrônica são geradas anualmente em todo o mundo. O Brasil, que é o quarto maior mercado de computadores pessoais do mundo, produz, em uma cidade como São Paulo, 1 kg por dia de lixo eletrônico por habitante³³.

Com relação à política nacional que está recebendo múltiplos elogios mundo afora, por prever a responsabilidade compartilhada para a gestão de resíduos, há ainda a chamada logística reversa, ou seja, a responsabilidade compartilhada para com os resíduos eletrônicos gerados no Brasil. Esta responsabilidade trabalha no sentido de abranger a tríplice responsabilidade ambiental, cível, administrativa e penal, para todos, desde fabricantes, importadores, revendedores, comerciantes e consumidor final.

Sendo assim, pretende-se, com o presente, buscar soluções práticas e rápidas, que, de certa forma, possam conscientizar fabricantes, revendedores, comerciantes e consumidores, para, de forma ordenada, minimizar o impacto ambiental gerado pela velocidade acelerada com que a tecnologia avança e o consumo elevado, somando-se a esse ritmo rápido da invocação, o qual faz com que a produção de sucata cibernética também aumente nesta mesma velocidade.

8 Conclusão

A luta pela convivência harmônica com o meio ambiente não é somente responsabilidade de alguns grupos “preservacionistas”, mas missão política, ética e jurídica de todos os cidadãos que tenham consciência da destruição que o ser humano está realizando em nome de produtividade e do progresso, inclusive do mundo capitalista em que vivemos.

Não é o homem isolado, ou fora do ecossistema, o agressor desse ecossistema. O que se propõe é uma proposta de gestão de riscos nas sociedades contemporâneas, inclusive quanto à má gestão dos resíduos gerados pela era cibernética globalizada. É pela multiplicação global dos efeitos negativos gerados no espaço e no tempo que se permitirá que esses se acumulem não só em intensidade, como em complexidade.

A correção dessas externalidades negativas, com sua incorporação nos custos, à obtenção de gastos reais para o meio ambiente poluído e, sobretudo para seu poluidor em potencial – o homem.

33 Dados extraídos do estudo feito pelo Grupo de trabalho E-48: Gestão de resíduos eletrônicos. Flavia Fascendini. Disponível em: <http://www.lixoeletronico.com.br>. Acesso em: 01 jul. 2010.

Desta forma, o estabelecimento de limites ao crescimento, visando à obtenção de sustentabilidade, não ofende direitos fundamentais, uma vez que, diante do princípio da proporcionalidade, é lícito e justo sacrificar o interesse individual em prol interesse coletivo, e a isso se faz com gestão ordenada de resíduos, entre outros.

Com essas considerações, reforça-se a importância da aplicação do princípio da precaução, situando-a em uma abordagem em benefício da proteção dos direitos fundamentais. O que se pretende, valendo-se desse princípio, é a obrigação de optar pela aplicação das medidas mais adequadas, de acordo com elementos que venham a ser considerados inertes ao meio ambiente, tal como o lixo eletrônico.

Por isso, diante das incertezas levantadas pela dificuldade quanto ao gerenciamento ambiental e à previsão e mensuração dos potenciais impactos decorrentes de degradação ao meio ambiente, são necessárias políticas públicas eficientes que tutelem a sociedade de risco em relação ao meio ambiente.

A Política Nacional dos Resíduos Sólidos traz um formidável arsenal de propostas de solução para o problema. No entanto, a solução somente será obtida com uma atuação forte e segura das autoridades ambientais, com vontade política dos governantes, políticas públicas e conscientização e atuação da sociedade civil.

A elaboração de planos de gerenciamento de resíduos sólidos em nível nacional, estadual, microrregionais, intermunicipais e individuais das empresas, resultará em eficácia na gestão e disposição dos resíduos além da responsabilização dos geradores. A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto deixará claro o papel de cada um dos participantes da cadeia representada por produção – consumo – destinação final.

Só com a logística reversa conseguiremos fazer com que o consumidor final faça sua parte no sentido de enviar o resíduo final a quem o gerou e é o responsável por sua destinação.

Referências

ANTUNES, L. F. C. *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*. Coimbra: Almedina, 1998.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1968.

BECK, U.; GIDDENS, A. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.

BELTRÃO, A. F. G. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL, Lei Nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. <Disponível em: www.república.gov.br> .

BRASIL, Constituição de República Federativa do Brasil. <Disponível em: www.república.gov.br> .

CANOTILHO, J. J. G. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra, 1991.

CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DERANI, C. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limond, 2001. Programa Ambiental das Nações Unidas, 2009. Disponível em: <[http://www. Onu-brasil. org.br/agencias_ pnuma](http://www.Onu-brasil.org.br/agencias_pnuma)>.

SOUZA, P R. P. *A conflituosidade ambiental do desenvolvimento econômico*. In: FERREIRA, J. S. A. N; RIBIERO, M. F *Direito empresarial contemporâneo*. Marília: UNIMAR, São Paulo: Arte e Ciência, 2007.

SOUZA, P. R. P. In: *Direito socioambiental: homenagem a Vladimir Passos de Freitas*, (Org.) Alessandra Galli. Curitiba: Juruá, 2010.

Recebido em 28/10/2010

Aceito para publicação em 13/12/2010

SELEÇÃO DO CONTEÚDO DE UMA DISCIPLINA JURÍDICA: DIREITO AGRÁRIO

CONTENT SELECTION IN A LAW SCHOOL SUBJECT:
AGRARIAN LAW

MARCOS PRADO DE ALBUQUERQUE¹

Sumário

1. Introdução. 2. Interesses dos professores e códigos. 3. A manualística. 4. Autores importantes. 5. Clássicos. 6. Sugestão estrangeira. 7. Diretrizes curriculares. 8. Critérios e advertências pedagógicas. 9. Literatura especializada. 10. Discussão. 11. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Professors and code interests. 3. Manualistic. 4. Important authors. 5. Classics. 6. Foreign suggestion. 7. Curricular guidelines. 8. Criteria and pedagogical warning. 9. Specialized Literature. 10- Discussion. 11. Final remarks. References.

Resumo

Este trabalho averigua como é possível fazer seleção de conteúdos de uma disciplina jurídica, utilizando o método de estudo de caso, adotando-se o Direito Agrário Brasileiro como condutor. Ele investiga os motivos dos professores desta disciplina e as matérias tratadas nas leis gerais agrárias. Os assuntos tratados nos manuais são outro ponto examinado, assim como os temas de obras de autores importantes e, ainda, os conteúdos das obras clássicas da área. Verifica-se o conteúdo no direito estrangeiro, descrevendo caso bastante diverso do brasileiro. Analisam-se as diretrizes educacionais brasileiras como condicionantes das escolhas de conteúdos de uma disciplina e as sugestões de critérios fornecidos pela Pedagogia. Enfoca-se, também, a participação da literatura especializada na eleição dos conteúdos. Por fim todos esses resultados são discutidos, confrontando-os. Palavras-chave: Direito. Direitos especiais. Direito agrário. Conteúdo. Critérios de Seleção.

Abstract

This paper inquires how it is possible to check the contents of a legal subject, using the case study method, adopting the Brazilian Agrarian

1 Doutor pela universidade de São Paulo. Professor de Direito Agrário da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT; Membro da Associação Brasileira de Direito Agrário – ABDA e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDI; Doutor pela Universidade de São Paulo – USP.

Law as a guide. It investigates teachers' motives and the subjects discussed in general agrarian laws. The topics covered in the manuals are another considered item, as well as the themes of important authors' works, besides the contents of classic works in the area. It is verified the content in foreign law, describing a quite different case from Brazil. It is analyzed the Brazilian educational guidelines as affecting the choices of a subject content and the criteria suggestions provided by Pedagogy. It also focuses on the participation of specialized literature in the content election. Finally, all these results are discussed and confronted.

Key-words: Law. Special rights. Agrarian law. Contents. Selection criteria.

1 Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro oferece rol de temas que podem ser considerados como conteúdo do Direito Agrário Brasileiro². A doutrina jusagrarista, também, vai aportar elenco desses temas, assim como critérios para determinar que assunto pode ser considerado tema de Direito Agrário³. Com esses mananciais é possível examinar como se tem apresentado a seleção dos temas conteúdos para diversas finalidades. Entre estas últimas, aqui, especificamente, serão considerados os cursos, enquanto disciplinas ou organizações didáticas, e enquanto livros textos. Buscar-se-á, ainda, trazer alguns elementos que, se acredita, são pertinentes à seleção de conteúdos de um curso e, principalmente, de um de Direito Agrário. Faz-se obrigatório notar que curso e disciplina neste trabalho têm o mesmo significado.

A faina é importante, pois, decorridas quase duas décadas da constatação feita por Alcir Gursen de Miranda (1989, p.11s) de que o ensino do Direito Agrário, no Brasil, está construindo o seu cabedal teórico, essa construção ainda se encontra em fase inicial. Quiçá este seja um contributo nessa edificação pretendida. É inquestionável a relevância da *mentalidade agrarista* (MIRANDA, 1989, p.89) como via de se tornar eficaz a própria existência do Direito Agrário Brasileiro, já que somente a presença desse pensamento jusagrário é que fará o operador do Direito ter força argumentativa agrária, isto é, ter o instrumento apropriado ao profissional jurídico, de forma a torná-lo no mínimo hábil, para a complexidade de interesses intervenientes no meio rural brasileiro. Não se pode deixar de fazer alusão ao fato de que ainda persiste a rarefação da literatura especializada, tanto a referente ao Direito Agrário em si, quanto ao seu ensino,

2 ALBUQUERQUE, M. P. O conteúdo jusagrário no ordenamento jurídico brasileiro. CD ROM do X Seminário Nacional de Direito Agrário. Disponível em: www.abda.com.br

3 ALBUQUERQUE, M. P. O conteúdo do direito agrário brasileiro na doutrina jusagrarista. In: *Revista Amazônia Legal de Estudos Sócio- Jurídico-ambientais*. Cuiabá: EdUFMT Ano 1, n. 1, p. 69-81, jan/jun. 2007.

como acusa Miranda (1989, p.12), apesar do advento de obras jusagraristas substanciais nesse período.

2 Interesses dos professores e códigos

Miranda (1989, p.17ss), ao buscar o que ensinar na disciplina de Direito Agrário, faz diagnóstico da situação do ensino dela e lista os professores de Direito Agrário, dizendo:

observa-se que a maioria dos professores pertenceram ou ainda pertencem aos órgãos responsáveis pela política agrária. Dessa situação decorre que os professores de Direito Agrário, intencionalmente ou não, estavam como meros porta-vozes da política agrária do governo. Não havia, inicialmente, uma preocupação científica no ensino do Direito Agrário, mas sim, a transmissão do ponto de vista dos governantes sobre a questão agrária.

Adiciona, ainda, que a ausência de literatura específica, a falta de intercâmbio entre os professores e entre as instituições de ensino superior, a inexistência de padronização mínima nos programas letivos de Direito Agrário, todos esses fatores entravaram o fortalecimento da disciplina e, sobretudo, não produziram uniformidade do conteúdo.

Em síntese, Miranda (1989, p.19) leciona:

De fato, é na definição do objeto e do conteúdo do D.A. onde são encontrados os obstáculos cruciais para o delineamento de um programa uniforme para a disciplina jusagrarista. Normalmente os programas são elaborados de acordo com a conveniência do professor, os quais, geralmente, não possuem uma formação pedagógica, necessária para o ensino, aliado à falta de metodologia no programa e no ensino.

Miranda (1989, p.19ss) traz, também, vários programas da disciplina na graduação, de cursos de pós-graduação, atualizações e extensões que podem ser compreendidos como cursos que indicam o conteúdo do Direito Agrário, uma vez que, nesses cursos, deveria ser tratada a matéria pertencente ao Direito Agrário, isto é, o seu conteúdo.

Efetivamente, o conteúdo programático de uma disciplina é uma eleição de temas dentre diversos compreendidos no conteúdo do Direito Agrário. Destarte, o conteúdo programático apresentado por um curso é instrumental bastante pertinente para a descoberta dos temas pertencentes ao Direito Agrário. Metodologia que foi utilizada por Carlo Alberto Graziani (1986, p.83 ss).

Outro instrumento metodológico indicativo de uma escolha de temas, que pertencem a um determinado ramo ou especialidade jurídica, é o das matérias, assuntos ou objetos regulados por uma lei orgânica, ou por um claro subsistema normativo⁴. Como exemplar dessa metodologia, podem-se citar, também, os temas compilados por Eva Rook Basile (1988, p.30 ss), como disciplinados pelo Código Rural francês. Onde se vê: 1- Regime do solo; 2- Proteções aos animais e vegetais; 3- Caça e pesca fluvial; 4- Instituições e associações profissionais agrárias; 5- Crédito rural; 6- Propriedade familiar; 7- Uso e posse temporária da terra; 8- Trabalho rural; 9- Formação profissional, pesquisa, ensino e desenvolvimento agrário.⁵

Tanto o rol de assuntos disciplinados por um código rural, quanto o apontado por programa de um curso de Direito Agrário, contém subjacentes critérios seletivos de temas, que estão compreendidos no conteúdo jusagrário. A variabilidade desses elementos de seleção é grande, como já apontado por Miranda, quando ele fala dos interesses dos professores na delimitação do conteúdo programático da disciplina jurídica agrária, e pelos ditames políticos do legislador, no caso das leis orgânicas, ou pela evolução histórica, nas situações de temas indicados por subsistemas normativos.

3 A manualística

A mesma configuração está presente nos livros textos (manualística) de Direito Agrário. Entretanto, deve-se levar em conta que, nestes casos, o autor tem por interesse atender às necessidades presumidas de outros, quer docentes, quer discentes, quer do público em geral. Pressupõe-se que busca elencar temas jusagrários, que, por múltiplas razões, sejam de interesse de grupos diversos e para finalidades variadas. Assim, é de relevo verificar como a manualística, principalmente a brasileira, tem selecionado os temas de Direito Agrário.

Igor Tenório (1984, p. VII) relata:

Este livro [*Curso de direito agrário brasileiro*] resulta de trabalho pedagógico desenvolvido ao longo dos últimos dez anos, na UnB, onde fizemos designação de temas para pesquisa, orientação e seminários com alunos; e onde planejamos leituras de textos oficiais e de roteiros práticos, tudo com o objetivo de tornar o ensino jurídico o mais próximo possível do mercado de trabalho.

4 Confira a esse propósito ALBUQUERQUE, M. P. Conteúdo do direito agrário no ordenamento brasileiro. CDROM do X Seminário Nacional de Direito Agrário. Disponível em: www.abda.com.br

5 A listagem dos assuntos foi traduzida neste trabalho, buscando adaptar-se aos elementos ou à nomenclatura usual no âmbito do Direito Agrário Brasileiro.

A obra mencionada acima apresenta a seguinte listagem de assuntos: 1- Princípios gerais de direito agrário; 2- Acordos e tratados de interesse da legislação agrária; 3- História da propriedade territorial rural; 4- Terras públicas em situações especiais; 5- Terras públicas na jurisprudência; 6- Aquisição de terras por estrangeiros; 7- Registro imobiliário; 8- Processos de interesse do direito agrário; 9- Imposto territorial rural; 10- Sindicato rural; 11- Contribuição sindical rural; 12- Previdência e trabalhador rural; 13- Economia rural; 14- Sistema nacional de crédito rural; 15- Armazenagem, preços mínimos e aquisição pelo governo federal; 16- Produção e distribuição de sementes e mudas; 17- Comércio de fertilizantes, corretivos, inoculantes e defensivos agrícolas; 18- Classificação e registro de produtos de origem vegetal; 19- Inspeção federal para produtos de origem animal; 20- Aviação agrícola; 21- Importação e exportação de animais; 22- Defesa ecológica e recursos naturais renováveis; 23- Empresa rural; 24- Colonização particular; 25- Cooperativismo e eletrificação rural; 26- Política econômica florestal brasileira; 27- Legislação penal de interesse do direito agrário; 28- Papel do advogado na prática do direito agrário; 29- Justiça agrária.

Deve-se fazer registro de que o autor citado escusa-se de apresentar uma introdução ao Direito Agrário, uma vez que esse foi conteúdo de outra obra sua e, assim, os temas desta última não figuraram no Curso em exame (TENÓRIO, 1984, p. VII).

Dos temas componentes do conteúdo do Direito Agrário Brasileiro, a seleção feita e acima apresentada levou em consideração dois critérios seletivos: a- utilização pedagógica; b- mercado de trabalho.

Octavio Mello Alvarenga (1985, p. IX) apresenta o seguinte Sumário: 1- Direito agrário; 2- O direito agrário através da história; 3- Terras devolutas e política fundiária; 4- Usucapião especial; 5- Desapropriação; 6- Direito agrário e reforma agrária; 7- Terras na faixa de fronteira; 8- Direitos dos indígenas; 9- Cadastro e tributação; 10- Crédito e financiamento à agricultura; 11- Venda de terras a estrangeiros; 12- Recursos naturais renováveis; 13- Contratos de trabalho agrário; 14- O cooperativismo na agricultura brasileira; 15- Contratos agrários; 16- Previdência social agrária; 17- Justiça agrária e processo agrário; 18- Extensionismo agrário; 19- Obrigatoriedade da cátedra de direito agrário.

Alvarenga (1985) não explicita que critério utilizou para realizar a seleção dos temas incluídos no Manual.

Valdemar P. da Luz (1993, p.3ss), sem apontar os critérios que o levaram a escolher os temas do seu Curso de Direito Agrário, relaciona os seguintes conteúdos: 1- Direito agrário; 2- O imóvel rural; 3- A indivisibilidade do imóvel rural; 4- Os contratos agrários; 5- Contrato de arrendamento rural; 6- Contrato de parceria; 7- A propriedade imobiliária no Brasil; e 8- A desapropriação para fins de reforma agrária.

Wellington Pacheco Barros (1997, p. 9ss), ao construir o seu Curso de Direito Agrário, teve como objetivo a elaboração de material didático, que servisse de bibliografia básica relativa ao conteúdo programático da disciplina jusagrária. Com esse critério de seleção, adotou o seguinte roteiro para a sua obra: 1- Direito agrário, seu conceito e abrangência; 2- Estatuto da terra, sua nomenclatura e definições; 3- Função social da propriedade; 4- Reforma agrária; 5- Cadastro rural; 6- Zoneamento; 7- Imposto sobre a propriedade territorial rural; 8- Colonização; 9- Teoria geral e princípios comuns aos contratos agrários; 10- Princípios específicos ao arrendamento e à parceria rural; 11- Usucapião especial rural; 12- A estrutura do crédito rural; 13- Títulos de crédito rural e sua execução; e 14- Exercícios de revisão de conteúdo.

Já Pinto Ferreira (1998, p.XIX-XXX), sem declinar os critérios de seleção, apresenta o seguinte rol de temas no seu Curso de Direito Agrário: 1- Introdução ao estudo do direito agrário; 2- Apreciação sintética do código agrário brasileiro (o estatuto da terra); 3- A questão agrária na antiguidade: Grécia e Roma; 4- A questão agrária na idade média e até o século XIX; 5- A questão agrária no estado comunista e a crise do socialismo coletivista agrário; 6- A questão agrária nos estados democráticos; 7- Propriedade territorial no Brasil e sua evolução; 8- A questão agrária no Brasil; 9- Conceito, forma, fundamentos e limites da reforma agrária; 10- O imóvel rural e a empresa rural; 11- As técnicas de desapropriação do imóvel rural e a propriedade produtiva; 12- Módulo rural, minifúndio e latifúndio; 13- Contratos agrários; 14- A retomada do imóvel rural; 15- Ação de despejo, ação de reintegração de posse e notificação premonitória; 16- As terras públicas e devolutas e a ação discriminatória; 17- Limitações à venda de terras a estrangeiros; 18- O usucapião e o usucapião rural; 19- Da posse; 20- O problema agrário na constituição de 1988 e na lei n. 8629/93; 21- O procedimento judicial de desapropriação do imóvel rural; e 22- Imposto sobre propriedade territorial rural – ITR e disciplina do pagamento da dívida por títulos da dívida agrária.

Não foram listadas três partes da obra supracitada, uma vez que fazem referência à modificação em legislação agrária, à parte prática, com modelos de peças da atuação do operador do direito, e à jurisprudência de interesse jusagrário. Não se constituem, pois, essas partes, em elementos que pudessem trazer indicações sobre o processo de triagem do conteúdo realizado por Ferreira.

Benedito Ferreira Marques (2004, p.VII) dá o seguinte depoimento esclarecedor das suas intenções ao escolher o conteúdo do seu Direito Agrário Brasileiro, assim como das necessidades da comunidade que trabalha ou está trabalhando com a área jusagrária, registrando:

Se não bastasse, os meus alunos sempre se queixaram da falta de um manual de Direito Agrário que lhes desse uma visão panorâmica de

todo o programa do curso de graduação. Além disso, queixavam-se também da escassa bibliografia existente. Era um problema também do professor-autor.

Marques (2004, p. XI-XIII) apresenta a seguinte seleção de conteúdos jusagrários: 1- Introdução ao estudo do Direito Agrário; 2- O Direito Agrário no Brasil; 3- Institutos jurídicos agrários; 4- Propriedade territorial no Brasil; 5- Peculiaridades regionais sobre bens públicos; 6- Reforma agrária; 7- Política agrícola; 8- Contratos agrários; 9- O trabalho rural; e 10- Cadastro e tributação do imóvel rural.

Sílvia Carlinda Barbosa Opitz (2007, p. XXXI) diz que o desiderato principal do Curso Completo de Direito Agrário (de natureza bastante acentuada de revisão, atualização e adaptação de outra obra da autora em parceria com o seu genitor Oswaldo Opitz) é colocar

[...] as questões agrárias e o Estatuto da Terra da forma o mais didática, objetiva e abrangente possível, com a finalidade de propiciar material de estudo e de pesquisa, especialmente para acadêmicos e candidatos a concursos, bem como aos aplicadores do Direito e a todos aqueles que estejam envolvidos na solução dos problemas agrários [...].

Opitz (2007, p. XI-XIX) traz a seguinte seleção de conteúdos, dividida em partes e capítulos (na obra apresenta, também, divisão em itens): 1- Parte: Introdução ao Direito Agrário; 1.1- Posição do Direito Agrário; 1.2- Fontes do Direito Agrário; 1.3- Conceito do Direito Agrário; 1.4- Prédios rústicos; 1.5- Empresa rural; 1.6- Restrições ao direito de propriedade; 1.7- Usucapião constitucional rural; 1.8- Rios e águas correntes no Direito Agrário; 1.9- Empresas de irrigação; 2- Parte: Reforma agrária; 2.1- História da propriedade no Brasil; 2.2- Função social da propriedade; 2.3- Limitação da propriedade; 2.4- Limites ao direito de propriedade; 3- Parte: Sociologia agrária; 3.1- Estatuto do trabalhador rural; 4- Parte: Política agrária; 4.1- Imposto territorial rural (ITR); 4.2- Generalidades, direito de preferência, contratos agrários; 4.3- Arrendamento, introdução; 4.4- Arrendamento rural; 4.5- Parcerias rurais; 4.6- Contratos de pastoreio; 5- Parte: Prática – fórmulas de contratos agrários e notificações.

Ainda na circunscrição da manualística, como exemplo de manual estrangeiro de Direito Agrário, pode-se apontar o de Fernando P. Brebbia (1992, p. VI-XXIV e 15), que noticia o ensino na mesma disciplina das matérias jusagrárias juntamente com as matérias relativas à mineração, como algo comum na Argentina, sem haver uma explicação que pudesse encontrar para tal situação, adotando-se, nesses casos, a nomenclatura de direito rural, ou de direito dos

recursos naturais. Quanto à seleção dos temas, o Sumário do Manual organiza-se como se segue: 1- Introdução ao estudo do direito agrário; 2- A empresa agrária; 3- Legislação e jurisdição agrárias; 4- A propriedade agrária; 5- Propriedade florestal; 6- Propriedade de rebanhos; 7- Contratos agrários; 8- Os contratos agrários nas normas legais especiais; 9- Contrato de pastagem; 10- Meação de pecuária leiteira; 11- Parcerias em vinhas e pomares; 12- Contrato de trabalho agrário; 13- Contratos agro-industriais; 14- Direito sucessório agrário; e 15- A intervenção do Estado na agricultura⁶.

Percebe-se que, em largas medidas, o rol acima elencado pode ser sintetizado em: 1- Teoria geral do direito agrário; 2- Empresa agrária; 3- Direito real agrário; 4- Direito obrigacional agrário; 5- Direito sucessório agrário; e 6- Política agrícola. Também em sede de Resumo, deve-se registrar que o autor não declinou as razões da seleção de temas que fez.

4 Autores importantes

Não só os manuais e cursos apontam seleções de conteúdo do Direito Agrário. Pode-se encontrar essas eleições em variadas ocasiões. Uma delas está em Miranda (1989, p.20ss), que, após listar diversos programas de disciplinas de graduação, cursos de extensão e de pós-graduação, e sugestões de doutrinadores, apresenta, por sua vez, a sua proposta, que compreende três grandes temas: 1- Teoria geral do Direito Agrário; 2- Direito Agrário Brasileiro; e 3- Direito Agrário na região. Como este último é muito específico, apresenta a pormenorização das duas outras partes, da seguinte maneira:

I – TEORIA GERAL DO DIREITO AGRÁRIO: Unidade I – Fundamentos (propedêutica); Unidade II – Ordenamento fundiário; Unidade III – Política agrária; Unidade IV – Reforma agrária; Unidade V – Desenvolvimento agrário; Unidade VI – Relação jurídica agrária; Unidade VII – Conservação dos recursos naturais renováveis; Unidade VIII – Justiça agrária; Unidade IX – Direito Agrário comparado; II – DIREITO AGRÁRIO BRASILEIRO: Unidade I – Histórico; Unidade II – Estatuto da terra; Unidade III – Ordenamento fundiário brasileiro; Unidade IV – Imóvel rural; Unidade V – Reforma agrária; Unidade VI – Colonização; Unidade VII – Cooperativismo; Unidade VIII – Cadastro e tributação; Unidade IX – Contratos agrários; Unidade X – Política de desenvolvimento agrário; Unidade XI – Sindicalização rural; Unidade XII – Justiça agrária.

⁶ Na citação deste *Sumário* pretendeu-se fazer algumas adaptações, de forma a torná-lo mais fácil à compreensão dos agraristas brasileiros e, sobretudo, mais apto às finalidades deste trabalho.

Podem-se citar os institutos jusagrários listados por Antonio Carrozza e Ricardo Zeledón (1990, p.VII-XXIII), que procuraram a “individualização daqueles institutos que constituem a substância do direito autônomo da agricultura”.

Os conteúdos jusagrários arrolados pelos autores são os seguintes: 1- A propriedade agrária; 2- A empresa agrária; 3- Empresa zootécnica; 4- Agricultura de grupo; 5- Contratos agrários: noções e espécies; 6- O contrato de arrendamento rural; 7- Integração vertical na agricultura e contrato agro-industrial; 8- Crédito agrário; 9- Recursos naturais; 10- Direito agrário hereditário; e 11- Processo agrário. Além da parte específica constituída pelos institutos, compreende a obra, também, a teoria geral do Direito Agrário.

5 Clássicos

Algumas obras, por suas largas utilizações didáticas ou pelo seu cunho já clássico no Direito Agrário Brasileiro, são inquestionáveis fontes de critério de triagem de conteúdo jusagrário, mesmo que não portem o nome de manual ou curso.

Entre essas está *Direito agrário brasileiro: Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Prática*. Nela, Ismael Marinho Falcão (1995, p.7ss), ao tratar da doutrina, seleciona, sem explicitar os critérios adotados, os seguintes conteúdos, dividindo-os em quatro partes. 1ª parte – Introdução ao Direito Agrário composta por: 1- Formação histórica do direito agrário; 2- Conceito de direito agrário; 3- Autonomia do direito agrário; 4- Conteúdo do direito agrário; 5- Objeto de direito agrário; e 6- Correlação do direito agrário com outros ramos da ciência do direito. 2ª parte – Institutos básicos do direito agrário composta por: 1- Terra devoluta; 2- Módulo rural; 3- ITR – Imposto territorial rural; 4- Empresa rural; 5- Legitimação de posse; 6- Faixa de fronteira; 7- Usucapião *pro labore*; 8- Usucapião especial; 9- Arrendamento e parceria; 10- O registro paroquial; 11- O registro torrens; 12- A regularização fundiária; 13- Procedimento discriminatório; e 14- Cadastro do imóvel rural. 3ª parte – A legislação agrária no Brasil composta por: 1- Breve histórico; 2- As capitâneas hereditárias; 3- O regime sesmario; 4- A posse como título legal; 5- A lei n. 601, de 1850, e seu regulamento; 6- A constituição federal de 1891; 7- A legislação da faixa de fronteira; 8- O decreto-lei n. 9.760, de 1946; 9- O estatuto da terra e alterações posteriores; e 10- A lei n. 6.383 e a proteção das terras de domínio da união. 4ª parte – Aspectos relevantes do direito agrário composta por: 1- O direito de propriedade à luz do direito agrário; 2- A função social da propriedade; 3- A reforma agrária; 4- Os terrenos de marinha; 5- As terras indígenas; 6- A aquisição de imóvel rural por estrangeiro; 7- Os recursos naturais renováveis; e 8- A justiça agrária no Brasil.

Entre os clássicos do jusagrarismo brasileiro pode ser citado o livro *Institutos básicos do direito agrário*. O autor Paulo Torminn Borges, afirma: “Resolvemos, pois, elaborar este manual com alguns dos pontos lecionados, procurando fazê-lo de molde a interessar aos estudiosos da matéria” (1998, p. VII-XV). Os conteúdos selecionados: 1- Direito de propriedade; 2- Direito agrário. Princípios; 3- Institutos básicos; 4- Propriedade territorial rural; 5- Desapropriação; 6- Contratos agrários; 7- Legitimação de posse; 8- Módulo e fração mínima de parcelamento. Indivisibilidade; e 9- Os institutos de direito agrário na Constituição de 1988.

Borges (1998, p.271s) registra o programa do Curso de Especialização em Direito Agrário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, do qual era Coordenador. Nesse programa, o conteúdo jusagrário está selecionado com os seguintes assuntos: 1- Teoria geral do Direito Agrário; 2- Reforma agrária e política agrícola; 3- Institutos básicos do Direito Agrário; 4- Atividade agrária; 5- Contratos agrários; 6- Estatuto da lavoura canavieira; 7- Direito de propriedade; 8- Aquisição do imóvel rural; 9- Ocupação de terras devolutas; 10- Ilhas: marítimas, fluviais e lacustres; 11- Peculiaridades regionais dos problemas fundiários brasileiros; 12- Reforma agrária; 13- Zoneamento; 14- Política agrícola ou política de desenvolvimento rural; 15- Proteção e conservação dos recursos naturais renováveis; 16- Estatuto do índio; 17- Regime de águas; 18- Direito agrário penal; 19- Direito agrário comparado; 20- Legislação do trabalho rural; 21- Sociologia rural; 22- Previdência social rural; e 23- Órgãos de execução do ordenamento agrário brasileiro.

Note-se que a listagem da obra de Borges está contida no programa do Curso de Especialização, como o próprio autor indica no Prefácio (1998, p.VII). Podem-se perceber, assim, dois níveis de seleção: um constituído pelo programa do Curso, outro consistente no roteiro do livro. Neste último, os temas são escolhidos dentre aqueles contemplados pelo programa. Portanto, tem-se uma seleção em círculos concêntricos.

6 Sugestão estrangeira

Do direito estrangeiro pode-se trazer várias sugestões. Como exemplo, a enumeração de conteúdo do Direito Agrário feito por Mikhail I. Kozyr (1991, p.113s), para o qual “[...]o sistema de direito agrário soviético enquanto disciplina científica e matéria de ensino apresenta-se como se segue [...]”⁷.

Submetido a adaptações, para facilitar a correlação com o sistema jusagrário brasileiro, pode ser exposto da seguinte forma: I- Parte geral, que se subdivide em: 1- Objeto e sistema do direito agrário soviético; 2- História da legislação

⁷ Tradução feita neste trabalho. No original: “[...] *le système du droit rural soviétique en tant que discipline scientifique et matière d’enseignement se présente comme suit* [...]” (KOZYR, 1991, p.113).

agrária soviética; 3- Fontes do direito agrário soviético; 4- Empresas agrárias e agro-industriais; 5- Agricultura em grupo (associativismo, grupos de empresas, consórcios, etc.); 6- Trabalho rural; 7- Política agrícola; II – Parte específica, que se subdivide em: 8- Tipos de empresas agrárias, de agrupamentos de empresas e de empresas agro-industriais; 9- Propriedade, posse e uso da terra; 10- Regime jurídico dos bens agrários; 11- Remuneração do trabalhador rural; 12- Atividades agrárias; 13- Crédito agrário; 14- Desenvolvimento social rural; 15- Contratos agrários; 16- Propriedade familiar; 17- Empresa particular de atividade agrária conexa; 18- Direito agrário penal; 19- Serviço jurídico das empresas agrárias; III – Parte especial, que se subdivide em: 20- Princípios fundamentais do direito agrário dos outros Estados socialistas; 21- Características principais do direito agrário dos países em desenvolvimento; e 22- Características principais do direito agrário dos países capitalistas contemporâneos.

É obrigatório repetir que a enumeração acima feita está com adaptações, de modo a permitir correlação com o sistema jusagrário brasileiro, na forma que a sua tradição doutrinária, apesar da sua não uniformidade, tem apresentado. Entretanto, e esta é a justificativa para a escolha de Kozyr, dentre outras possíveis de doutrinador estrangeiro, a diversidade entranhada na seleção de conteúdo acima feita descortina outros temas e modos de apreensão do Direito Agrário, que são em si bastante instigantes.

7 Diretrizes curriculares

A seleção de conteúdo de uma disciplina jurídica tem nas normas que regulamentam o ensino do Direito momento privilegiado de estabelecimento de critérios seletivos. As diretrizes curriculares dos cursos de graduação em Direito no Brasil foram, por um bom período de tempo, determinadas por dois diplomas diversos, a Portaria MEC n. 1.886 de 1994 e o Parecer CES/CNE n. 146 de 2002, ambos com vigência e eficácia discutidas⁸. Todavia, esse problema não afeta as normas, enquanto possíveis fontes de sugestão de critérios de triagem de conteúdos para a disciplina Direito Agrário.

A Portaria MEC n. 1.886 de 1994 trata do conteúdo mínimo do curso de graduação em Direito no seu artigo 6º, textualmente:

Art. 6º O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias, que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso:

8 RODRIGUES, H. W.; JUNQUEIRA, E. B. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

I – Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica; ética geral e profissional); Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com Teoria do Estado).

II – Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

Parágrafo único. As demais matérias e novos direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinaridade. (p. 369)⁹.

A Portaria MEC 1.886/94, portanto, não faz alusão ao Direito Agrário, muito menos a um conteúdo mínimo jusagrarista. Porém, não impede a constituição da disciplina, nem a sua inclusão no currículo de um curso. Fornece o valor que vai legitimar a inclusão do Direito Agrário em um currículo de curso jurídico, que é o atendimento das peculiaridades identificadoras ou particularizantes do curso ou do egresso que a instituição de ensino pretenda formar. Esta vocação de um curso de Direito está ligada às suas pretensões quanto ao tipo de inserção institucional, política, geográfica e social que almeja. Vale dizer que o critério de seleção de disciplinas para o seu currículo está vinculado ao objetivo do curso. Pode-se, analogicamente, dizer, que a seleção do conteúdo de uma disciplina deve ter como critério a finalidade dessa disciplina na construção do perfil desejado do egresso. E o mesmo critério de seleção de conteúdo, por sua vez, pode ser aplicado no caso do Direito Agrário Brasileiro.

O Parecer CES/CNE n. 146 de 2002 traz em anexo Projeto de Resolução, que, no seu artigo 10, trata do conteúdo de um curso de graduação em Direito, estatuinto:

Art. 10 Os cursos de graduação em Direito deverão contemplar, em seus projetos pedagógicos e em sua organização curricular, conteúdos que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

I – Conteúdos de Formação Fundamental, que tem por objetivo integrar o estudante no campo do Direito, estabelecendo ainda as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo estudos que envolvam a Ciência Política (com Teoria geral do Estado), a Economia, a Sociologia Jurídica, a Filosofia e a Psicologia Aplicada ao Direito e a Ética Geral e Profissional;

⁹ BRASIL. Portaria MEC n. 1886, de 30 de dezembro de 1994. In: RODRIGUES, H. W.; JUNQUEIRA, E. B. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 369-371. Todas as demais citações desta Portaria terão a mesma fonte, pelo que se escusa de tornar a citá-la.

II – Conteúdos de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação do Direito, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência Jurídica e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais;

III – Conteúdos de Formação Prática, que objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o estágio curricular durante o qual a prática jurídica revele o desempenho do perfil profissional desejado, com a devida utilização da Ciência Jurídica e das normas técnico-jurídicas. (p. 427)¹⁰.

É permitido apontar que, no âmbito do Parecer CES/CNE 146/2002, o Direito Agrário estaria incluído no segundo eixo, o de Conteúdos de Formação Profissional. Nesta grande divisão curricular não há referência ao Direito Agrário, mas também não há aos grandes e vetustos ramos, assim como não há menção de matéria ou disciplina jurídica alguma. Esta parte compreende todos os conteúdos típicos da Ciência Jurídica, envolvendo, pois, o Direito Agrário. O conteúdo das disciplinas de formação profissional deve abranger o enfoque dogmático, e ser de maneira a permitir estudo sistemático e contextualizado com a Ciência do Direito e com as evoluções econômicas, sociais e políticas do Brasil, levando em conta as relações internacionais. Estes são os critérios para a seleção dos conteúdos de qualquer disciplina pertencente ao eixo de formação profissional do currículo de um curso de graduação em Direito e, portanto, aplicável à disciplina Direito Agrário Brasileiro.

Desde o final de setembro de 2004, Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito regulamentam o ensino do Direito, através da Resolução CNE/CES n. 9 de 2004, que, quanto aos conteúdos, estatui:

Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Econo-

10 BRASIL. Parecer CES/CNE n. 146/2002. In: RODRIGUES, H. W; JUNQUEIRA, E. B. op. cit., 2002.p. 406-428. Todas as demais citações deste documento terão a mesma fonte, pelo que se escusa de tornar a citá-la.

mia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. II - Eixo de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual; e III - Eixo de Formação Prática, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares¹¹.

À diferença do texto do Parecer CES/CNE 146/2002, a expressão da Resolução CES/CNE n. 9/2004 faz alusão àquelas matérias acima tratadas como vetustas e tradicionais, mas continua a preceituar que cabem no currículo todas as demais não referenciadas que façam parte da área jurídica, que serão incluídas em razão da especificidade do curso, da sua localização, enfim de todas as variáveis que devem individualizar um curso jurídico. Evidentemente, é o caso do Direito Agrário, que se situará no bojo do eixo de formação profissional.

Dos três documentos regentes dos conteúdos de disciplinas nos cursos de graduação em Direito no Brasil, acima citados, decorre o sentimento de que as concepções da Ciência do Direito têm influência privilegiada ao estruturar-se um currículo. E, sob certo prisma, como diz José Alcebíades de Oliveira Júnior (2000, p. 104),

[...]a Ciência Jurídica atual não está apta para dar conta dos ditos “novos Direitos” é porque ela, por um lado, centrou a problemática jurídica no âmbito dos Estados-nações e de suas soberanias, e isso precisa, hoje, ser relativizado, por outro, porque em nome da democracia, do relativismo valorativo, fundou-se num isolamento disciplinar que hoje não se sustenta, pois os conflitos de que o Direito tem que dar conta requerem uma visão inter ou transdisciplinar.

O Direito Agrário está bastante conectado nessa discussão, porque é um novo Direito e realmente tenta desenvolver-se no âmbito dos Estados-nações,

11 BRASIL. Resolução CNE/CES n. 9 de 2004. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 04 set. 2007. Todas as demais citações deste documento terão a mesma fonte, pelo que se escusa de tornar a citá-la.

mas, por outro lado, também é, por si só, um Direito que contém uma visão necessariamente interdisciplinar ou transdisciplinar como quer o autor. E muitas das perplexidades que o estudo do Direito Agrário traz decorrem exatamente desses fatos.

Essas reflexões são critérios de seleção do conteúdo jusagrário, se se almeja a construção de uma disciplina apta a dar conta das novas perspectivas que se abrem para o campo jurídico. Adicionam-se, ainda, como elementos de seleção as seguintes ponderações de Oliveira Júnior (2000, p.107):

O Direito só existe no plano das relações humanas, devendo, então, ser pensado não como instrumento que põe um homem contra o outro, mas como um instrumento que harmoniza a convivência de ambos. E é esta revolução na mentalidade que está por ser feita para que a ciência jurídica possa dar conta dos novos Direitos. Explicando a afirmativa, o autor na Nota 17, diz: Tal revolução requer uma visão interdisciplinar da ciência jurídica, entendida como a passagem da norma jurídica, enquanto objeto dessa ciência, para as relações humanas e sociais, vistas na completude do seu acontecer, o que envolve uma dimensão natural e outra cultural em constante interpenetração.

8 Critérios e advertências pedagógicas

A organização dos conteúdos nos currículos, levando em conta os fatores currículo integrado, globalização e interdisciplinaridade, coloca em relevo a posição de Jurjo Torres Santomé:

A tarefa educacional efetuada na instituição escolar é realizada mediante uma seleção, organização, análise crítica, e reconstrução dos conhecimentos, crenças, valores, destrezas e hábitos, que são consequências do desenvolvimento sócio-histórico, isto é construídos e aceitos como valiosos por uma sociedade determinada. (1998, p. 95).

Contudo, o autor descortina a dificuldade para a uniformidade de conteúdo de uma mesma disciplina ao constatar:

Em cada instituição escolar será efetuada uma reinterpretação peculiar desse legado cultural em função das experiências prévias, conhecimento, expectativas dos professores e dos estudantes, que interagem nas salas de aula e no centro escolar, bem como dos recursos aos quais têm acesso, das condições de trabalho e da formação do corpo docente.

Como, aliás, no âmbito do Direito Agrário Brasileiro, Miranda constata, conforme foi anteriormente citado.

Reforça-se mais a questão da seleção de conteúdo, que, disposto em disciplina curricular, gerará, no dizer de Santomé, o conhecimento disciplinar, querefere-se a

[...] um conjunto de estruturas abstratas e a leis intrínsecas, que permitem classificações particulares de conceitos, problemas, dados e procedimentos de verificação de acordo com o modelo de coerência assumidos. Mediante esta via vão sendo constituídas, na maioria dos casos, as diversas disciplinas com nomes concretos, que pretendem representar as diferentes parcelas da experiência do conhecimento humano. Continua, o autor: Assim as disciplinas são um marco dentro dos quais são organizados, exercitados, criados e transformados o pensamento, a percepção da realidade e a ação humana, utilizando para isso, linguagens e métodos específicos. Elas simbolizam as principais maneiras de analisar e intervir na realidade. (1998, p.103).

Sobre esse prisma, principalmente o último trecho citado de Santomé, há uma justificativa inerente à existência da disciplina do Direito Agrário e, talvez, seja esse o substrato para todos, mesmo os que negam a sua autonomia enquanto ramo jurídico, fazerem referência à sua autonomia didática.

Os critérios de seleção de conteúdo disciplinar são analisados por Santomé (1998, p.106), que aponta os de utilidade e rentabilidade de curto alcance, em outras palavras, de eficácia com relação a encontrar emprego e obter melhores salários, como os ponderáveis para a satisfação dos jovens. Isto tem implicado especialização cada vez maior dos conteúdos, que, na opinião do autor, consiste em saber mais sobre menos coisa.

Vera Lúcia Marques Leite, ao noticiar as recomendações do Relatório da UNESCO para a educação no Século XXI, apresenta outros elementos de seleção de conteúdo, nos seguintes dizeres:

Da escola cobram-se os desafios da educação no novo milênio e que aparecem sintetizados no relatório da UNESCO, pelo qual são indicados os grandes eixos norteadores da educação no século XXI, quais sejam: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver e aprender a ser. (2001, p.16).

Portanto, mesmo compreendendo o processo educacional de um modo global, existem dois vetores com relação à determinação do conteúdo, os quais

têm reflexos, diretamente, como não poderia deixar de ser, sobre o conteúdo do Direito Agrário. Uma eleição de conteúdos tem a finalidade de satisfação das necessidades imediatas, outra busca construir os fundamentos para uma permanente aquisição do saber.

Outro ponto a considerar é o expresso por Santomé da seguinte forma:

Quando analisamos detalhadamente os conteúdos que são objeto de atenção explícita na maioria das instituições escolares e nas propostas curriculares, chama a nossa atenção a presença abusiva das denominadas culturas hegemônicas. As culturas ou as vozes dos grupos sociais minoritários e/ou marginalizados, que não dispõem de estruturas importantes de poder, costumam ser silenciadas, ou mesmo estereotipadas e deformadas para anular suas possibilidades de reação. (1998, p.131).

Estas constatações importam, como leciona Santomé (1998, p.147), tomar o cuidado, ao tratar certas questões das minorias oprimidas, de etnias minoritárias, etc., de não transformar esses tópicos ou elementos do conteúdo em suplemento do currículo, em temas complementares, unicamente para deixar a consciência tranquila.

No caso específico do Direito Agrário, outra espécie de critérios de seleção aparece, que é aquele ligado aos interesses de divulgação da própria disciplina. Esses critérios são semelhantes aos já anunciados anteriormente, quer como os que objetivam aspectos de cunho social ou comunitário, quer como os que têm por finalidade o atendimento de interesses institucionais, ou aqueles que buscam ter natureza atrativa para a clientela.

9 Literatura especializada

Um outro aspecto que não pode ser esquecido na seleção de conteúdo do Direito Agrário Brasileiro é a bibliografia a ser utilizada na disciplina ou, se for para outra finalidade a seleção almejada, o conjunto de obras que constituem a tradição doutrinária desse ramo jurídico. Em qualquer dessas hipóteses, é fulcral a literatura que Raymundo Laranjeira (1999) traz a lume e que permite uma amplitude bastante vasta na escolha do conteúdo.

A bibliografia jusagrária existente, por mais que não signifique um critério de seleção dos conteúdos, é um elemento bastante ponderável na eleição desses conteúdos. Evidentemente, a seleção do conteúdo do Direito Agrário, para a construção de uma mentalidade agrarista, deve levar em conta, inicialmente, a existência de um legado a ser transmitido, de uma tradição científica e cultural a ser desenvolvida, a ser cultivada, enfim de uma base passível de ser referenciada.

A doutrina jusagrária escrita – a bibliografia especializada – não é a única, mas é, de longe, a mais importante parte dessa tradição.

Este aspecto leva a um dos critérios seletivos apresentados, que é aquele que Santomé chama de cultura hegemônica e que se nomeou acima de tradição científica e cultural jusagrária. Vale dizer: como selecionar o conteúdo? O conteúdo do Direito Agrário deve ser selecionado, levando-se em conta a tradição, consistente na doutrinária jusagrária existente. Esta é uma das partes possíveis da resposta.

10 Discussão

Isso sem desconsiderar, ou considerando concomitantemente, os interesses na divulgação da disciplina, que vão significar, pelos vários depoimentos trazidos anteriormente, o atendimento às demandas do mercado de trabalho, aos interesses da população alvo da seleção que se pretenda fazer. Neste estágio, dois ângulos surgem: 1- o já acusado interesse pela obtenção de melhores salários, e facilidade na conquista de empregos; e 2- também, não se podem olvidar as necessidades de cunho social, de cunho comunitário, presentes no interesse de divulgação do Direito Agrário (que, para não ir mais longe, pode ser sintetizado na tentativa de dar maior eficácia ao ordenamento jurídico).

Aqui, outro critério, apresentado como uma nova visão do Direito – envolvendo a relação social dinamicamente, na sua totalidade, o Direito não como uma solução de conflitos, mas como instrumento de uma vida digna – surge como relevante. Esse critério demonstra a importância da inclusão de elementos ligados à política fundiária e à política agrícola, isto é, a inclusão da política agrária como um todo, enquanto conteúdo de Direito Agrário, na seleção pretendida.

A manualística brasileira, citada neste trabalho, não traz identidade na nomenclatura dos temas que seleciona. Portanto a comparação só pelos títulos das grandes divisões de matéria, que as obras apresentam, não é possível. Todavia, adotando-se uma nomenclatura familiar ao jusagrário brasileiro, é possível verificar a presença de alguns temas comuns a toda ela. Assim, encontra-se:

1- Teoria geral do Direito Agrário, compreendendo o conceito, histórico, objetos, conteúdos, agrariedade, autonomia e princípios jusagrários.

2- Reforma agrária, compreendendo os aspectos gerais da questão agrária, características, os exemplos estrangeiros, a reforma agrária no Brasil (constituição, conceito e objetivos), a distribuição de terras, o atendimento à função social, o planejamento compatibilizado, a desapropriação agrária, política fundiária.

3- Contratos agrários, compreendendo os princípios gerais de toda obrigação contratual agrária, o uso e posse temporária da terra, o arrendamento rural, a parceria rural. Constata-se, assim, que efetivamente a falta de uniformidade nos conteúdos jusagrários selecionados pela manualística brasileira é muito grande, pois, englobando-os em temas mais gerais, consegue-se elencar somente três temas que são tocados por todas as obras verificadas.

Ainda no círculo dos manuais e cursos citados, pode-se tentar levantar qual ou quais temas apresentam-se em todas as obras, exceto em uma só delas. Com esta clivagem, além das matérias acima arroladas, revelam-se:

- 1- Posse agrária, compreendendo o usucapião especial rural, a legitimação de posse, e a regularização de posse; e
- 2- Tributação da terra, compreendendo o imposto sobre a propriedade territorial rural. Mais uma vez constata-se a falta de uniformidade de conteúdos na manualística brasileira.

Uma crítica que se pode fazer ao processamento realizado supra seria a de que as categorias adotadas para congregar os temas, foram específicas demais. Deve-se, contudo, atentar para o fato de que, se não forem construídas essas categorias englobalizantes, não haveria um tema de conteúdo jusagrário em comum. Por outro lado, se é verdadeiro que as categorias apresentadas são mais gerais, contudo é verdadeiro, também, que são arbitrárias. Entretanto, se elas forem construídas com generalização ampla, de maneira a englobar todos os temas das obras citadas, chegar-se-á a dois temas: 1- Teoria do Direito Agrário; e 2- Política agrária. Com um pouco mais de boa vontade, literalmente, trata-se de vontade, isto é, descricionariiedade, pode-se apontar: 1- Teoria geral do Direito Agrário; 2- Política fundiária; 3- Política agrícola.

Mesmo adotando-se as categorias sintetizadoras utilizadas para resumir o manual estrangeiro (teoria geral do Direito Agrário, empresa agrária, direito real agrário, direito obrigacional agrário, direito sucessório agrário, e política agrícola), a situação da seleção dos conteúdos pela manualística brasileira não se modificaria.

Este fenômeno impele a examinar a seleção feita em outros momentos pela doutrina agrarista brasileira. Para tanto, inicialmente, toma-se como referencial os temas já apontados pela manualística como consensuais. Percebe-se que todos os assuntos estarão presentes em todos os autores examinados, exceto o tópico posse agrária (só um dos autores não o consigna).

Porém, outras matérias jusagrárias aparecerão em todos os enfocados. São elas: 1- Institutos básicos, compreendendo o imóvel rural, a propriedade familiar,

o módulo rural, o minifúndio, o latifúndio, a empresa rural, a propriedade produtiva; e 2- Proteção ao ambiente rural, compreendendo a legislação de conservação dos recursos naturais renováveis, as normas disciplinadoras das unidades de conservação e preservação, estudos de impactos ambientais, relatórios de impactos sobre o meio ambiente.

Será acrescida essa listagem de mais algumas matérias, se se registrar aquelas que não são referenciadas só por um dos doutrinadores verificados. Neste caso, aponta-se: 1- Política agrícola, compreendendo os instrumentos e ações de política agrícola de modo geral, o cooperativismo rural, o crédito rural; 2- Zoneamento e cadastro, compreendendo espécies de zoneamento, espécies de cadastro, terras públicas em situações especiais, terras nas faixas de fronteira; e 3- Colonização, compreendendo metodologia da colonização, a colonização particular, a colonização pública.

Cabe, ainda, anotar que as normas reguladoras dos currículos dos cursos de graduação em Direito, no Brasil, ao fazerem alusão à interdisciplinaridade, à evolução da Ciência Jurídica e às relações internacionais brasileiras, como fatores necessários à inclusão de uma disciplina no currículo de um curso jurídico, condicionam, em certo sentido, o conteúdo da disciplina. No caso específico do Direito Agrário Brasileiro, considerando o Código Civil, que começa a ser aplicado a partir de 2003, considerando os doutrinadores estrangeiros citados neste trabalho, e mesmo parcela ponderável dos doutrinadores brasileiros examinados, a evolução da Ciência Jurídica impõe, como obrigatória, a inclusão do tema empresa agrária. As relações internacionais do Brasil, por sua vez, indicam como necessário a uma seleção de conteúdo jusagrário o tema referente a acordos, tratados e organismos internacionais de interesse para o agro. Em poucas palavras, a interdisciplinaridade estará bem representada pela incorporação do tema política agrícola, também citada por parcelas ponderáveis dos doutrinadores jusagrários e da manualística brasileira, sem esquecer a sua vinculação às novas perspectivas do Direito, como se expôs anteriormente.

11 Considerações finais

A seleção do conteúdo para uma disciplina jurídica ou curso envolve aspectos diversificados, ante a impossibilidade frequente de abordar-se todos os temas que lhe seriam afeitos ou tangenciais. No caso do Direito Agrário Brasileiro (e de outras disciplinas jurídicas de recente extração – também chamadas de novos direitos), esse trabalho é necessário e, também, difícil, principalmente ante uma nomenclatura não consolidada dos temas e da inexistência de uma seleção de conteúdos já tradicional ou reiterada.

No caso do Direito Agrário, diversos critérios de seleção de conteúdo podem ser elencados. Dentre eles se registra: transmissão de um determinado ponto de vista sobre a questão agrária; matérias reguladas por uma determinada lei orgânica, ou subsistema normativo (ET e legislação agrária); finalidade pedagógica, didática ou assemelhada; mercado de trabalho; material de referência; institutos jurídicos que apresentem agrariedade; e interesses de especialistas na área. Nada impede a adoção de vários critérios ao mesmo tempo, utilizando-os para alargar ou restringir os temas da seleção que se construirá.

Ao ponderar todas essas razões, seria considerada bastante satisfatória uma seleção de conteúdo de Direito Agrário que contivesse: 1- Teoria geral do Direito Agrário; 2- Reforma agrária; 3- Contratos agrários; 4- Posse agrária; 5- Tributação da terra; 6- Institutos básicos; 7- Proteção ao ambiente rural; 8- Política agrícola; 9- Zoneamento e cadastro; 10- Colonização; 11- Empresa agrária; e 12- Acordos, tratados e organismos internacionais de interesse para o agro.

A relação anterior não está na ordem lógica de um curso, mas naquela em que foi cristalizada pela metodologia utilizada neste trabalho. E, evidentemente, a seleção para cada curso dependerá da carga horária (caso de disciplinas) ou do tamanho da obra (caso de manuais), privilegiando este ou aquele tema.

Referências

ALBUQUERQUE, M. P. O conteúdo do direito agrário brasileiro na doutrina jusagraria. *Revista Amazônia Legal De Estudos Sócio-Jurídico-Ambientais*. Cuiabá: EdUFMT, Ano 1, n. 1, p. 69-81, jan/jun2007.

_____. O conteúdo jusagrário no ordenamento jurídico brasileiro. CD ROM do X Seminário Nacional de Direito Agrário. Disponível em: www.abda.com.br

ALVARENGA, O M. *Manual de direito agrário*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1985.

BARROS, W. P. *Curso de direito agrário*. Vol. 1 – Doutrina e exercícios. Vol. 2 – Legislação. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

BASILE, E. R. *Code rural*. Estratto dal Digesto. 4 ed. Torino: UTET, 1988.

BORGES, P. T. *Institutos básicos do direito agrário*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Parecer CES/CNE n. 146/2002. In: RODRIGUES, H. W.; JUNQUEIRA, E. B. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 406-428.

BRASIL. Portaria MEC n. 1886, de 30 de dezembro de 1994. In: RODRIGUES, H. W.; JUNQUEIRA, E. B. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 369-371.

BRASIL. Resolução CNE/CES n. 9 de 2004. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 04 set. 2007.

- BREBBIA, F. P. *Manual de derecho agrario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.
- CARROZZA, A.; ZELEDÓN, R. *Teoría general e institutos de derecho agrario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.
- FALCÃO, I. M. *Direito agrário brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação e prática*. Bauru: EDIPRO, 1995.
- FERREIRA, P. *Curso de direito agrário*. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GRAZIANI, C. A. Il contenuto del diritto agrario: spunti problematici. In: REGHIZZI, G. C. *Fonti ed oggetto del diritto agrario: 5ª tavola rotonda italo-sovietica* (Firenze, Brescia, Sirmione 9-16 novembre 1982). Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1986. p. 83-87.
- KOZYR, M. I. *Precis de droit rural sovietique*: Moscou – Florence 1989. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.
- LARANJEIRA, R. O direito agrário como ciência no Brasil. In: LARANJEIRA, R. S. São Paulo: LTr, 1999. p. 251-293.
- LEITE, V. L. M. Desafios postos pela globalização à formação do professor: a questão da educação à distância (EAD). Palestra apresentada na UCDB/MS por ocasião da comemoração dos 40 anos do Curso de Pedagogia e Letras. Campo Grande: mimeo, 2001(?).
- _____. Novos dados referenciais do texto: Globalização e educação a distância: novos desafios na formação do professor. *Revista Série-Estudos - UCDB*, Campo Grande, n. 13, p. 149-160, out/nov 2002.
- LUZ, V. P. da. *Curso de direito agrário*. Porto Alegre: Sagra/DC Luzzatto, 1993.
- MARQUES, B F. *Direito agrário brasileiro*. 5. ed. rev. atual. e amp. Goiânia: AB, 2004.
- MIRANDA, A G. *Teoria de direito agrário*. Belém: CEJUP, 1989.
- OLIVEIRA JÚNIOR, J. A. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.
- OPITZ, S. C. B. *Curso completo de direito agrário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RODRIGUES, H. W.; JUNQUEIRA, E. B. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- SANTOMÉ, J. T. *Globalização e interdisciplinaridade: o currículo integrado*. Tradução Cláudia Schilling. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul Ltda., 1998.
- TENÓRIO, I. *Curso de direito agrário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1984.

Recebido em 17/11/2009

Aceito para publicação em 27/07/2010

TRIBUTAÇÃO NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

TAXING ISSUES IN ELECTRONIC TRADE

Cedenir José de Pellegrin¹

Sumário

1. Introdução. 2. Comércio eletrônico direto e indireto. 3. Meios de contratação eletrônica. 4. Principais problemas na contratação virtual. 5. Constituição federal e a competência tributária. 6. Critérios de partilha das competências. 7. Transação virtual e o ICMS. 8. Regra matriz de incidência do ICMS. 9. Critérios materiais do ICMS. 10. Bens digitais e o ICMS. 11. Transação virtual e o ISSQN. 12. Regra matriz de incidência do ISSQN. 13. Critérios materiais do ISSQN. 14. Bens digitais e o ISSQN. 15. Considerações finais. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Direct and indirect e-commerce . 3. Means for electronic hiring. 4. Main problems in virtual hiring. 5. Federal Constitution and taxing competence 6. Competence sharing criteria 7. Virtual transaction and ICMS. 8. Matrix rule in ICMS incidence. 9. ICMS material criteria. 10. Digital goods and ICMS. 11. Virtual transaction and ISSQN. 12. Matrix rule in ISSQN incidence. 13. ISSQN material criteria. 14. Digital goods and ISSQN. 15. Final remarks. References.

Resumo

O presente artigo aborda o avanço do comércio eletrônico atraindo novas questões principalmente para o direito tributário. O presente tema encontra-se dividido em tópicos com o objetivo de apresentar de forma específica a incidência ICMS (Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços) e ISSQN (Imposto sobre serviços de qualquer natureza). Diante dos problemas enfrentados quanto à incidência do ICMS e do ISSQN, nas relações que envolvem o comércio eletrônico, buscou-se demonstrar a necessidade de se criar normas peculiares a respeito do assunto para que se possa contribuir para a formação de uma futura teoria atinente a tributação no comércio eletrônico.

Palavras-chaves: Comércio eletrônico. Tributação. Contratos eletrônicos.

¹ Advogado, especialista em direito empresarial pela Universidade Estadual de Londrina. (UEL).

Abstract

This article discusses the progress of electronic commerce by attracting new issues primarily for the tax law. This theme is divided into topics, which serve to provide specifically the incidence ICMS and ISSQN. Given the problems faced on the ICMS (Tax on Circulation of Goods and Services) and ISSQN (Tax services of any nature) in relationships that involve electronic commerce, we attempted to demonstrate the need to create peculiar rule to the subject so that we can contribute to the formation of a future theory regards the e-commerce taxation.

Key-words: Commerce. Taxation. Electronic contracts.

1 Introdução

O avanço ilimitado do comércio eletrônico propicia a realização de diversas operações econômicas através de meios eletrônicos, agregando valores no processo de circulação de bens e serviço, atraindo novas questões principalmente para o Direito Tributário. As transações que envolvem a circulação econômica de bens no comércio eletrônico são altamente afetadas pela criação de serviços baseados exclusivamente na internet, desencadeando diversos problemas relativos à incidência do ICMS (Imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços) e do ISSQN (Imposto sobre serviços de qualquer natureza). Assim, se faz necessário criar normas peculiares que tratem dos efeitos jurídicos tributários nas relações teleinformáticas. Por se tratar de uma temática recente no universo jurídico e pela escassez do desenvolvimento doutrinário, utilizar-se-á o que mais se aproxime do objeto em estudo e que, de alguma forma, possa contribuir para a formação de uma futura teoria atinente à tributação no comércio eletrônico. O objetivo do presente artigo é propiciar maiores reflexões sobre um tema tão atual e complexo que envolve questões tributárias no comércio eletrônico.

2 Comércio eletrônico direito e indireto

Os negócios jurídicos, realizados no ambiente virtual, não possuem um tratamento jurídico positivado em nosso ordenamento jurídico, porém geram efeitos jurídicos, pois as relações jurídicas decorrentes de uma proposição contratual contida nas normas jurídicas são efetivas e regulam condutas entre os sujeitos.

Comércio eletrônico é toda e qualquer forma de transação ou troca de informações comerciais baseadas na transmissão de informação por meio de redes de comunicação. Assim, não só a compra e venda eletrônica, mas também o uso

da rede para as atividades anteriores e posteriores à venda, como a publicidade e a assistência técnica, fazem parte do comércio eletrônico².

A expressão “comércio eletrônico” é a utilização combinada de novas tecnologias disponíveis nas redes de computadores que tem como objetivo a aplicação empresarial e o desenvolvimento do comércio, buscando a facilitação das transações que envolvem a produção, distribuição e venda de produtos de bens e serviços no mercado mundial³.

Por meio de transações *on-line* é possível destacar dois tipos de negócios, que se distinguem pelo modo de disponibilização do objeto a ser comercializado, chamados de comércio eletrônico “direito” e comércio eletrônico “indireto”. Indireto é aquele em que a internet funciona como meio de promoção, oferta e aceitação de produtos e serviços, entregues de forma tradicional, por meio de contato pessoal. Já o comércio eletrônico direto envolve a transação de bens e serviços exclusivamente por meio eletrônico, ou seja, tudo é feito pela internet⁴.

Verifica-se, assim, que o comércio eletrônico é direto quando ocorre a encomenda, o pagamento e a entrega *on-line*, ou seja, o objeto comercializado é transmitido de uma parte para outra pelo próprio ambiente virtual. No comércio eletrônico indireto os bens são entregues de forma tradicional, como os correios, por exemplo.

3 Meios de contratação eletrônica

Os contratos eletrônicos surgem como formas de contratação virtual, originando o comércio eletrônico, permitindo que milhares de internautas utilizem a rede para efetivar compras e realizar os mais variados negócios jurídicos.

Os negócios realizados nos meios eletrônicos podem ser formados nos dois sistemas: sistema *on-line*, que quer dizer, “enquanto o consumidor estiver conectado na internet” e sistema *off-line*, quando o consumidor “não estiver navegando” pelo site de empresas fornecedoras. Nesse sentido, as transações eletrônicas equiparam-se a intercâmbios de bens e serviço, através de uma rede de comunicações, classificadas em função de sua utilização em duas grandes categorias, “*on-line*” e “*off-line*”⁵.

Verifica-se, que a comunicação eletrônica permite a realização do contrato de compra e venda de bens e serviço, como “músicas, artigos filmes e fotografias”,

2 LIMA MARQUES, C. *Comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004, p. 38.

3 LANARI, F. V. *A tributação do comércio eletrônico*. São Paulo: Del Rey, 2005, p. 79-80.

4 Idem, p. 81.

5 LAWAND, J. J. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 105.

sendo possível inclusive a “entrega eletrônica do bem”, além de possibilitar a aquisição, entrega e o próprio pagamento, pelo meio virtual, aperfeiçoando os contratos e a execução das obrigações deles derivadas.

4 Principais problemas na contratação virtual

Em regra, os serviços específicos baseados na internet são tributáveis no local em que está a sede do prestador do serviço, mas, em alguns casos, pode ser onde está o tomador do serviço. Assim, a determinação do local físico ocorre no local onde é prestado ou onde está o tomador ou o prestador do serviço.

A internet é um ambiente adequado para compra e venda de produtos tangíveis e digitais, bem como para a prestação de serviço, em que se presumem novas operações econômicas próprias do ambiente de rede, envolvendo, nesse sentido, as transações com produtos como *software*, livros, músicas e vídeos. Todavia, tais transações envolvem determinados problemas que dizem respeito aos direitos autorais, ao anonimato dos envolvidos, à localização geográfica e à mobilidade dos computadores, vendedores contratantes e prestadores de serviços⁶.

No campo do direito tributário, inúmeras são as questões geradas pela inadequação dos conceitos e estruturas legais existentes diante das novas realidades, fruto das inúmeras operações possíveis de serem realizadas no ambiente virtual, principalmente no que diz respeito às transações relativas a produtos físicos e digitais; e aos serviços específicos baseados na internet, localização do servidor, lucro obtido no exterior, dupla tributação, bem como à tributação dos produtos e/ou serviços pelo ICMS, ISSQN.

5 Constituição Federal e a competência tributária

A competência tributária é a capacidade de agir em uma determinada esfera com certa quantidade de poder conferidos pela Constituição Federal que se articula por meio de um sistema de distribuição de competências, entre a União e os Estados Federados.

Paulo de Barros Carvalho estabelece competência tributária como sendo a aptidão de que são dotadas as pessoas políticas de legislar a fim de produzir normas jurídicas sobre tributos, ou seja, é uma das parcelas entre as “prerrogativas legiferantes” de que são portadoras as pessoas políticas consubstanciada na possibilidade de legislar sobre tributos⁷.

6 EMERENCIO, A. S. *Tributação no comércio eletrônico*. São Paulo: Thompson IOB, 2003, p. 65.

7 CARVALHO, P. B. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235.

As normas de competência, como regras de estrutura, criam abstratamente tributos, geralmente através de lei ordinária e, excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, através de Lei complementar. A Constituição não cria tributos, mas tão somente prevê a norma padrão de incidência, o arquétipo dos vários tributos cometidos a cada poder tributante que, por meio de Lei, no sentido orgânico formal, criará os tributos em conformidade com o desenho traçado pelo Diploma Constitucional⁸.

A respeito da partilha de competência tributária, é importante destacar o entendimento de Dalmo de Abreu Dallari, o qual estabelece que não existe igualdade jurídica entre as pessoas políticas que compõem o Estado Nacional, sob o ponto de vista hierárquico. Afirma que

[...] no Estado Federal as atribuições da União e das unidades federadas são fixadas pela Constituição, por meio de uma distribuição de competências, não existindo hierarquia na organização federal, visto que cada esfera de poder corresponde uma competência determinada⁹.

Nesse mesmo sentido, Clélio Chiesa, estabelece que não é admissível a existência de qualquer ordem hierárquica entre as pessoas políticas que compõem a Federação brasileira, posto que todas extraem suas competências diretamente da Constituição Federal, sendo próprio desta a delimitação do campo de atuação de cada uma das unidades, assegurando, no âmbito de suas atribuições, não só a autonomia política, mas também a autonomia administrativa e financeira¹⁰.

Verifica-se, no entanto, que o exercício da competência tributária é limitado pelo texto constitucional, uma vez que o tributo surge quando a norma da pessoa política é introduzida no ordenamento jurídico. Assim, a pessoa política tem competência para instituir deveres instrumentais e sanções, a fim de implementar o objetivo do tributo; todavia, o exercício da competência tributária deve estar dentro dos limites da lei tributária.

6 Critérios de partilha das competências

A União, Estados, Distrito Federal e os Municípios têm, dentro de determinados limites, o poder de criar tributos e definir seu alcance, obedecendo sempre os critérios estabelecidos pela Constituição Federal.

8 GRUPENMACHER, B. T. *Tratados internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 103.

9 DALLARI, D. A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 255-256.

10 CHIESA, C. *A competência tributária do Estado Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 26.

Em se tratando de partilha de competências, os Estados, Municípios e o Distrito Federal possuem competências materialmente concorrentes em que é inevitável o conflito entre eles, que pode ser afastado pela adoção de um outro critério, chamado de critério territorial de repartição de competências impositivas¹¹.

Aos Municípios, com base no art. 156, I a IV, cabe o imposto sobre propriedade predial e territorial urbana; imposto sobre serviço de qualquer natureza; imposto sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, além dos direitos reais sobre imóveis, salvo os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição.

A União, portanto, pode instituir qualquer outro imposto, desde que não invada o campo impositivo das outras pessoas políticas. O art. 153 da Constituição Federal defere a União os seguintes impostos: importação de produtos estrangeiros; exportação para o exterior, renda e proventos de qualquer natureza; produtos industrializados; operações de crédito, câmbio; seguro, títulos ou valores mobiliários, propriedade territorial rural e grandes fortunas¹².

Verifica-se que o texto constitucional traça a regra matriz de incidência dos impostos, identificando os possíveis de serem instituídos por determinadas pessoas políticas, todavia estas somente podem instituir tributos sobre fatos verificados no território da ordem jurídica responsável pela sua edição.

7 Transação virtual e o ICMS

A Constituição Federal confere, em seu artigo 155, inciso II, competência aos Estados para a instituição do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e comunicação.

A incidência de ICMS nas operações via internet é assunto polêmico e controvertido nos tribunais brasileiros e tem gerado inúmeras discussões conflitantes entre si. Destaca-se o entendimento o majoritário, no Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil e Tributário. Art. 535 do CPC. Omissão. Ausência. ICMS. Provedores de internet. Conexão por meio de sistema de telecomunicação preexistente. Serviço de valor adicionado. Art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97. Não incidência. 1. Não é omissa a regra que decide de forma fundamentada e suficiente os pontos suscitados,

11 CARRAZA, R. A. *Curso de direito constitucional tributário*. 12. ed. São Paulo, 1999, p. 311.

12 EMERENCIO, A. S. *Tributação no comércio eletrônico*. São Paulo: Thomson /IOB, 2003, p. 106.

descabendo-se cogitar de negativa da prestação. 2. Não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet. A atividade por eles desenvolvida consubstancia mero serviço de valor adicionado, uma vez que se utiliza da rede de telecomunicações, por meio de linha telefônica, para viabilizar o acesso do usuário final à internet. Súmula 334/STJ (enunciado pendente de publicação, Informativo nº 308). 3. Recurso especial provido em parte¹³.

Parte da doutrina defende que as transações virtuais são atividades de comunicação e, conseqüentemente, atraem a incidência do ICMS nos termos do artigo 155, II da Constituição Federal e do artigo 2º. da Lei Complementar 87/96. Por outro lado, há aqueles que entendem que as transações virtuais são serviços de valor adicionado definido na Lei 9.472/97, o que revela ausência de razoabilidade na cobrança de ICMS sobre as mesmas.

Os serviços prestados pelos provedores de acesso a internet são considerados mero serviço de valor adicionado, porque utiliza a rede de telecomunicações, por meio de linha telefônica, conforme entendimento do STJ:

Tributário. Icms. Provedores de internet. Conexão por meio de sistema de telecomunicação preexistente. Serviço de valor adicionado. Art. 61, § 1º da Lei n.º 9.472/97. Não incidência. 1. Não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet. A atividade por eles desenvolvida consubstancia mero serviço de valor adicionado, uma vez que se utiliza da rede de telecomunicações, por meio de linha telefônica, para viabilizar o acesso do usuário final à internet. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção. 2. Recurso especial provido¹⁴.

Por outro lado, confirmando a divergência jurisprudencial, os serviços prestados pelos provedores de acesso a internet são enquadrados como serviços de comunicação, nos termos do art. 2º da Lei Complementar nº. 87/96, o que determina a incidência do ICMS. É também nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Tributário. Provedor da internet. Prestação de serviço de comunicação, espécie de serviço de telecomunicação. Relação de natureza

13 STJ – 2ª. Turma – REsp. nº. 738333/RS – Rel. Min. Castro Meira – j. em 27 fev. 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 06 maio 2008.

14 STJ – 2ª. Turma – REsp. nº. 628046/MG – Rel. Min. Castro Meira – j. em 9 maio 2006. *Diário da Justiça da União*, 19 maio 2006, p. 199. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 6 maio 2008.

negocial com o usuário. Fato gerador de ICMS determinado. Incidência. Lei complementar nº. 87/1996. Lei nº 9.472/1997¹⁵.

As transações virtuais estão sob o alcance do ICMS, pois constituem prestação remunerada de serviços, em que um usuário pode enviar ou acessar informações contidas em computadores localizados nas mais diversas partes do planeta, pode receber e transmitir mensagens, consultar bancos de dados, comunicar-se em tempo real com outras pessoas, o que caracteriza prestação onerosa de serviço de comunicação, hipótese descrita como fato gerador do ICMS nos termos do art. 2o, III, da Lei no 10.297/96¹⁶.

A aplicação do ICMS constitui um grande desafio quando se trata de produtos digitais. Torna-se indispensável determinar se as operações realizadas através de um site localizado em um Estado diferente do Estado onde se encontra o consumidor podem ser considerada ou não operações interestaduais. No caso do negócio virtual envolvendo empresa no exterior, temos que determinar se o bem digital recebido pelo meio eletrônico, ou uma operação de *download*, pode ser considerado uma importação, sujeitando-se o bem à tributação do ICMS como bem importado do exterior.

8 Regra matriz de incidência do ICMS

A Constituição Federal atribui aos Estados a competência para instituírem o ICMS, estabelecendo algumas regras para definição dos critérios da Regra Matriz de Incidência, como o critério espacial e o critério material. No entanto, norma que for editada pelos Estados que dispõem sobre o ICMS, deve atender ao limites descritos na Constituição Federal.

No antecedente da regra matriz de incidência encontram-se os elementos necessários para a configuração do fato que implica na incidência do ICMS. Nesse aspecto, o critério material indica uma ação que se torna fato passível de gerar uma obrigação tributária, sendo formada por verbo pessoal, como “auferir renda”, “prestar serviços” ou “realizar operação relativa à circulação de mercadoria”, mostra, também em que momento a ação deve acontecer para que haja a incidência do tributo. Já o critério espacial mostra em que coordenada de espaço a ação prevista no critério material deve acontecer para que haja a incidência do tributo¹⁷.

15STJ – 1ª. Turma – REsp. nº. 323358 – Rel. Min. José Delgado – j. em 21 jun. 2001. *Diário da Justiça da União*, 03 set 2001, p. 199. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 6 maio 2008.

16 BALEEIRO, A. *Direito tributário brasileiro*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1977, p. 258.

17 MARINHO, R. C. O. Imposto de bens do exterior, através do contrato de arrendamento mercantil: não incidência do ICMS. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br>. Acesso em: 28 jun.2008.

A regra matriz de incidência é composta por um antecedente, formado por três elementos quais sejam: o critério material, espacial e temporal e por, um consequente, composto por dois critérios, o pessoal e quantitativo. Os critérios presentes no antecedente são formados por classes que indicam as notas que um acontecimento precisa ter para ser considerado fato jurídico tributário, que é o fato gerador. No consequente, os critérios são formados por classes que indicam os elementos que uma relação deve ter para ser considerada como relação jurídica tributária¹⁸.

A incidência de ICMS sobre determinado negócio jurídico só é possível quando há transferência da titularidade de um bem, ou seja, o ICMS só incide sobre os acontecimentos do mundo social quando se comprova a transferência dos direitos de propriedade de determinada mercadoria, dentro de um determinado espaço e tempo.

9 Critérios materiais do ICMS

O imposto sobre a circulação de mercadorias é o imposto que mais atrai preocupações da doutrina quando se trata de tributação dos bens digitais. Como se pode verificar do art. 155, inciso II, da Constituição Federal, o ICMS não aponta expressamente o núcleo hipotético do imposto.

A estruturação do critério material do imposto depende da identificação da ação humana, a qual se mostre suficiente para indicar o núcleo do elemento material. A partir da identificação dessa ação, resultará o elemento mais importante para configurar a ocorrência do “fato típico”. O núcleo é formado por um verbo que exprime uma ação ou um estado seguido do seu complemento, por exemplo, “vender mercadoria”, “industrializar produtos”, “auferir renda”, dentre outros¹⁹.

Ao tratar da competência tributária e da estrutura da regra-matriz de incidência, o legislador constitucional desenhou exaustivamente as regras relativas a padrões de incidência, desenhando o arquétipo tributário; porém, é na Constituição Federal que se encontram as balizas do aspecto material.

10 Bens digitais e o ICMS

Nos negócios virtuais que envolvam o fornecimento de bens digitais, tais como fotografias, músicas, livros eletrônicos, dentre outros, podem ou não ocorrer à incidência do ICMS. As operações em comento são iniciadas e concluídas no

18 Idem.

19 CARVALHO, P. B. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 125.

âmbito da rede, sem remessa física, transitando exclusivamente no ambiente virtual em um espaço lógico.

Nesta situação, um negócio jurídico cujos objetos são os bens digitais, produzem funcionalidades predeterminadas; por não estarem aderidos a um suporte físico, transitam por ambientes de rede teleinformática, competindo ao legislador formular questões fundamentais para determinar a possibilidade de incidência ou não do ICMS sobre os bens digitais.

A circulação a que faz alusão a hipótese de incidência do ICMS é a circulação jurídica e não a circulação física ou econômica. Porém, se ocorrer à troca de titularidade sobre o bem, ocorrendo à mudança de patrimônio, quer seja pela compra e venda, quer seja pela troca, consignação, comodato, dentre outras formas, pode ocorrer à incidência do ICMS²⁰.

As transações realizadas no ambiente virtual são consideradas “operações mercantis” e os bens digitais “mercadorias”, pois o criador de um bem digital pode perfeitamente comunicar sua obra utilizando licença de uso, locação ou cessão de direitos, de foram que se transferem um ou mais direitos patrimoniais, sobre uma criação intelectual, assegurando a um terceiro a exploração econômica. Nesse sentido, quando a cessão for total incide o ICMS, pois há circulação de mercadoria²¹.

A circulação econômica de bens digitais é típica atividade de reprodução de obra protegidas pela Lei de direitos autorais. Na comunicação de um bem digital, de forma direta, pela internet, estão presentes os direitos do autor do *software*, como também o direito daquele que o transmite. No primeiro caso, os direitos do autor sobre a obra, no segundo caso, os direitos conexos sobre a transmissão²².

A Lei assegura ao criador de bens digitais, tais como programas de computador, o exercício e a exploração econômica dos direitos patrimoniais, não podendo ser considerados atos de comércio, e os negócios jurídicos de licenciamento não se submetem à categoria dos negócios previstos na classe de operações em que há hipótese de incidência do ICMS.

Verifica-se, assim, que, através do licenciamento, confere-se um direito de uso, mas não se aliena o direito sobre a propriedade do bem digital, não existindo ato mercantil, mas sim ato civil; desta forma, não se realizam, operações de circulação e, por conseguinte afasta qualquer ilação sobre eventual incidência de ICMS.

20 EMERENCIO, A. S. *Tributação no comércio eletrônico*. São Paulo: Thomson IOB, 2003, p. 154.

21 Idem p. 150-15.

22 CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais*. 2. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999, p. 204.

11 Transação virtual e o ISSQN

O serviço realizado pelos provedores, para alguns doutrinadores, é considerado serviço de comunicação sujeito ao ICMS; para outros, é prestação de serviço de valor adicionado, sujeito ao ISSQN. A doutrina majoritária proclama pela não incidência do ICMS por não identificar o fato gerador com o trabalho dos provedores do serviço de comunicação e sim com o serviço no qual se usa como apoio o serviço de telefonia.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, previsto no Art. 156, inciso III, da Constituição Federal, está estruturado em circunstâncias delimitadas em um determinado espaço, sendo do município a competência para sua instituição e para os serviços neles prestados. É necessário verificar se as atividades criadas no ambiente virtual integram o conceito de serviços que determina aqueles tributáveis, previstos na Lei Complementar n.º 56/87²³.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da incidência do ISSQN nos bens digitais:

Tributário. ICMS. ISS. Gravação e distribuição de filmes e videotapes. Fitas de videocassete. Não podem ser tributados pelo ICMS a gravação e distribuição de filmes e videotapes, inclusive fitas de videocassete, porquanto estão incluídas no item 63 da lista de serviços tributados pelo ISS, aprovada pela Lei Complementar n.º 56, de 15.12.87. Ofensa ao art. 82 do Decreto lei n2 406, de 1968, não caracterizada. Aplicação da Súmula n.º. 135 do STJ. Recurso especial não conhecido²⁴.

Diante da comercialização de bens através da internet, verifica-se que pode ocorrer a incidência do ISSQN. É um tributo de competência municipal, que incide sobre um determinado bem imaterial, tendo como fato gerador a prestação de serviço, realizada por uma determinada empresa ou um profissional autônomo e é recolhido sobre o preço do serviço realizado.

12 Regra matriz de incidência do ISSQN

A regra-matriz do ISSQN encontra-se descrito no Texto Constitucional, conforme o disposto no art. 156, III, definindo a competência dos municípios para a sua instituição.

23 EMERENCIO, A. S. *Tributação no comércio eletrônico*. São Paulo: Thomson IOB, 2003, p. 69-70.

24 STJ – 1ª. Turma – REsp. n.º. 40808-3/SP – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – j. em 01abr.1996 – Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 16 maio 2008.

A regra matriz de incidência do ISSQN é dividida em descritor, que é a hipótese, e o prescritor, que nada mais é do que a consequência. A hipótese diz respeito a um fato e a consequência determina os efeitos jurídicos que o acontecimento irá propagar. Por conta disso, fala-se em descritor e prescritor, o primeiro designa o antecedente normativo e o segundo indica o seu consequente.

Nesse sentido, faz parte do descritor ou hipótese tributária, o critério material, o critério temporal e o critério espacial. Do prescritor, ou consequência tributária, faz parte o critério pessoal e o critério quantitativo. A conjunção dos indicativos acima descritos nos oferece a possibilidade de exibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária²⁵.

Transferindo-se tais premissas para o campo do ISSQN, teríamos a seguinte regra matriz de incidência tributária; 1º. Hipótese: critério material, prestação de serviço. Critério temporal, momento em que se dá por concluída a prestação do serviço. Critério espacial, município em que é efetivada a prestação do serviço. 2º. Consequência: critério pessoal, sujeito ativo: município onde é realizada a prestação do serviço; sujeito passivo: prestador do serviço. Critério quantitativo, base de cálculo: preço do serviço prestado. Alíquota sendo definida pela legislação municipal²⁶.

Os critérios que compõem a hipótese e a consequência da regra matriz de incidência tributária, critério material, temporal e espacial, estabelecem uma relação jurídica decorrente da realização da hipótese, composta por um critério pessoal, em que são identificados os sujeitos passivos e ativos da obrigação, e por um critério quantitativo, colhendo-se a base de cálculo e a alíquota para fixação do *quantum* será devido.

13 Critérios materiais do ISSQN

O critério material da regra-matriz de incidência do ISSQN, quanto à sua formação e funcionalidade, está descrito na Constituição Federal, art. 156. Com base no comando constitucional, é possível registrar a não indicação expressa pela Carta Magna do núcleo antecedente da regra matriz de incidência, onde deve figurar a conduta humana, que é a ação que constitui o núcleo da materialidade da hipótese de incidência do ISSQN.

No rol dos tributos descritos pela Constituição Federal, para os municípios está o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, despontando como

25 CARVALHO, P. B. *Curso de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 342.

26 CASSIANO, A. Da não incidência do ISS sobre a atividade de franquias. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br>. Acesso em: 30 jun.2008.

instrumento de autonomia municipal. Desta forma a competência tributária dos municípios para tributar está delineada pela Constituição por um processo de exclusão, visto que são tributáveis pelos municípios os serviços não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados²⁷.

A não indicação expressa do verbo que demonstra a materialidade termina por permitir que o legislador competente para a instituição do produto construa ao seu “alvedrio” a feição que pretenda imprimir ao imposto. Limitado às condições constitucionais, poderá o legislador selecionar, na multiplicidade dos verbos indicadores a ação humana, aquele que irá compor o núcleo da hipótese de incidência, e assim conformar e seccionar na realidade os eventos que, prestigiados pela norma, determinarão a futura percussão tributária²⁸.

Desta forma, estando o verbo oculto não só se aplica a possibilidade do legislador a que foi adjudicada a competência tributária, como também, ao elegê-lo, terminará por circunscrever o universo possível dos agentes da ação consumada do fato jurídico eleito.

Os serviços a serem tributados deverão estar definidos em lei complementar. A determinação está expressa na própria norma atributiva da competência, cuja eficácia depende de uma norma que venha indicar, aqueles que poderão ser tributados pelo legislador municipal²⁹.

O elemento essencial da hipótese de incidência é a prestação de serviço, compreendendo um negócio jurídico pertinente a uma obrigação de fazer. Nestas obrigações, o objeto consiste em um ato ou serviço do devedor³⁰.

A materialidade da hipótese de incidência do ISSQN consiste na tributação da prestação de serviço como adimplemento de uma obrigação. Se a conduta de prestar serviço não é uma conduta devida juridicamente, não há fato imponible de ISSQN. Fato imponible é o fato jurídico de adimplir obrigação assumida e cuja prestação consiste em realizar atividade de serviço³¹.

Há possibilidade de se formular um conceito de serviço como uma “prestação de esforço humano a terceiros”, com conteúdo econômico e sem relação de emprego, em caráter negocial, sob regime de direito privado, tendente a obtenção de um bem material ou imaterial compreendendo exclusivamente obrigações de fazer³².

O critério material da hipótese de incidência do ISSQN é a efetiva prestação de serviços, ressalvados os serviços sujeitos à competência dos Estados.

27 BORGES, J. S. M. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975, 143.

28 EMERENCIO, A. S. *Tributação no comércio eletrônico*. São Paulo: Thomson IOB, 2003, p. 167-168.

29 ATALIBA, G. *Lei complementar na constituição*. São Paulo: RT, 1971, p. 83.

30 EMERENCIO, Adelmo da Silva. op. cit., p. 170.

31 JUSTEN FILHO, M. *ISS na constituição*. São Paulo: RT, 1985, p. 86.

32 BARRETO, A. F. ISS: não incidência sobre cessão de espaço em bem imóvel. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 19, p. 580-583, out. 1999.

O critério espacial, por sua vez, é o local onde se situa o estabelecimento prestador do serviço ou, em algumas situações, o local da efetiva prestação do serviço.

14 Bens digitais e o ISSQN

Os bens digitais constituem-se em bens móveis sujeitos ao regime de direitos autorais e cuja fruição opera-se através de contratos de licença de uso, cessão de direitos ou excepcionalmente locação. Desta forma, quando alguém está legitimado através de um contrato numa dessas modalidades de negócio jurídico, utiliza as facilidades proporcionadas pela internet, executando operações *on line* em seu interesse, diverte-se operando um jogo, ou realiza pesquisas, certamente não estará a receber o adimplemento, por parte de outro sujeito da relação jurídica, de uma obrigação de fazer³³.

Os bens digitais, quando são objetos de cessão de uso ou em seus modos de fruição, não estão sujeitos à incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, de competência dos municípios, por não caracterizarem prestação de serviço.

15 Considerações finais

O rápido crescimento das atividades comerciais através da internet vem criando uma infinidade de oportunidades, porém deveria preocupar as autoridades fiscais brasileiras, por ameaçar as formas tradicionais de tributação. O potencial de anonimato no ambiente virtual ocasiona diversos problemas jurídicos, inclusive no direito tributário.

As operações eletrônicas representam grande desafio às fazendas públicas, consideradas por uma significativa “erosão de receita tributária”, pois a legislação brasileira atual relativa a impostos ainda não alcançam tal fenômeno. Por conta disso, as operações comerciais realizadas no ciberespaço deve atender, necessariamente, aos critérios de equidade interpessoal e internacional, eficiência econômica, neutralidade competitiva, além de eficácia fiscal.

Os serviços de conexão à internet por linha telefônica, realizados pelos provedores de acesso, não constitui serviços de comunicação e, sim, um serviço de valor adicionado a um serviço de telecomunicação, não incidindo, sobre ele, portanto, o ICMS.

Todavia, os serviços de conexão a internet através de outros equipamentos e sistemas, fornecidos e administrados pelo provedor de acesso, poderão configurar serviço de comunicação para fins de incidência de ICMS. Em relação ao ISSQN,

33 EMERENCIO, A. S. op. cit., p. 172.

o serviço de conexão à internet é tributável, sendo necessário, portanto, incluí-lo na lista taxativa anexa a Lei Complementar n. 116/2003.

Vale destacar que nem a doutrina nem a jurisprudência chegam a uma conclusão unânime, isso porque se trata de tema bastante recente que ainda não possui uma sistematização adequada. Merece, no entanto, uma atenção especial dos estudiosos do Direito a fim de propiciar a evolução dessa teoria e dos ordenamentos tributários para adaptá-los às peculiaridades do comércio eletrônico, sem a necessidade de criar qualquer tributo novo e exclusivo.

Referências

- ASENSIO, P. A. M. *Derecho privado de internet*. Madri: Civitas, 2001.
- ATALIBA, G. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Lei complementar na constituição*. São Paulo: RT, 1971.
- _____. *Lei complementar*. *Revista de direito tributário*. São Paulo, 1978, n. 6.
- BALEEIRO, A. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 9 ed., 1977.
- BAPTISTA, M. C. *ISS do texto à norma: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BORGES, J. S. M. *Lei complementar tributária*. São Paulo: RT, 1975.
- BARRETO, A. F. ISS: não incidência sobre cessão de espaço em bem imóvel. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo, n. 19 out.1999.
- BECKER, A. A. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Lejus, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CARVALHO, P. B. *Direito tributário: fundamentos jurídicos de incidência*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Curso de direito tributário*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de direito tributário*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CABRAL, P. *A nova lei de direitos autorais*. 2 ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1999.
- COVAS, S. O contrato no ambiente virtual: contratação por meio de informática. In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo. Revista dos Tribunais: 1999, v. 5.
- CHIESA, C. *A competência tributária do Estado Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DALLARI, D A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva. 22. ed., 2001.

- DINIZ, D. M. *Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: da qualificação jurídica dos arquivos digitais como documentos*. São Paulo: LTr, 1999.
- EMERENCIO, A. S. *Tributação no comércio eletrônico*. São Paulo: Thomson IOB, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. Competência municipal. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, v. 14. n. 54, 1990.
- GRUPENMACHER, B. T. *Tratado internacionais em matéria tributária e ordem interna*. São Paulo: Dialética, 1999.
- GRECO, M. A. *Internet e direito*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- ICHIHARA, Y. *Direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- JUSTEN FILHO, M. *ISS na constituição*. São Paulo: RT, 1985.
- LANARI, F. V. *A tributação do comércio eletrônico*. São Paulo: Del Rey, 2005.
- LAWAND, J. J. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LIMA MARQUES, C. *Comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.
- MACHADO, H. B. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MANSO, E. V. *Direito autoral*. São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 41.
- MELO J. E. S. *Aspecto teóricos e práticos do ISS*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 31.
- SANTI, E. M. D. *Curso de Direito Tributário e de finanças Públicas*. Editora Saraiva. 2008.
- SANTOS, A. C. B. Direito eletrônico. *Revista Jurídica Consulex*. Brasília, set. 2006, v. 232.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOSA, R. B. *Comentários à lei aduaneira*. São Paulo: Aduaneira, 1995.

Artigo recebido em 27/09/2009

Aceito para publicação em 08/02/2010

LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

.....
NADIALICE FRANCISCHINI DE SOUZA*

O princípio da intervenção estatal ou também denominado da ação governamental está previsto nos artigos 5º, XXXII², e 170³ da Constituição Federal do Brasil, que determinam que o Estado tenha o dever de promover a defesa do consumidor, bem no artigo 4º, II⁴, do Código de Defesa do Consumidor. Com base neste princípio, o Estado tem obrigação de atuar nas relações de consumo com a finalidade de proteger a parte mais fraca, a saber, o consumidor. Entretanto, a legislação pátria não indica os limites do poder de atuar do Estado.

Fazer essa delimitação é importante porque não pode o Estado, sob a alegação de que busca a proteção do consumidor, preterir os demais princípios que regulam o ordenamento jurídico, a exemplo da boa-fé, da autonomia da vontade e da iniciativa privada.

Sobre o tema, Hugo Leonardo Penna Barbosa entende que a participação do Estado é imprescindível para que haja o equilíbrio de condições entre o fornecedor e o consumidor. Para tanto, deve atuar em dois “momentos distintos, inicialmente na elaboração de normas que atendam ao interesse da coletividade e, a posteriori na entrega da efetiva prestação jurisdicional”⁵. Para ele, a obrigação governamental não é a intervenção do Estado de forma pura e simples, no sentido de inviabilizar a relação entre as partes, mas, sim, de operar condições motivadoras do respeito e consideração contratual, tornando equivalentes as posições das partes envolvidas no negócio⁶.

Salientam Luís Fernando Rigro Corrêa e Osiris Leite Corrêa que a ação estatal dá-se por “iniciativa direta, por incentivo à criação e desenvolvimento de

1 Mestre em Direito Privado e Econômico – UFBA. Especialista em Direito Empresarial – UFBA. Advogada. Docente.

2 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. In: PINTO, A. L. T. et al. (Coord.). *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 09.

3 Idem, p. 56-57.

4 BRASIL. *Lei n. 8.078/1990*. Idem, ibidem p. 805.

5 BARBOSA, H. L. P. Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/24263/23826>>. Acesso em: 08 maio 2009, p. 06.

6 Idem. ibidem, p. 05.

associações representativas, pela presença do Estado no mercado de consumo e pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”⁷. Essas ações refletem-se na atuação do Ministério Público, na criação dos Juizados Especiais de Proteção ao Consumidor, por meio de órgãos de verificação da qualidade dos produtos e serviços.

Ressalta José Geraldo Britto Filomeno⁸ que cabe ao Estado não apenas desenvolver atividades no sentido de proteger o consumidor, mediante a instituição de órgãos públicos, mas também incentivar a criação de associações civis, cujo objeto seja a mencionada defesa.

Afirma, também, Rizzatto Nunes que o Estado deve atuar de forma direta para “proteger efetivamente o consumidor, não só visando assegurar-lhe acesso aos produtos e serviços essenciais como para garantir qualidade e adequação dos produtos e serviços”⁹.

Na busca da efetivação dos direitos dos consumidores, o Estado deve atuar de forma direta, inclusive mediante o uso do seu poder de polícia, ou indireta, por meio de políticas governamentais, de incentivo às associações de consumidores etc., como ressalta Márcio André Medeiros Moraes¹⁰.

É certo que a proteção que o Estado exerce sobre o consumidor visa assegurar o restabelecimento de um equilíbrio na relação jurídica, bem como garantir a efetividade dos direitos desses. Entretanto, esse atuar do Estado não é ilimitado e deve respeitar o campo de abrangência dos demais princípios que regem as relações de consumo, a fim de não cometer abusos na busca de proteção.

O fato de o consumidor ser considerado a parte mais frágil na relação jurídica de consumo, por haver uma desigualdade entre este e o fornecedor, não significa que, em toda e qualquer relação jurídica, vai haver a concretização dessa situação jurídica. O fornecedor não é sempre a parte mais forte na relação de consumo. A vulnerabilidade é fragilidade em abstrato e assim deve ser tratada.

Desta forma, quando o Estado atua intervindo na relação jurídica de consumo, na busca do reequilíbrio do negócio jurídico e deve fazê-lo de forma que não afronte outros princípios existentes, por exemplo, a boa-fé contratual, a livre iniciativa e o desenvolvimento econômico.

Essa limitação reflete-se de duas formas. Primeiramente vai transparecer quando da edição das normas. O Estado não pode, ao promulgar norma de

7 CORRÊA, L. F. N.; CORRÊA, Os. L. *Código de defesa do consumidor: aspectos relevantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 28.

8 FILOMENO, J. G. B. Da Política Nacional de Relações de Consumo. GRINOVER, A. P. et al. (coord). *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 70.

9 NUNES, R. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

10 MORAES, M. A. M. Arbitragem nas Relações de Consumo. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=Wm0A-hatWh4C&pg=PA43&dq=vulnerabilidade+consumidor&lr=#PPA1,M1>>. Acesso em: 08 maio 2009, p. 46.

caráter geral e abstrato, vedar, limitar ou dificultar o desenvolvimento da atividade econômica ou mesmo interferir na livre iniciativa, sob o pretexto da proteção do consumidor. O ferir dos direitos dos consumidores não deve ser respeitado. Portanto, a promulgação das leis não deve ser um obstáculo ao crescimento das sociedades empresariais.

Segundo, o Estado, quando age em seu poder de polícia, deve verificar como o seu atuar vai refletir-se nas relações de consumo. Exemplo é a súmula 381 do STJ que vedou ao poder jurídico o reconhecimento de ofício de supostas cláusulas abusivas em contratos bancários. Pela autonomia da vontade, da liberdade da vontade e da boa-fé contratual, se o consumidor se sente prejudicado em virtude de determinada cláusula contratual, cabe a este alegar a abusividade, não sendo permitido ao Estado fazer tal interferência, agindo em nome do particular.

A limitação do agir do Estado não significa que este vai deixar de atuar, ou mesmo que o consumidor vai ficar desprotegido, mas que outros princípios também devem ser observados pelo ente no momento que busca a proteção ou a preservação dos direitos.

Referências

BARBOSA, H. L. P. Princípio da vulnerabilidade do consumidor. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/24263/23826>>. Acesso em: 08 maio 2009.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. In: PINTO, A. L. T. et al. (Coord.). *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Lei n. 8.078/1990*. In: PINTO, A. L. T. et al. (Coord.). *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORRÊA, L. F. N.; CORRÊA, O. L. *Código de defesa do consumidor: aspectos relevantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FILOMENO, J. G. B. Da política acional de relações de consumo. GRINOVER, A. P. et al (Coord). *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

MORAES, M. A. M. Arbitragem nas Relações de Consumo. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=Wm0A-hatWh4C&pg=PA43&dq=vulnerabilidade+consumidor&lr=#PPA1,M1>>. Acesso em: 08 maio 2009.

NUNES, R. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMENTÁRIO DE ACÓRDÃO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E INICIATIVA

André Luiz Ortiz Minichiello¹

MANDADO DE SEGURANÇA - Empresa atuante no ramo de lavagem, lubrificação e polimento - Lacreção do estabelecimento - Leis municipais que exigem distância mínima de quinhentos metros entre o local solicitado para instalação e o estabelecimento congênere próximo - Inadmissibilidade - Violação ao princípio da livre concorrência e iniciativa- Súmula nº 646 do STF - Segurança concedida - Recurso não provido. (Ap./Reexame Necessário nº 990.10.128519-3 -10ª Câmara de Direito Público- TJSP – j. 31.01.2011 – rel. Des. Urbano Ruiz).

Nota

Trata-se de julgamento em sede de Apelação e Reexame Necessário decorrente de decisão de primeiro grau que concedeu segurança a empresa do ramo de lavagem, lubrificação e polimento em desfavor do Poder Público Municipal que, por ter editado lei vedando a instalação de estabelecimento congênere em distância mínima de 500 (quinhentos) metros de outro já existente, determinou a lacreção do estabelecimento impetrante do referido Mandado de Segurança.

O recurso não foi provido, confirmando-se a sentença de primeiro grau vez que, segundo o entendimento dos Doutos Desembargadores, a lei municipal que veda a coexistência de estabelecimentos congêneres em distância inferior a quinhentos metros fere o princípio da livre concorrência e iniciativa.

1 Mestre em Direito pela UNIMAR – Universidade de Marília – Advogado – Professor Coordenador do Curso de Direito da FASC/OAPEC em Santa Cruz do Rio Pardo/SP. e-mail: prof.andreluiz@direitooapec.com.br.

Comentários

A Constituição Federal regulamenta a ordem Econômica em seu art. 170, trazendo em seus incisos os princípios que norteiam o tema.

No presente estudo, levar-se-ão em conta os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência por estarem intimamente ligados, formando uma unidade que merece estudo conjunto.

Sabe-se que o nosso modelo de Estado prestigia a atuação dos particulares na ordem econômica e somente interfere de modo a resguardar a viabilidade de existência harmoniosa e justa entre aqueles que atuam nos vários segmentos de atividades que compõem a atividade econômica, desprestigiando as atuações negativas que possam trazer consequências maléficas aos consumidores, empresários e ao País como um todo.

É nesse contexto que o princípio da livre iniciativa surge como um dos fundamentos da ordem econômica e, aliado ao da livre concorrência, dá sustentação à atuação dos particulares e do Estado na ordem econômica.

Esclarecendo sobre a íntima ligação entre o princípio da livre iniciativa e o da livre concorrência, Inocêncio Mártires Coelho² afirma que:

Igualmente relevante entre os princípios fundamentais da atividade econômica, a livre concorrência está intimamente ligada ao princípio da livre iniciativa, que a Carta Política de 1988 inscreveu entre os fundamentos da ordem econômica, como assinala Gastão Alves de Toledo, para quem, enquanto a livre iniciativa aponta para a liberdade política, que lhe serve de fundamento, a livre concorrência significa a possibilidade de os agentes econômicos poderem atuar sem embaraços juridicamente justificáveis, em um determinado mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços.

Numa tentativa de conceituação do princípio da livre iniciativa, pode-se afirmar que se trata da liberdade individual de atuação na atividade econômica, relacionada à produção e circulação de bens e serviços que não podem estar sujeitas burocracias e obstáculos injustificáveis por parte do Estado.

Essa liberdade deve ser vista em sentido amplo, ou seja, não só a liberdade de escolha de qual ramo da atividade econômica será explorado, mas também quais os meios mais apropriados para a obtenção dos resultados esperados, desde que não sejam vedados em lei ou tragam interferência negativa ao mercado.

2. MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.409.

Nessa linha de raciocínio, José Afonso da Silva³ enfatiza que:

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como se seu parágrafo único, que *assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei.*

Importante salientar que tal liberdade não é absoluta, pois cabe ao Estado regular a atuação do particular na atividade econômica, limitando a atuação em certas áreas da atividade econômica, vez que é da vontade do Estado que a atividade econômica seja desenvolvida de modo a assegurar a todos justiça social e bem-estar coletivo.

Nessa vereda é o ensinamento de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁴ ao abordarem o tema livre iniciativa:

É oportuno observar, porém, que o regime jurídico da livre iniciativa não viceja exclusivamente da previsão de seus dois dispositivos específicos de proteção (arts. 1º, IV, e 170 *caput*), mas da conjugação de diversos dispositivos constitucionais, que, de algum modo, com eles se relacionam, como, por exemplo, os que protegem a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, o livre exercício da profissão e a proteção do trabalho. Não se trata, dessa maneira, de um direito absoluto, sem fronteiras e sem finalidade. Como fundamento da ordem econômica, a livre iniciativa está jungida a seu fim declarado (art. 170, *caput*, parte final): propiciar dignidade a todos, segundo os ditames de justiça social.

Já com relação ao princípio da livre concorrência, tem-se que ela, como um desdobramento da livre iniciativa, busca a criação de um ambiente de mercado onde a concorrência entre os agentes econômicos se dê de maneira salutar, harmoniosa, sem privilégios jurídicos, econômicos ou acesso único a certos recursos.

Assim, a livre concorrência se desdobra em vários aspectos como a liberdade de conquista de clientela, desde que não se configure concorrência desleal, vedação de práticas por parte dos agentes econômicos tendentes a limitar

3 SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. ver. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 793.

4. ARAUJO, L. A.D.; NUNES JÚNIOR, L. A.D. A. *Curso de direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 467.

ou inviabilizar a concorrência e ainda a necessidade de uma posição neutra do Estado ante a concorrência, desde que esta se dê de modo igualitário.

Paulo Sandroni, citado por Luiz Alberto David Araujo⁵, ao tratar do tema livre concorrência, nos ensina que tal tema expressa “situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos”.

Para a garantia da livre concorrência (art. 170, IV), a Constituição Federal traz em seu art. 173, § 4º que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Novamente socorremo-nos do ilustre Professor José Afonso da Silva⁶, que, ao tratar do princípio da livre concorrência (art. 170, IV) e da sua proteção (art. 173, § 4º), afirma:

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.

No mesmo sentido é o ensinamento de Alexandre de Moraes⁷, que pondera a respeito da “livre concorrência: constitui livre manifestação da liberdade de iniciativa, devendo, inclusive, a lei reprimir o abuso de poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º)”.

A guisa de arremate, Inocência Mártires Coelho⁸ assevera:

Já o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o “princípio econômico” segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e serviços não deve resultar de atos cogentes da autoridade administrativa, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado. Houve, por conseguinte, iniludível opção de nossos contribuintes por dado tipo de política econômica, pelo tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar

5 Op. cit., p. 470.

6 Op.cit., p. 795.

7 MORAES, A. *Direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 818.

8 Op.cit., p. 1409/1410.

a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate de forças competitivas privadas que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros.

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que a jurisprudência analisada retrata o acerto de entendimento do Tribunal ao confirmar a sentença que concedeu a segurança em primeiro grau, pois, como se nota, as leis municipais desvirtuaram o anseio constitucional da possibilidade de livre iniciativa e livre concorrência, ao estabelecer a proibição de estabelecimentos congêneres a menos de quinhentos metros, de modo injustificado.

Tal vedação somente poderia ocorrer se trouxesse algum argumento plausível que pudesse proteger a livre iniciativa e concorrência de modo a tutelar os interesses dos consumidores e do próprio Poder Público, mas, pelo contrário, a lei combatida no caso concreto faz a leitura inversa dos princípios da ordem econômica, pois inviabiliza a livre concorrência que é salutar e imperiosa ao desenvolvimento das atividades econômicas.

ENTREVISTA

DIREITOS E DEVERES: Constituição Brasileira é a mais elaborada do mundo

André-Jean Arnaud – Diretor da UNESCO

Leis estimulam a participação da sociedade civil na resolução dos problemas do País; o problema é que faltam cidadãos interessados em se envolver.

Corrupção endêmica, altos índices de criminalidade, saúde pública sucateada e baixa qualidade do ensino. A situação do País é motivo de revolta para muitos brasileiros, que se queixam das mazelas e reivindicam que os governantes tomem providências. Afinal, garantir qualidade de vida é obrigação do poder público. A população, no entanto, tem que fazer a sua parte.

“A sociedade civil tem que se organizar, se envolver em ONGs e em associações. Ela tem que participar de todos os assuntos públicos.” A cobrança vem de quem entende de participação e democracia. O francês André-Jean Arnaud, diretor da Rede Unitwin/Unesco e do Programa Interdisciplinar Globalização Econômica e Direitos no Mercosul (Gedim), atua como perito do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas. E elogia a disposição dos brasileiros em participar. Especialmente dos mais pobres.

De que forma a sociedade civil pode participar na elaboração de políticas públicas?

É preciso ter vontade de participar e se organizar para isso. É possível se envolver em organizações não governamentais e em associações para utilizar uma ferramenta nova: a governança. Isso é muito importante para a participação da sociedade civil em todos os assuntos públicos. É uma invenção americana que começou quando os pioneiros estavam indo para o faroeste. Eles não tinham como fazer contato telefônico, não havia exército para ajudá-los nos perigos e nas enfermidades que surgiam no decorrer do caminho. Eles precisaram se organizar para se proteger dos ataques. Foi o espírito de governança que organizou tudo isso. Os americanos usavam dessa governança dos pioneiros no final do século XIX. Atualmente os blocos econômicos utilizam o modelo de governança. Por meio dessa ferramenta a sociedade pode desenvolver trabalhos ao lado dos governos.

A participação da sociedade civil é satisfatória no Brasil?

A Constituição Brasileira é a mais elaborada do mundo. Ela possibilita a participação da sociedade civil. Como exemplo, cito o orçamento participativo em Porto Alegre e em Minas Gerais. Isso não existe na França e, para se ter uma ideia, importamos esse modelo em pequenos povoados. A participação dos cidadãos como acontece no orçamento participativo é uma forma de governança.

E como estimular a vontade de participar na população?

A vontade de participar é algo muito pessoal. Nas favelas as pessoas não têm nada, muitas vezes só o que comer, mas se elas tiverem a oportunidade de participar, elas participam. Na França, onde as pessoas têm condições financeiras e acesso a bens e serviços, por mais que a sociedade tenha oportunidade, ela não participa. Às vezes reuniões são organizadas, mas ninguém vai. Tudo depende da cultura, da história da pessoa e do meio social onde ela cresceu.

Quais os principais entraves para o desenvolvimento sustentável no Brasil?

Todas as questões relacionadas ao meio ambiente são de interesse global. O Estado não pode fazer tudo e os governos não querem fazer muita coisa. Afinal, preservar o meio ambiente muitas vezes atrapalha os negócios e os investimentos de empresas. O desenvolvimento sustentável é algo que não se pode tratar em nível estatal. O trabalho tem que ser global e as ONGs mais próximas da Organização das Nações Unidas (ONU) e de organizações internacionais são as que mais podem colaborar. No caso do Brasil, a situação é clara. O País tem um meio ambiente excepcional, mas aqui há fome. E o que se pode fazer para proteger o meio ambiente sem deixar as pessoas morrerem de fome? Vocês têm governantes muito bons e intelectuais excepcionais. É preciso que todos tenham vontade de resolver os problemas.

Entrevista realizada por Paula Costa Bonini (Reportagem Local)

Publicada no Jornal *Folha de Londrina* em 12/05/2010

Folha Opinião – página 03.

RESUMO DAS DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS EM 2010

INTERESSE PÚBLICO E REGULAÇÃO ESTATAL DA PRÁTICA DESPORTIVA PROFISSIONAL DO FUTEBOL NO BRASIL

.....
MÁRCIA SANTOS DA SILVA

Resumo: O estudo da evolução histórica da prática do futebol no Brasil revela que esta modalidade esportiva, inicialmente praticada pelas camadas mais abastadas da sociedade, tornou-se o esporte mais popular do País e um seu traço distintivo perante o mundo, em razão da mútua influência estabelecida entre este fenômeno social e a própria sociedade por ele representada. Análise dos principais instrumentos normativos relativos ao desporto permite a compreensão das fases do desenvolvimento desta prática desportiva, do amadorismo patriótico até a moderna “indústria” do futebol, passando pela inédita menção feita pela Constituição Federal de 1988, no Art. 217, da Seção III – “Do Desporto”, Capítulo III – “Da Educação, da Cultura e do Desporto” de seu Título VIII, destinado então a tratar “Da Ordem Social”. Ao alcançar o patamar constitucional, o desporto teve reconhecida sua natureza jurídica de direito social, ao mesmo tempo em que também se firmava como uma atividade econômica ao dispor da livre iniciativa. A análise da exploração econômica do futebol profissional, objeto desta pesquisa, realizada por meio dos métodos dedutivo, lógico e histórico e das técnicas documental e bibliográfica, conduz ao reconhecimento de suas porções pública e privada. O negócio-futebol, configurando atividade econômica e, como tal, sujeita aos ditames da Ordem Jurídico-Econômica constitucional, de outro lado, realiza-se por intermédio da exploração de um direito público e social no qual se traduz não apenas a sua organização e prática, mas, também, o devotamento que toda a sociedade brasileira oferta a esta modalidade esportiva. Admitida a exploração econômica de um direito público, cujo dever estatal de incentivo e fomento está também inserto no Texto Constitucional, a busca por caminhos implementadores de uma eficiente regulação estatal do setor faz-se forçosa. O dever regulatório, ou seja, de intervenção indireta do Estado na atividade econômica, está insculpido no Art. 174 da Lei Maior e se impõe, especialmente, diante de atividades cuja carga de interesse público envolvida é evidente, e este é o caso da exploração econômica da prática desportiva profissional do futebol. A

Constituição Federal, abarcando valores sociais e liberais, reuniu-os debaixo de um único e maior objetivo, qual seja, a promoção do bem comum. Neste passo, a melhor e mais escoreita interpretação do Texto Constitucional, em busca da ideal participação do Estado nas esferas social e econômica, será sempre aquela que se fará com vistas à persecução daquele mister.

Palavras-chave: Futebol. Interesse Público. Regulação Estatal.

REVISÃO DO CONTRATO COM BASE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

.....
ALESSANDRO MARCOS KOBAYASHI

Resumo: A importância do contrato é incontestável, pois é o instrumento que possibilita a troca de riquezas na sociedade. Porém, preciso conhecer sua atual estrutura, diante das alterações pelas quais passou a sociedade, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a edição do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Código Civil de 2002. Por meio delas foram estabelecidos novos paradigmas para o direito contratual, não sendo mais concebível a rígida adoção dos ideais liberais preconizados pela Revolução Francesa, em que o contrato fazia lei entre as partes, mesmo existindo prestações manifestamente desproporcionais para as partes. Atualmente, deve haver uma compatibilização, harmonizando-se as diretrizes constitucionais de valorização da liberdade de iniciativa, com o respeito à dignidade da pessoa humana, a defesa do consumidor, além dos fatores previstos na legislação ordinária: boa-fé objetiva e função social do contrato. Esses novos paradigmas têm a finalidade de restabelecer o equilíbrio entre as partes contratantes e a realização da igualdade material, os quais são traços marcantes do CDC, no qual expressamente se reconhece a vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, prescrevendo-se instrumentos para sua proteção contratual. O consumidor é realmente o elo mais fraco da relação contratual, com destaque para os contratos celebrados com as instituições financeiras, objeto final do presente estudo, pois, nesses casos, é flagrante o desequilíbrio de forças entre as partes, sendo frequentes os questionamentos acerca dos encargos cobrados. Nesses casos, para o restabelecimento do equilíbrio entre as partes, nosso ordenamento concebeu maior liberdade para o julgador que, diante do caso concreto e fundamentado nessas novas diretrizes, poderá operar a revisão do contrato para a exclusão de cláusulas abusivas e a revisão ou modificação do contrato quando se constata a existência de prestações desproporcionais ou que venham a se tornar excessivamente onerosas para o consumidor. Assim, a análise dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) se faz necessária, haja vista ser a instância máxima para questões envolvendo aplicação da lei federal e seus julgados servirem de paradigma para as decisões das instâncias inferiores. A análise revelou que o STJ vinha dando efetividade aos comandos constitucionais e infraconstitucionais, ao reconhecer a aplicabilidade do CDC aos contratos bancários e para as operadoras de cartão de crédito, a necessidade de readequação do contrato quando comprovada a abusividade dos encargos contratados, dentre outros. Porém, com a edição da Súmula n. 381, retrocedeu, manifestando-se

contra disposição expressa de lei (Art. 51 do CDC), ao proibir a manifestação de ofício do juiz acerca de abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Analisando-se os postulados constitucionais e infraconstitucionais, constata-se a necessidade de revisão desta Súmula, pois nosso ordenamento preconiza pela harmonização entre a liberdade de iniciativa e o respeito à dignidade da pessoa humana, neste caso, o consumidor, bem como pela existência de uma igualdade material entre as partes, preceitos estes que estão seriamente prejudicados com tal entendimento.

Palavras-chave: Revisão. Contrato. Código de Defesa do Consumidor.

PESSOA JURÍDICA E SUA RESPONSABILIDADE PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS

.....
PEDRO GERALDO CUNHA DE AGUIAR

Resumo: Comprovada a necessidade de proteção do bem jurídico ambiental, verificou-se que não era mais conveniente responsabilizar apenas a pessoa física, principalmente pelo fato de nem sempre ser a maior causadora de lesões ao meio ambiente, mas também a pessoa jurídica. Logo, viu-se a necessidade de conferir responsabilidade criminal ao ente coletivo pelo cometimento de delitos ambientais, como forma de assegurar uma política ambiental preservacionista e também sustentável. Se o ser humano pode ser responsabilizado pelos seus atos, nada mais justo do que a responsabilização da pessoa coletiva, já que a mesma é dotada de personalidade própria, distinta de seus representantes. A inserção do bem jurídico ambiental dentro do Direito Penal é um movimento mundial que busca uma solução para os seus problemas, e que, utilizando-se de novos paradigmas, deixou evidente a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica por crimes ambientais. Contudo, ficou evidenciado que há necessidade de criação de uma nova teoria do delito, voltada unicamente para aplicação quanto a crimes cometidos pela pessoa coletiva, uma vez que está clara a possibilidade de incriminação do ente moral, conforme disposição Constitucional permissiva. Nesse sentido, apesar da permissão para se criminalizar a pessoa jurídica, a forma como a lei foi editada no nosso sistema pátrio não permite que a regra seja aplicada, conforme se observou nas irregularidades da legislação, existindo a necessidade de imprescindíveis modificações para que se construam novos dispositivos que venham regulamentar e suprir os existentes, com a finalidade de se edificar a nova dogmática da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, como forma de dar ao texto Constitucional eficácia plena e aplicação concreta, já que se trata da sobrevivência humana, preceito maior tutelado pela Carta Magna.

Palavras-chave: Crimes Ambientais, Pessoa Jurídica, Responsabilidade Penal.

A EFETIVA PARTICIPAÇÃO DOS EMPREGADOS NA GESTÃO EMPRESARIAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

NILCIMARA DOS SANTOS

Resumo: O objeto do presente trabalho é o estudo sobre a efetividade do contido no art. 7º inc. XI da Constituição Federal, no que se refere à participação dos trabalhadores na gestão empresarial. É importante ressaltar que houve a regulamentação do mesmo dispositivo constitucional no tocante à participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, sem nada mencionar quanto à participação na gestão empresarial. Ficou demonstrado que a participação dos trabalhadores na gestão empresarial e a participação nos lucros empresariais não são questões separadas. Pelo contrário, formam um todo integrado, constituindo-se na expressão da função social empresarial. As discussões em torno da eficácia do texto constitucional acabam por desencadear o posicionamento no sentido da obrigatoriedade da regulamentação da participação dos trabalhadores na gestão empresarial, sob pena do referido instituto não poder ser aplicado (efetivado). De forma diversa, aliando-se o conceito de função social empresarial, contido no artigo 170 da Constituição Federal, à valorização do trabalho humano e à busca da dignidade da pessoa humana, conclui-se que não é necessária a regulamentação do referido dispositivo para que seja alcançada a sua efetividade. A congregação dos institutos citados constrói uma nova visão sobre o valor do trabalho humano e a posição que deve ser ocupada pela empresa na Ordem Econômica.

Palavras-chave: Gestão Empresarial. Função e responsabilidade social. Empregados.

RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL: DIRETRIZES E PARÂMETROS DA RACIONALIDADE ECONÔMICA E JURÍDICA

.....
SÉRGIO LUIZ CANDIL

Resumo: No momento em que a nova dinâmica mundial, cada vez mais questiona a responsabilidade social empresarial e sua relação com o desenvolvimento econômico sustentável – termo relativamente novo no contexto das nações, mas que por sua força integradora, requer visão unitária em todos os seus aspectos – o presente estudo busca demonstrar, por meio da interdisciplinaridade (Economia, Filosofia, Administração de Empresa e Direito), que a empresa socialmente responsável deve portar-se como uma entidade que atua dentro de uma postura ética, de modo comprometido não apenas com suas obrigações legais vivenciadas nos valores e normas jurídicas positivadas no Art. 170 da Constituição Federal que compõem a ordem socioeconômica, mas com todos os elementos que constituem o núcleo social na qual está inserida. O comprometimento empresarial revela-se um importante elemento na promoção social e contribui para que a empresa obtenha reconhecimento desta postura. Assim, em busca de uma interpretação jurídica, inclusive no que diz respeito a intervenção do Estado por meios normativos e incentivos, foram utilizados os parâmetros de qualidade de uma instituição brasileira, o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, para permitir a efetividade da responsabilidade social. Estes critérios, cujas políticas internalizam os paradigmas desta responsabilidade, foram de grande valia porque têm por fundamento a gestão empresarial eficiente, priorizando não somente seu fim lucrativo, mas também o bem-estar social. Este é o papel empresarial nos termos da Constituição Federal de 1988. Esta postura de empresa cidadã pode ser exposta à comunidade por meio de recursos do Balanço Social, o que certamente trará retorno econômico e de respeito, de confiança, de transparência perante seus *stakeholders*. É a postura das empresas que se preocupam em vivenciar a ética que cada vez mais sensibiliza os consumidores, obrigando-as a promoverem suas atividades de forma consciente, inserindo-se com mais compromisso no meio social do qual fazem parte. A conscientização social compreende não somente o consumidor, mas também e, em primeiro plano, a concepção do empresário como agente transformador da realidade social, contribuindo para vivenciar relações humanas sustentáveis. Além das leis e normas, o recurso do Balanço Social se insere na estratégia e instrumento de divulgação das ações sociais de empresas socialmente responsáveis e resulta em um fortalecimento da imagem da

empresa, demonstrando, assim, que é compatível inserir nos valores da eficiência econômica a ética, no sentido da justiça social desejada pelo ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Diretrizes e parâmetros. Responsabilidade social. Racionalidade econômica e jurídica.

QUESTÕES AMBIENTAIS NO IMPOSTO TERRITORIAL RURAL (LEI Nº 9.393/1996)

ANTONIO DE ABREU MARIANI

Resumo: De acordo com a Constituição Federal de 1988, os princípios da defesa do meio ambiente e da função socioambiental da propriedade rural vinculam a Ordem Econômica e Financeira Nacional. Reconhece-se que os direitos ao desenvolvimento econômico e à propriedade privada estão vinculados ao direito fundamental das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à qualidade de vida. Portanto, cabe ao Estado brasileiro intervir para que a atividade empresarial se desenvolva em consonância com os diversos princípios ambientais expressos no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, dentre os quais o princípio do desenvolvimento sustentável. O objetivo deste trabalho é identificar como a Lei nº 9.393/1996 se tornou um instrumento apto a gerar a recuperação do meio ambiente nos imóveis rurais, comprovando que o tributo ambiental tem importante papel na tarefa da promoção da conservação do meio ambiente pelo Estado. Como uma opção às clássicas normas-sanção de natureza administrativa, civil e penal, o mecanismo da sanção premial é utilizado por ser coerente com a lógica empresarial. Neste sentido, a extrafiscalidade do Imposto Territorial Rural se manifesta quando isenta do imposto imobiliário as áreas de preservação permanente, reserva legal florestal, reservas particulares do patrimônio natural, dentre outras formas de proteção do patrimônio florestal discriminadas na Lei nº 4.771/1965 e na Lei nº 9.985/2000. Não obstante impõe limitações de uso, a legislação ordinária é coerente com os mandamentos constitucionais, ao oferecer alternativas econômicas para a utilização de tais áreas, desde que protejam os mananciais e promovam a conservação dos biomas. Contudo, muitas são as formalidades legais para o reconhecimento da isenção tributária, que dão margem a uma importante discussão na esfera administrativa suscitada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Busca-se demonstrar, por meio de entendimentos jurisprudenciais, que a solução de tais questões se dá pela aplicação das técnicas de solução de conflitos entre normas fundamentais, aptas a determinar a prevalência entre valores constitucionais relacionadas ao direito de propriedade, ao meio ambiente, ao devido processo legal e à dignidade do contribuinte.

Palavras-Chave: Extrafiscalidade. Imposto Territorial Rural. Meio ambiente.

O PACTO FEDERATIVO E AS ISENÇÕES DE TRIBUTOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS NOS TRATADOS INTERNACIONAIS

.....
ANGÉLICA APARECIDA FERRAZ KREMPEL

Resumo: A possibilidade ou impossibilidade de a União conceder isenções de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios por meio dos tratados internacionais firmados pela União, tem ensejado acirrada discussão doutrinária no âmbito constitucional-tributário. O art. 151, III, da Constituição Federal de 1988 veda à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Diante da referida previsão constitucional, tem-se procurado saber se esta vedação imposta à União estende-se aos tratados internacionais em matéria tributária, que, em alguns casos, podem dispor sobre desoneração tributária, concessão de isenções, redução de tributos ou incentivos de tributos estaduais, distritais ou municipais. Então, o presente trabalho propõe um estudo sobre os principais aspectos discutidos na doutrina e na jurisprudência brasileira acerca da prevalência dos tratados e convenções internacionais sobre a legislação tributária interna. Para tanto, necessário se faz apresentar considerações sobre o princípio federativo brasileiro, o princípio da soberania e o da competência constitucionalmente estabelecida para todos os entes políticos do Estado brasileiro, merecendo maior destaque o citado art. 151, inciso III da Constituição Federal, bem como a análise do art. 98 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe sobre as introduções legislativas provenientes de Tratados e Acordos internacionais referentes às normas tributárias do sistema positivo vigente.

Palavras-chave: Isenção Heterônoma. Pacto Federativo. Tratados Internacionais

INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO E O REGIME JURÍDICO AMBIENTAL

.....
MARCOS APOLLONI NEUMANN

Resumo: A humanidade passa por um momento de grandes discussões em face da degradação e desperdício dos recursos naturais, que podem exaurir-se pela sua má utilização. Esta constatação exige que Estado, sociedade civil e o domínio econômico assumam suas responsabilidades e busquem o desenvolvimento sustentável. Neste contexto é importante que o Estado promova intervenções nas relações humanas, especialmente naquelas de caráter econômico. A sustentabilidade é preocupação de várias ciências além da jurídica, pois abrange aspectos ambientais, econômicos, sociais e políticos. Destaque-se a Ciência da Administração que, entre outros estudos, também constrói um conceito empresarial de sustentabilidade de modo a orientar os empresários em seus investimentos. Esta consciência sustentável da empresa traz vantagens em termos competitivos, porque passa a demonstrar uma gestão responsável importante para a interação com o público interno e externo. Não basta cumprir as leis e produzir lucros. Atualmente, as empresas não têm alternativas diante do desafio de permanecer no mercado: devem aderir à preocupação planetária de respeito ao meio ambiente. O enfoque deste trabalho é demonstrar que, diante da ordem constitucional e infraconstitucional brasileira contemporânea, estão os meios de intervenção estatal sobre a ordem econômica que possibilitam a sustentabilidade ambiental. O Estado tem competência constitucional para tanto, nos termos do Art. 174, por meio da produção de normas, de fiscalização, de incentivos e planejamento. Desta forma, a alternativa para as empresas é respeitar a ordem jurídica, pois nela está implícita a ética da sustentabilidade ambiental. Este é o caminho seguro para a permanência na atividade empresarial.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável. Intervenção do Estado sobre o Domínio Econômico. Responsabilidade Socioambiental.

EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS POR MEIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

ISRAEL RODRIGUES DE QUEIROZ JUNIOR

Resumo: Com a publicação da Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 que trata da Recuperação Judicial e Falências, tem-se uma forma de intervenção do Estado que visa concretizar o atual regime econômico constitucional (Art. 170 CF/88), que prima por engrandecer a função social das empresas. Tem-se positivado uma sistemática jurídica enaltecendo a contemporânea teoria das empresas, que deslocou o foco jurídico-econômico das tradicionais figuras do comerciante, do ato de comércio e da justiça individual para a atividade empresarial regida por valores éticos de alcance social. Seguindo o processo de positivação, esta nova sistemática legal busca propiciar às empresas em crise condições de se recuperar e continuarem no mercado econômico, evitando-se assim sua decretação falimentar e desconstituição. Com esta finalidade, preservam-se as empresas, a produção, os postos de trabalho e capacita-se o empresário, por meio de seu giro empresarial, a retornar à normalidade financeira. A recuperação das empresas pode ocorrer em nível judicial e extrajudicial judicial e, apesar de se tratar de procedimentos, ainda assim, eles têm um substrato de caráter marcadamente econômico mais que jurídico, dado a representatividade econômica e social que as empresas em dificuldade, sem sombra de dúvida, representam para a atividade econômica brasileira. Está expressa na lei em análise a necessidade de que os credores sejam chamados a tomarem conhecimento da real situação da empresa em crise e a fazer parte das soluções que possam recuperá-la. Esta transparência e participação permitem análises econômicas e jurídicas que trazem subsídios às decisões judiciais em favor da manutenção do negócio empresarial. Desta forma, confirma-se que há, em nível constitucional e legal, a presença das ideias de um Estado Social que defende por meio dos governos, da sociedade e também do domínio econômico, a busca da concretização de princípios que regem a ordem jurídico-econômica brasileira. Entre eles, destaquem-se: justiça social, valorização do trabalho humano, livre iniciativa, livre concorrência, dignidade e justiça social

Palavras-chave: Recuperação Judicial de Empresas. Dificuldades Financeiras. Função Social da Empresa. Preservação da Empresa.

A PUBLICIDADE ABUSIVA E ENGANOSA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS REFLEXOS NA ATIVIDADE DO FORNECEDOR

.....
MARIA LEONICE S. BEREZOWSKI

Resumo: O envolvimento entre as relações de consumo e a publicidade é inegável e o Código de Defesa do Consumidor se adiantou quanto à percepção deste estreitamento e importância para toda a sociedade. Para realizar tal estudo, no primeiro momento fez-se uma abordagem histórica e buscou-se o significado jurídico das relações de consumo com o objetivo de obter o posicionamento atual destas relações e a proteção que deve ser gerada para a sociedade. Houve uma descrição sobre os conceitos basilares do Código de Defesa do Consumidor e também se ressaltou aqueles que notadamente se referem mais acintosamente à publicidade. O princípio da vulnerabilidade, requisito essencial para o consumidor, foi apresentado de várias maneiras para que não restasse, ao fim, nenhuma dúvida sobre seus reais e efetivos desdobramentos. O diálogo das fontes entra em evidência quando no ponto alto do estudo a publicidade abusiva e enganosa tomou corpo e foi descrita por vários institutos que auxiliam o Código de Defesa do Consumidor. A Constituição Federal, em seu Art. 5º. XXXII e Art. 170. V, e o Código de Autorregulamentação Publicitária estabeleceram a importância de se coibir desvios publicitários e, ao mesmo tempo, dar proteção aos consumidores. Foram explicitadas e aprofundadas nesta fase do trabalho as consequências negativas produzidas por este tipo de publicidade, que causa prejuízos de ordem econômica e social. Verificou-se que não há possibilidade de descrever demanda de ofertas sem se reportar ao setor publicitário que as envolve. Apesar das grandes diferenças sociais ainda existentes, esta demanda de ofertas de produtos e serviços está disponível a todos e a todas as classes sociais. Todas as pessoas são afetadas pela publicidade que envolve produtos e serviços, seja ela abusiva ou não, enganosa ou não. Culmina neste ponto a principal questão desta pesquisa, visto que, para combater os desvios e práticas reprováveis dentro deste aspecto, necessário se fez apontar as proteções das tutelas judiciais, sejam elas individuais ou coletivas. Demonstrou-se a responsabilidade do Estado quanto a estes tipos de tutelas, bem como ressaltou-se a tão presente e importante atuação e legitimidade do Ministério Público. Por fim, apresentaram-se propostas como a criação de juzizados especiais para o aperfeiçoamento dos meios processuais para que estes deem maior efetividade aos impasses surgidos dentro da esfera consumerista,

demonstrando a necessidade do aprimoramento do mecanismo citado, em especial razão da dinâmica hoje existente em uma sociedade globalizada.

Palavras-chave: Publicidade abusiva. Publicidade enganosa. Defesa do consumidor.

EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS

ALLAN WESTON DE LIMA WANDERLEY

Resumo: A partir da nova ordem constitucional, a efetivação dos direitos fundamentais impingiu ao Estado a obrigação de promover saúde pública como um direito inerente a todo ser humano, promovendo a assistência à saúde de forma a garantir avanços na proteção aos menos favorecidos, salvaguardando o inalienável direito à vida. O direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, norma de eficácia plena e imediata, é direito público subjetivo que garante ao cidadão o direito de exigir, dentre outras, as prestações do Estado na promoção da saúde, não apenas na prevenção e no tratamento das doenças, mas também garantindo-lhe condições mínimas para assegurar uma existência digna. O fornecimento de medicamentos integra o mínimo existencial do indivíduo que dele necessite para sobreviver e não possua recursos suficientes para adquiri-lo. Para tanto o Estado mantém uma política nacional de assistência farmacêutica para financiar, adquirir e distribuir os medicamentos, também os utilizados no tratamento de patologias complexas, raras e crônicas (medicamentos excepcionais). Porém, o fornecimento desses itens fica restrito àqueles relacionados nas listas dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas oficiais, que são elaboradas pelo próprio Estado. Há ausência de regramento específico que viabilize a necessária inclusão periódica de novos medicamentos nas listas oficiais, as quais muitas vezes permanecem durante vários anos sem a imperiosa atualização. A negativa do Estado em fornecer as novas drogas, sob o argumento de que não integram a listagem oficial, acaba por conduzir o cidadão à judicializar sua pretensão, o que ainda é visto por alguns doutrinadores como interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas da área da saúde, ferindo a autonomia e independência dos poderes. Como restou demonstrado durante a Audiência Pública da Saúde promovida pelo STF em 2009, a judicialização da saúde, como forma de garantir ao cidadão um direito assegurado pela Constituição, se dá em virtude da ineficácia do próprio Estado, ante a ausência de normas específicas que implementem mecanismos que viabilizem o fornecimento de medicamentos excepcionais. Tem-se hoje atividade legislativa com esse intuito, o que possibilitará, no futuro, uma redução no número de demandas judiciais que objetivam os fármacos de alto custo e que levam a inúmeras discussões sobre temas como inexistência de recursos e reserva do possível, escolhas trágicas na alocação dos recursos finitos, inviabilidade do sistema de saúde pública, participação popular na elaboração da política orçamentária, gastos não prioritários e necessidade de ponderação na

alocação de recursos, observância dos princípios constitucionais na atuação do Poder Judiciário, dentre outros. Para que a solução de conflitos desta natureza não comprometa outros bens juridicamente relevantes, espera-se que somente a criação de marcos legais, a existência de um direito positivado decorrente de um processo democrático com amplo debate de ideias e participação da sociedade, e que observe o interesse público que a universalidade do sistema de saúde exige, retratado em uma norma prescritiva, clara e específica, resultará na redução da judicialização da saúde.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Medicamentos excepcionais Reserva do possível.

A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DE RELAÇÃO DE CONSUMO

LUIS ROBERTO BORGES

Resumo: Muito antes da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, existem debates que exploram o consumidor como sujeito vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo. Isso porque o consumidor não dispõe de controle sobre os bens de produção e, em consequência disto, submete-se ao poder de quem os possui. A sua criação teve participação essencial no processo de conscientização da população quanto às suas condições de cidadania, sendo considerada revolucionária, em virtude de seu caráter atual e transformações econômicas do século XX. Deste modo, o legislador criou uma série de mecanismos para que sejam atendidos outros princípios, tais como o princípio da proteção do consumidor, que se desdobra nos princípios da responsabilidade objetiva e no princípio da inversão do ônus da prova. Com o presente estudo, se objetiva demonstrar que, na relação de consumo, a tutela do consumidor fica a mercê da vulnerabilidade do próprio consumidor, que, nas relações de consumo, por se tratar de parte hipossuficiente, ou mais fraca, acaba tendo que se submeter às condições que lhe são impostas pelos fornecedores, sempre a parte mais forte. Como metodologia, é utilizada a pesquisa bibliográfica, mediante artigos, estudos e obras escritas por especialistas. Assim, a primeira e primordial intenção é estudar e compreender características, causas e consequências da vulnerabilidade do consumidor, bem como estudar aspectos principiológicos, históricos, legais e jurisprudenciais a respeito.

Palavras-Chave: Vulnerabilidade. Hipossuficiência. Proteção do Consumidor. Contrato. Relação de Consumo. Código de Defesa do Consumidor.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRABALHO QUALIFICAÇÃO E A EFETIVIDADE DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

MÁRCIA OLIVEIRA ALVES

Resumo: Esta pesquisa teve como objetivo analisar o alcance da efetividade da valorização do trabalho humano por meio das políticas públicas de qualificação como forma de aferir a eficiência da administração pública e a qualidade dos programas públicos de qualificação profissional brasileiro. Num primeiro momento, discorre-se sobre o trabalho na ordem constitucional; num segundo momento, analisa-se o Estado e as Políticas Públicas; já no terceiro período, confronta-se o alcance da efetividade das políticas públicas de trabalho e renda, especialmente a de qualificação e efetividade da valorização do trabalho humano. Chegou-se à conclusão de que a valorização do trabalho se dá pela realização do homem. Assim, a qualificação deve basear-se em uma formação ampla com valores humanistas e capazes de fortalecer no trabalhador ao exercício do trabalho livre, crítico e criativo. Para a valorização humana, a formação precisa ir além do conhecimento técnico, devendo proporcionar o acesso a trabalho digno.

Palavras-chave: Valorização do Trabalho Humano. Políticas Públicas. Qualificação Profissional.

HOSPITAIS DE ENSINO: ALTERNATIVA PARA O MUNICÍPIO IMPLEMENTAR E EFETIVAR O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

JULIANA ORTIZ MINICHELLO

Resumo: O Direito à saúde, direito fundamental de segunda dimensão, está disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Título II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu Art. 6º. Ainda, dispõe, em seu Art. 196, que é dever do Estado garantir sua promoção, proteção e recuperação. Este o faz, na medida em que garante sua disponibilização às pessoas humanas por meio da instauração de políticas públicas de saúde, em especial a preconizada pela Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 que instituiu no País o Sistema Único de Saúde. O presente estudo tem a finalidade de demonstrar que os hospitais de ensino são meios alternativos e eficazes de que dispõem os Municípios para se implementar e efetivar o direito fundamental à saúde. Os Municípios, por atuarem como gerentes e gestores do referido sistema, devem destinar parte de sua arrecadação tributária para o financiamento da promoção da saúde, e ao firmar convênio com os hospitais de ensino, disponibilizam recursos que são capazes de garantir que o direito fundamental à saúde seja de fato implementado e efetivado.

Palavras-chave: Direito à saúde. Hospitais de Ensino. Município.

A SELETIVIDADE E A NÃO-CUMULATIVIDADE TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTOS DE UMA POLÍTICA DE INCENTIVO À RECICLAGEM DE RESÍDUOS SÓLIDOS

ANA PAULA DUARTE FERREIRA MAIDANA

Resumo: A reciclagem de resíduos ganhou impulso, no Brasil, a partir da década de 1980 e, desde então, a atividade desponta como solução economicamente viável para questões de ordem social, econômica e ambiental, na medida em que alia preservação ambiental e desenvolvimento econômico. A Constituição brasileira afirma ser o desenvolvimento nacional objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. O desenvolvimento pretendido pelo legislador constituinte não é outro senão o desenvolvimento sustentável, pois a Constituição estabelece como princípios da ordem econômica, dentre outros, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais, a busca do pleno emprego, a defesa do consumidor, o consumo responsável e a função social da propriedade, cujo desdobramento é a função social da empresa. Considerando as potencialidades da indústria da reciclagem para a realização desses princípios, que por sua vez se fundamentam na livre iniciativa, na valorização do trabalho humano, na dignidade da pessoa humana e na justiça social, conclui-se que cabe ao Estado, como agente regulador da economia, criar e implementar políticas públicas voltadas à promoção do desenvolvimento sustentável. Para tanto, pode e deve valer-se do exercício de suas competências tributárias, em especial da tributação extrafiscal, como instrumento de estímulo a atividades econômicas que, por sua natureza, potencializam o atingimento dos objetivos constitucionalmente estabelecidos. A pesquisa busca, assim, analisar a realidade fática da atuação da indústria da reciclagem no país e o impacto, no setor, da legislação tributária vigente, verificando de que modo as normas tributárias aplicáveis a esta atividade econômica se compatibilizam com aquelas de que trata o subsistema constitucional da ordem econômica. Tendo em conta o impacto econômico que exercem os tributos indiretos sobre a atividade empresarial, em razão de refletirem diretamente nos preços das mercadorias e serviços, o trabalho aborda de modo particularizado a incidência, na cadeia produtiva da reciclagem, do IPI, do ICMS e das contribuições incidentes sobre a receita bruta das empresas, PIS e COFINS. Segundo a Constituição brasileira, aplica-se ao IPI e ao ICMS o princípio da seletividade, segundo o qual os produtos mais essenciais devem ser menos onerados pela tributação em comparação com os produtos supérfluos. A

pesquisa analisa, então, a aplicação do referido princípio a insumos e produtos finais reciclados. Também é abordado o princípio da não-cumulatividade tributária, que, por determinação constitucional, aplica-se aos quatro tributos mencionados. Busca-se verificar de que maneira a legislação infraconstitucional positivou a sistemática da não-cumulatividade em relação a cada um dos tributos a que se aplica o referido princípio. Consta-se que a imposição de restrições à não-cumulatividade provoca distorções no mercado. Deste modo, a efetivação do princípio é condição essencial para que eventuais incentivos à atividade produtiva surtam o efeito desejado. A partir da análise realizada e com suporte no exame dos subsistemas constitucional tributário e econômico, o trabalho aponta a conveniência de uma evolução legislativa que garanta tratamento diferenciado para o setor, tendo em vista os pressupostos constitucionais da função social da atividade econômica.

Palavras-chave: Reciclagem. Tributação. Desenvolvimento Sustentável.

A EFETIVIDADE DOS INCENTIVOS FISCAIS AMBIENTAIS POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA

Resumo: O presente estudo parte das desigualdades regionais para explorar o campo da tributação, oriunda da União, Estados e Municípios, e das concessões de incentivos fiscais e políticas públicas, em função da redução das diferenças regionais. Nesta senda, o Art. 151, inciso I da Constituição Federal, estabelece que é vedada à União instituir tributo que não seja uniforme em todo território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios, em detrimento de outro, admitindo a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócioeconômico entre as diferentes regiões do País. A partir desta afirmativa, reafirma-se que a tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da sociedade. O Brasil vive um problema de desigualdade social entre as diferentes regiões do país. Enquanto algumas regiões concentram a maior parte da riqueza nacional, outras enfrentam difíceis problemas de subdesenvolvimento, demonstrando a deficiência no setor da educação na saúde, sem oportunidades de empregos e outros fatores determinantes para o bem-estar social. O Estado é um ente designado para o atendimento do bem comum em prol de toda a sociedade que a compõe. A Constituição Federal, em seu Art. 3º, dispõe sobre vários valores estabelecidos pela sociedade brasileira, como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos e, em seu Art. 225, radica a proteção ecológica, sendo que estes se destacam por se encontrar no topo da hierarquia dos valores indicados pelo Estado. Para que o Estado alcance seus objetivos socioeconômicos e desenvolva uma política governamental, em função dessas finalidades, é necessário instituir políticas públicas, destinando para cada região recursos específicos às suas necessidades, haja vista serem necessidades diferenciadas, conquanto, com o mesmo objetivo, que é o de oferecer ao cidadão o mínimo necessário à sua sobrevivência com dignidade. Para conseguir a efetivação das políticas públicas ambientais, desenvolvidas tanto pelo Estado, como pela população, é imperativo fazer com que o homem valorize a natureza, e o direito exerce papel ativo no âmbito cultural e econômico. Em busca do desenvolvimento econômico e do progresso tecnológico, a humanidade devasta o planeta. Portanto, é imprescindível

que a sociedade direcione o desenvolvimento tecnológico e econômico para a preservação ambiental, desta forma, efetivando as políticas públicas direcionadas ao fim específico.

Palavras-chave: Desigualdades Regionais. Incentivos Fiscais. Políticas Públicas

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

INFORMAÇÕES GERAIS

Objetivos:

- Qualificar habilidades, aprofundando níveis de compreensão e aptidão para captar a complexidade e dinâmica do fenômeno jurídico;
- Concentrar a investigação científica a partir dos núcleos temáticos contidos na área de concentração e especificados nas linhas de pesquisa, contemplando a articulação interdisciplinar;
- Gerar mudanças capazes de oportunizar a atuação do profissional do direito no ensino jurídico contemporâneo, em face das tendências decorrentes do processo de globalização e disseminação das inovações tecnológicas;
- Implementar e divulgar o conhecimento científico, cultural e tecnológico, gerado no programa, com prioridade para a produção científica e consequente divulgação, visando fornecer aos mestrandos subsídios para expandirem e aprofundar conhecimentos técnicos na área de concentração.

Público alvo:

Bacharel em Direito, professores, advogados, magistrados, promotores de justiça e outros profissionais da área jurídica com bacharelado em Direito

Área de concentração:

EMPREENHIMENTOS ECONÔMICOS,
DESENVOLVIMENTO E MUDANÇA SOCIAL

Linhas de pesquisas:

Linha 1

Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais

Esta linha envolve as pesquisas que dizem respeito ao desenvolvimento econômico a partir do papel a ser desempenhado pela empresa, tendo por norte as demandas provenientes da sociedade brasileira.

Linha 2

Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas

A segunda linha de pesquisa está dirigida à cobertura do segundo vértice que deve sustentar a área de concentração, estando presentes, aqui, as possibilidades de reflexão acerca da dinâmica jurídica que se fazem presentes nas relações empresariais, nas relações de consumo e nas relações entre Estado e a Empresa.

DURAÇÃO DO CURSO

24 meses.

NÚMERO DE VAGAS

Serão ofertadas 25 vagas, sendo:

– 13 (treze) vagas na Linha de Pesquisa 1

– 12 (doze) vagas na Linha de Pesquisa 2

O candidato será selecionado na respectiva linha de pesquisa, informada no ato da inscrição.

OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE

Para concessão do título de Mestre, além do cumprimento das demais exigências regimentais, o mestrando deverá prestar e ser aprovado no Exame de Qualificação e no Exame de Proficiência em uma das seguintes Línguas Estrangeiras: Inglês, Espanhol, Italiano. Deverá apresentar, defender e ser aprovado na Dissertação de Mestrado realizada de acordo com as normas regimentais.

SITUAÇÃO INSTITUCIONAL

(Curso recomendado pela CAPES/MEC)

A Portaria do MEC nº 4.310 de 21.12.04, publicada no D.O.U nº 246 de 23.12.04, seção I, p. 33, reconheceu inicialmente o Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR. O reconhecimento foi renovado na Avaliação Trienal 2007/2009.

INFORMAÇÕES E INSCRIÇÕES

Secretaria do Programa de Mestrado em Direito

Bloco I – Campus Universitário – no horário das 14h00min às 18h00

Endereço:

Faculdade de Direito – Programa de Mestrado em Direito - Campus Universitário

Av. Hygino Muzzi Filho nº 1001 – CEP 17.525-902 – MARILIA – SP

Telefones: (14) 2105-4028

E-mail: mestradodireito@unimar.br

COORDENAÇÃO DO PROGRAMA

Profa. Dra. *Maria de Fátima Ribeiro* - Coordenadora

Prof. Dr. *Lourival José de Oliveira* – Vice-Coordenador

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A Revista *ARGUMENTUM*, indexada em base de dados RVBI (Senado Federal) e ISSN - 1677-809X, tem como objetivo divulgar trabalhos elaborados pelo corpo docente e discente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade de Marília - UNIMAR, assim como de estudiosos do direito e das ciências sociais de Universidades, Centros de Pesquisa e de outras Instituições.

Os trabalhos podem ser publicados em português, espanhol, francês, alemão ou inglês.

Podem ser enviados trabalhos de DOCTRINA (artigos), de RESENHAS e de COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA.

A Comissão Editorial da Revista só avaliará trabalhos inéditos.

1. Os **ARTIGOS** devem conter:

- a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula, negrito;
- b) **Sumário** (Introdução, desenvolvimento, Considerações finais, Referências) apresentado em português e inglês
- c) **Resumo** de até 250 palavras em português e em inglês: espaço simples, fonte 12;
- d) 03 (três) palavras-chave em português e em inglês;
- e) Número de páginas: De 15 a 25 páginas
- f) Os artigos devem ser digitados em:
 - Editor de texto: Microsoft Word
 - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical
 - Letra: Times New Roman
 - Fonte: 12
 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas
 - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm
 - Parágrafo: 1,25 cm
 - Margens: Superior e esquerda - 3 cm; Inferior e direita - 2 cm
- g) As Referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte 10.
- h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três)

linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas.

i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT.

2. As RESENHAS devem ser apresentadas com até 03 (três) páginas, sem a identificação dos autores.

3. Os COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA devem ser apresentados com até 10 (dez) páginas, sem a identificação dos autores.

4. Cada trabalho encaminhado poderá constar, no máximo, com 02 (dois) autores.

5. Os autores não deverão indicar, no corpo do trabalho, seus nomes e titulações, dados estes que deverão constar de arquivo anexo, junto com a autorização expressa para publicação, bem como o endereço completo, telefones e e-mail para contato com o autor.

6. Os trabalhos devem ser submetidos a uma revisão de linguagem e de digitação, e, constar a data de sua elaboração, antes de serem encaminhados para a Revista.

7. Todos os trabalhos serão analisados por 02 (dois) avaliadores externos *ad hoc*, bem como pela Comissão Editorial. Os que necessitarem de modificações, serão devolvidos aos autores, com as respectivas sugestões para alteração.

8. Serão publicados os trabalhos avaliados pelos Consultores que indicarem a publicação e que forem selecionados pela Comissão Editorial.

9. Para cada trabalho publicado serão destinados 02 (dois) exemplares da Revista como Direito Autoral.

10. Os autores que tiverem seus artigos selecionados para a Revista deverão enviar a declaração de cessão de direitos autorais conforme modelo da UNIMAR.

11. Os envios dos trabalhos serão considerados participações voluntárias e gratuitas dos autores, com os direitos autorais cedidos para a UNIMAR.

12. A Comissão Editorial da Revista reserva-se o direito de não analisar trabalhos enviados FORA DAS ESPECIFICAÇÕES MENCIONADAS ACIMA.

13. Os trabalhos para a publicação deverão ser encaminhados pelo sistema *Double Blind Peer Review*, constante no site da Unimar (www.unimar.br) ou pelo e-mail mestradodireito@unimar.br

